ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ
GERARDO ETO CRUZ
JAVIER FERRER ORTIZ
(Coordinadores)

El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional

Tribunal Constitucional

Centro de Estudios Constitucionales

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
Jr. Áncash 390 – Lima
Telf. (51 1) 427-5814
webmaster@tc.gob.pe
www.tc.gob.pe

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del titular del Copyright.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA:
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL
Primera edición: 2014

Coordinadores: Óscar Díaz Muñoz
Gerardo Eto Cruz
Javier Ferrer Ortiz

Impresión: Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 – Lince, Lima
Telf. (51 1) 472-8273
ventas@gmail.com

Diseño de carátula e interiores: Betzabé Villa Joyo

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert. N.º XXXXXXX

ISSN: XXXXXXX

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente
Oscar Urviola Hani

Vicepresidente
Juan Vergara Gotelli

Magistrados
Carlos Mesía Ramírez
Fernando Calle Hayen
Gerardo Eto Cruz
Ernesto Álvarez Miranda

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Director General
Gerardo Eto Cruz

Autores

Ángel Arrebola Fernández
Profesor de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú

Santiago Cañamares Arribas
Profesor titular de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid, España

Óscar Díaz Muñoz
Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú

Gerardo Eto Cruz
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

Javier Ferrer Ortiz
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Zaragoza, España

Gonzalo Flores Santana
Profesor de Derecho eclesiástico
Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú

Víctor García Toma
Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú

M.ª del Carmen Garcimartín Montero
Profesora titular de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de La Coruña, España

Joaquín Mantecón Sancho
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Cantabria, España

Susana Mosquera Monelos
Profesora de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Piura, Perú

Rafael Navarro-Valls
Académico/Secretario General de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Jorge Otaduy Guerín
Profesor ordinario de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Navarra, España

Miguel Rodríguez Blanco
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Alcalá, España

Lourdes Ruano Espina
Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Salamanca, España

Martín Vinces Arbulú
Profesor de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú

Índice

Presentación, *Óscar Urviola Hani* 13

Prólogo, *Rafael Navarro-Valls* 15

Introducción

El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, *Gerardo Eto Cruz y Óscar Díaz Muñoz* 21

Comentarios doctrinales

El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa. Comentario a la STC 5680-2009-PA/TC, *Miguel Rodríguez Blanco* 41

La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC, *Javier Ferrer Ortiz* 83

El Señor de los Milagros: religión y cultura. Comentario a la STC 3372-2011-PA/TC, *Martín Vinces Arbulú* 135

Orden público y celebraciones religiosas. Comentario a la STC 3283-2003-AA/TC, *Gonzalo Flores Santana* 165

La retirada de la autorización para enseñar religión católica. Resoluciones judiciales recientes en el Perú y marco doctrinal, *Jorge Otaduy Guerín* 177

La objeción de conciencia en el ámbito laboral. Comentario a la STC 895-2001-PA/TC, *Santiago Cañamares Arribas* 205

Exámenes convocados en días de descanso religioso. Comentario a la STC 2430-2012-PA/TC, *Joaquín Mantecón Sancho* 233

La libertad religiosa y de culto en establecimientos penitenciarios. Comentario a la STC 3045-2010-PHC/TC, *Víctor García Toma* 245

La asistencia religiosa penitenciaria. Comentario a la STC 2700-2006-PHC/TC, *Ángel Arrebola Fernández* 263

El derecho a recibir sepultura de acuerdo con los ritos de la propia confesión religiosa. Comentario a la STC 256-2003-PHC/TC, *Susana Mosquera Monelos* 285

La apostasía y la pretensión de cancelar la inscripción del bautismo en los libros parroquiales. Comentario a la STC 1004-2006-PHD/TC, *Lourdes Ruano Espina* 303

La apostasía como contenido del derecho de libertad religiosa. Comentario a la STC 928-2011-PA/TC, *M.ª del Carmen Garcimartín Montero* 335

Jurisprudencia

1. STC 5680-2009-PA/TC, caso *Félix Wagner Arista Torres* 371

2. STC 6111-2009-PA/TC, caso *Jorge Manuel Linares Bustamante* 383

3. STC 3372-2011-PA/TC, caso *Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas* .. 399

4. STC 3283-2003-PA/TC, caso *"Taj Mahal Discoteque" y otra* 409

5. DECISIONES del caso *Melvin Rildo Céspedes Sobrado* 423

   5.1. Primera instancia: Sentencia del Primer Juzgado Mixto de Huánuco, del 31 de agosto de 2009 (Exp. 2009-00509) 423

5.2. Segunda instancia: Sentencia de la Sala Civil de la Superior de Justicia de Huánuco, del 23 de noviembre de 2009 (Exp. 2009-00509) 429

5.3. Tercera instacia: Desistimiento RTC 171-2010-PA/TC 434

6. STC 895-2001-PA/TC, caso *Lucio Valentín Rosado Adanaque* 435

7. STC 2430-2012-PA/TC, caso *Claudia Cecilia Chávez Mejía* 443

8. STC 3045-2010-PHC/TC, caso *Sebastián Ramírez Quijano, a favor de doña Anilda Noreña Durand* 453

9. STC 2700-2006-PHC/TC, caso *Víctor Alfredo Polay Campos* 457

10. STC 256-2003-PHC/TC, caso *Segundo José Quiroz Cabanillas, a favor de don Francisco Javier Francia Sánchez* 463

11. STC 1004-2006-PHD/TC, caso *Miguel Alejandro Guerra León* 469

12. STC 928-2011-PA/TC, caso *José Manuel Campero Lara en representación de don Ricardo Luis Salas Soler y de doña Lourdes Leyla García León* 471

Normativa

1. LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA, Ley Nº 29635 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2010) 481

2. REGLAMENTO DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA, Decreto Supremo Nº 010-2011-JUS (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de julio de 2011) 489

Presentación

Con gran satisfacción, el Tribunal Constitucional del Perú entrega a la comunidad académica y al público en general, este volumen que reúne sus sentencias sobre el derecho fundamental de libertad religiosa, pronunciadas entre 1996 y 2013.

Hoy no se puede entender el constitucionalismo sin los derechos fundamentales y es innecesario abundar en la importancia que dentro de ellos tiene el derecho de libertad religiosa, «uno de los cimientos de la sociedad democrática» como le ha llamado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Basta recordar, como reflejo de esta especial valía, su expreso reconocimiento en los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc. Lo mismo sucede con nuestra Constitución Política, que reconoce este derecho (artículo 2, inciso 3) y que inspira las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, con los principios de laicidad y colaboración (artículo 50), además de reconocer la igualdad religiosa (artículo 2, inciso 2) y el derecho a mantener reserva sobre las convicciones religiosas (artículo 2, inciso 18).

De estos y otros aspectos, como la objeción de conciencia, los símbolos religiosos en espacios públicos, la enseñanza y la asistencia religiosas, etc., se ha ocupado la jurisprudencia constitucional aquí reunida, que hoy nos complace poner al alcance de la sociedad y de los juristas en particular, y especialmente de todas las personas interesadas en los derechos humanos.

Pero esta obra no es una mera compilación de las sentencias de nuestro Alto Tribunal en materia de libertad religiosa. Cada una de ellas viene acompañada de un comentario doctrinal de gran rigor científico, obra de profesores de distintas Universidades peruanas y españolas, todos ellos especialistas en este ámbito del saber jurídico. Con esta colaboración internacional hemos querido

incorporar, de primera mano, la experiencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, tan consultada por nuestros constitucionalistas y especialmente relevante para la materia que nos ocupa, por las grandes semejanzas que existen entre la Constitución española y la nuestra en el reconocimiento de la libertad religiosa.

El libro se cierra con una sección normativa que contiene la Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa (seguida de su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 010-2011-JUS), con la cual el Perú se suma a los varios países –por ejemplo, España, Colombia o Chile– donde se ha dictado una ley que regule los diversos aspectos del ejercicio de la libertad religiosa, tanto en el ámbito individual como en el colectivo e institucional, entre los que pueden contarse la atribución de personalidad jurídica civil a las entidades religiosas, las condiciones para suscribir convenios de colaboración con el Estado (conforme al artículo 50 de la Constitución peruana), la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos, el otorgamiento de beneficios tributarios, la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios o penitenciarios, etc.

No me queda sino expresar mi más profunda felicitación y gratitud a los coordinadores de esta cuidada edición: al Magistrado Dr. Gerardo Eto Cruz, Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, al Dr. Óscar Díaz Muñoz, Secretario Relator del Tribunal Constitucional, y al Dr. Javier Ferrer Ortiz, Catedrático de la Universidad de Zaragoza. Y, por supuesto, nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los distinguidos autores participantes, por su invaluable aporte científico al estudio y tutela del derecho de libertad religiosa en el Perú, así como al Dr. Rafael Navarro-Valls, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, que prologa esta importante obra.

Óscar Urviola Hani
Presidente del Tribunal Constitucional del Perú

Prólogo

El profesor Javier Ferrer, buen amigo, prestigioso jurista y uno de los coordinadores de este libro, me pide unas palabras de presentación para esta excelente obra. Acepto, con mucho gusto, por varias razones. La primera por la calidad de los trabajos que aquí se insertan. La segunda, dada la altura científica de los autores que los firman. La tercera, por el ángulo desde que estos últimos enfocan el contenido de las cuestiones que abordan.

Permítanme que me extienda en este último punto. Siempre he pensado que el derecho fundamental de libertad religiosa tiene como caldo de cultivo de su protección –además del plano legislativo– el marco jurisprudencial. Es en la esfera de la *prudentia iuris*, tanto en el momento constitutivo de la norma como en el momento judicial, cuando hay que moderar al Estado, de modo que no se convierta en el depósito tiránico de todas las verdades posibles. En especial, potenciando, llegado el momento del conflicto, la figura del juez. Pero un juez que sepa equilibrar –en otro lugar lo he dicho, al referirme a la objeción de conciencia– los dos ejemplos judiciales a que nos acerca la tipología descriptiva de Max Weber**.** De un lado, el juez 'carismático', al que envuelve un aura de equidad más que de *rigor iuris*, respetado por su espíritu de conciliación y por su *auctoritas* personal. De otro, el juez 'lógico', que memoriza y racionaliza, «que es la memoria de todas las reglas y la inteligencia de todas las deducciones».

Naturalmente eso implica un juez verdaderamente equilibrado que sepa filtrar la ganga presente en los cuerpos legales, que rellene las equivocidades, ambigüedades y silencios de las leyes; consciente de su poder interpretativo de la Constitución y con un claro sentido de las libertades fundamentales. En lo que se me alcanza, los Tribunales Constitucionales peruano y español tienden en sus magistrados y sus sentencias a ese equilibrio. Lo cual, claro está, no significa que siempre acierten. Pero es evidente que la orientación que les mueve es más el impulso de los derechos fundamentales, que no su restricción.

Lo cual es especialmente meritorio. No hay que olvidar que los magistrados de los Tribunales Constitucionales en todos los países nadan en aguas turbulentas y son requeridos por multitud de opiniones políticas, sociológicas, religiosas o ecológicas de tipos muy diversos. En medio de esa barahúnda, no es raro que algunas personas traten de aislarles con acusaciones que los pongan en cuarentena; exiliarlos del campo de lo políticamente correcto, impidiéndoles cualquier matización de las reglas del juego. Sería suicida poner en duda la cualificación de una persona con determinada ideología para el ejercicio de un puesto judicial. Si lo hacemos, tendríamos que recluir en el mismo apartheid a todos los otros magistrados de firmes convicciones ideológicas de signo contrario. El desorden axiológico y jurídico sería descomunal. Frente a estas muestras de intolerancia, la sociedad debe crear anticuerpos que garanticen el *fair play*. Especialmente en el marco jurídico de ese pequeño organismo con inmenso poder que es el Tribunal Constitucional.

Estoy de acuerdo con el profesor Ollero Tassara, magistrado del Tribunal Constitucional español,cuando escribe que la misión de este Alto Tribunal es «defender determinados contenidos jurídicos que deben estar por encima de lo que la mayoría opine o deje de opinar; entre otras cosas porque la mayoría es voluble y puede cambiar de planteamientos en aspectos esenciales. Hay por tanto que reconocer la existencia de un fundamento ético objetivo en los derechos fundamentales, como su propio nombre indica, y el fundamento es precisamente ese contendido esencial».

Esto es, precisamente, lo que ocurre con el derecho fundamental de libertad religiosa y su moderador que es la laicidad del Estado. Una laicidad "positiva", que reconoce en la dimensión religiosa de la persona humana puntos de encuentro en un contexto cada vez más multiétnico y pluricultural. De ahí que hoy se valora el tránsito de una laicidad de "combate" a una laicidad de inteligencia y moderación. Una visión en la que el Estado comienza a tomar conciencia de que necesita de energías morales que él no puede aportar en su totalidad. Se trata de una "laicidad moderada" que se contrapone a la visión "radical" de la laicidad, una laicidad "positiva" cuyo punto de partida es la convicción de que no se trata de hacernos libres de la religión, sino hacernos oficialmente libres para su práctica.

Es lo que los estadounidenses llaman una «neutralidad benevolente» y que jurisprudencialmente se ha ido concretando –sobre todo en Canadá– en la llamada «acomodación razonable» (*reasonable accommodation*) que permite, entre otras cosas, proteger la diversidad cultural y religiosa y que, como ha estudiado la profesora Elósegui, se encuentra relacionado con la protección de los derechos fundamentales, en especial el de libertad religiosa, porque permite tratar

de modo diferente los fenómenos diferentes entre sí. El Tribunal Constitucional español –y al parecer, también el peruano– ha adoptado de algún modo esta visión en su Sentencia 101/2004, de 2 de junio: «el art. 16.3 de la Constitución [española]… considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva».

Es muy sintomático que los Ministros de Asuntos Exteriores de los 27 países de la Unión Europea aprobaran el 24 de junio de 2013, en Luxemburgo, una importante directriz, que regirá las relaciones de la UE con otros países. El núcleo del documento, aprobado previamente por el Parlamento europeo, reitera que la libertad religiosa es un «derecho humano universal» y, como tal, debe ser protegida y promovida: «toda persona tiene derecho a manifestar su propia religión o sus convicciones», sin temor a discriminaciones, intimidación o violencias. Es una buena muestra del interés que suscita en todo el mundo la libertad religiosa y su protección.

Por lo demás, se han hecho muchos análisis sagaces de los motivos que condicionan el éxito de un libro, también de un libro jurídico. Al parecer, hay dos presupuestos previos importantes: su contenido debe referirse a algo que a la gente le preocupe en ese momento, y los espíritus deben inquietarse al leerlo.

El libro que se presenta aquí hoy tiene sin duda el primer ingrediente. Tanto su *«Parte doctrinal»* como su *«Parte jurisprudencial»* tratan temas de hondo calado jurídico y extraordinario interés social. Basta pensar en algunos de los que se abordan: simbología religiosa, apostasía, objeciones de conciencia, educación religiosa, *ius funerarium*, asistencia religiosa en establecimientos penitenciarios, laicidad, etc. Son realmente cuestiones que "preocupan" desde ángulos muy diversos.

Respecto al segundo ingrediente, no diría yo que la lectura de las páginas de este volumen lleguen a estremecer el ánimo de los lectores, pero sí le harán reflexionar. Y lo harán de la mano y la pluma de un excelente plantel de juristas: muchos de ellos personalmente conocidos por quien escribe estas letras y todos conocidos por la calidad de su obra escrita. Vaya pues, mi enhorabuena a los autores e impulsores de este importante trabajo jurídico, que me honro en presentar.

Rafael Navarro-Valls
Académico/Secretario General de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Introducción

El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

Dr. Gerardo Eto Cruz
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
geto@tc.gob.pe

Dr. Óscar Díaz Muñoz
Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú
odiaz@tc.gob.pe

Sumario:

1. *Introducción*
2. *El derecho-principio de igualdad religiosa*
3. *El derecho fundamental de libertad religiosa*
4. *Los límites de la libertad religiosa*
5. *El principio de laicidad del Estado*
6. *El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*
7. *Reflexiones finales*

1. Introducción

La Constitución de 1979, antecedente inmediato de la actual de 1993, se iniciaba, sin precedentes en nuestro constitucionalismo, con una amplia Declaración de derechos fundamentales en su artículo 2, poniendo en evidencia su exaltación de la persona humana, ya que «todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado», según proclamaba en su Preámbulo.

En tal Declaración de derechos, la libertad religiosa venía consagrada muy al principio (artículo 2, inciso 3), luego del derecho a la vida y a la igualdad, con lo cual era clara la importancia que la norma fundamental le reconocía. De esta forma, la Constitución de 1979 seguía a los instrumentos

internacionales de derechos humanos que, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 18), han reconocido a este derecho como fundamental. A su turno, la Constitución de 1993 reconocerá igualmente este derecho, en similares términos y ubicación (artículo 2, inciso 3).

Aunque con la Declaración Universal no es la primera vez que encontramos reconocida la libertad religiosa. Entre los antecedentes históricos, podríamos remontarnos hasta el Edicto de Milán, dado por los emperadores Constantino y Licinio en el año 313, en el que establecen:

> «Que a nadie se le niegue en absoluto la facultad de seguir y escoger la observancia o la religión de los cristianos, y que a cada uno se le dé facultad de entregar su propia mente a la religión que crea que se adapta a él, a fin de que la divinidad pueda en todas las cosas otorgarnos su habitual solicitud y benevolencia»[1].

Por medio de esta directriz, el Imperio romano establece la libertad de cultos con carácter general y reconoce a los cristianos como corporación, ordenando la restitución de sus lugares de culto y otros bienes que les fueron confiscados. Como explica Mantecón Sancho:

> «Por primera vez en la historia de la civilización, el Estado *reconoce* –no *concede*– que la libertad de conciencia y de religión constituyen una dimensión ajena a la misión y al fin del Estado»[2].

Ya en época moderna, puede citarse la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 (Sección 16: «Todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión»); la Primera Enmienda, de 1791, de la Constitución de los EE.UU. («El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente»); la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 10: «Nadie será inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley»).

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 dirá, en su artículo 1.3, que uno de los propósitos de este organismo es el desarrollo y estímulo

[1] Fragmento del documento completo transcrito por E. de Cesarea, *Historia Eclesiástica* [ca. 325], texto, versión española, introducción y notas por A. Velasco Delgado, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1973, vol. II, pp. 622-626.

[2] J. Mantecón Sancho, El *derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, Comentarios y Bibliografía*, Eunsa, Pamplona 1996, p. 35.

del respeto a los derechos humanos de todos, sin hacer distinción por motivos, entre otros, de religión[3]. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce el derecho de libertad religiosa y sus límites en su artículo 18[4], lo cual es seguido en nuestro continente por el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Fix Zamudio señalaba en 1997 que, contrariamente a lo ocurrido en otros foros internacionales, como la ONU o el Consejo de Europa, «en el ámbito latinoamericano han sido escasos los pronunciamientos y las decisiones sobre el problema de la libertad religiosa, si se toma en consideración que la preocupación de los órganos del sistema, es decir, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, así como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, se ha concentrado en la violación de los derechos esenciales de la vida y de la libertad de las personas, así como de la tutela de sus derechos políticos, que fueron lesionados de manera grave y masiva por las dictaduras militares que predominaron por varias décadas en numerosos países latinoamericanos»[5].

Esta misma afirmación puede predicarse de las jurisdicciones internas de los países latinoamericanos que, en el campo de los derechos humanos, o dedicaron su atención especialmente a asuntos como los referidos por el autor citado, o la libertad religiosa no fue invocada y tutelada como derecho por los tribunales nacionales, probablemente a consecuencia de una escasa cultura de los derechos humanos por la poca experiencia democrática de la mayoría de tales países.

Sin embargo, en las casi dos décadas de existencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC), puede afirmarse que su jurisprudencia viene contribuyendo a revertir esa situación de exigua defensa de la libertad religiosa, como lo prueba las once sentencias que hasta la fecha ha dado este Alto Tribunal, que son comentadas en este libro.

El presente trabajo hará un repaso por la jurisprudencia del TC en materia de libertad religiosa, destacando cómo este supremo intérprete de la Constitución en su tarea de defender la vigencia efectiva de los derechos fundamentales

[3] Cfr. también sus artículos 13 y 55.

[4] En el ámbito de la ONU debe mencionarse también la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 14.1 reconoce el derecho del menor «a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981.

[5] H. Fix Zamudio, *La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en J. Martínez-Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, Comares, Granada 1998, p. 95.

ha ido perfilando la libertad religiosa en sí misma (contenido y límites) y en relación con los principios de igualdad religiosa y no discriminación, laicidad del Estado y colaboración entre el Estado y las confesiones. No abordaremos materias específicas (símbolos religiosos en espacios públicos, objeción de conciencia, enseñanza religiosa, etc.) que serán comentados por los demás autores del presente libro.

2. El derecho-principio de igualdad religiosa

La Constitución peruana reconoce la *igualdad religiosa* en su artículo 2, inciso 2):

> «Nadie puede ser discriminado por motivo de (…) religión».

Conforme ha señalado el TC, aquí se consagra el *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*[6]. Para el supremo intérprete de la Constitución:

> «[Este principio] establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales (por lo que en virtud de tal principio queda prohibida) la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o (el) desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa»[7].

Según el TC:

> «La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos»[8].

Por ello, bien cabe hablar no únicamente de *derecho de igualdad religiosa*, sino del *derecho-principio de igualdad religiosa.*

[6] Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 19. En similar sentido, el TC español ha señalado que el principio de igualdad religiosa es consecuencia del principio de libertad religiosa y «significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico» (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1).

[7] STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19.

[8] STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 21.

Ha precisado el TC:

> «Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación»[9].
>
> «[Consecuentemente,] igualdad (…) no significa uniformidad. Por ello, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*, habrá que, en primer término, determinar si se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o si se trata de un trato desigual arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio»[10].

Concretando este derecho-principio constitucional, la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa (LLR) le dedica su artículo 2:

> «Toda persona natural es igual ante la ley. Se prohíbe toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas.
>
> »El Estado reconoce la diversidad de las entidades religiosas. En igualdad de condiciones, gozan de los mismos derechos, obligaciones y beneficios»[11].

Por su parte, el Reglamento de la LLR (Decreto Supremo N.º 010-2011-JUS), prevé ámbitos de especial importancia para la dignidad humana donde queda especialmente vedada la discriminación religiosa y los casos en que puede darse una diferenciación razonable que no resulte discriminatoria. Así, el Reglamento en su artículo 3 señala:

> «El acceso a la educación, a la salud, empleo o toda otra circunstancia referente al ejercicio de un derecho fundamental, no podrá ser condicionado por razones religiosas, salvo en los casos en que la entidad con la cual se interactúe, al ser parte de una entidad religiosa, haya establecido previamente en sus estatutos, que su ámbito de actuación está referido únicamente a personas que pertenezcan a dicha entidad o que se comprometan a respetar los principios derivados de la misma».

9 STC 48-2004-PI/TC, fundamento 59.

10 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 22.

11 Respecto de este artículo de la LLR, comenta Mantecón Sancho: «La igualdad aparece como un principio modalizador del derecho, que reclama el mismo trato siempre que las circunstancias sean similares, como reconoce ampliamente la jurisprudencia del TEDH. Me parece importante subrayar la justicia de la formulación, frente a la corriente del igualitarismo material que pretende otorgar idéntico trato a cualquier realidad religiosa, por más que la realidad de las propias entidades y las circunstancias sean desiguales» (J. Mantecón Sancho, *Nueva Ley de Libertad Religiosa en el Perú*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 25 [2011], p. 3).

Coherente con ello, el artículo 4 del Reglamento prescribe:

> «Las entidades públicas no podrán exigir en sus formularios o en los modelos de currículos que las personas expresen su convicción religiosa. Dicha información tampoco podrá ser criterio de evaluación para admitir a una persona en una institución, salvo que se encuentre en el ámbito de lo establecido por el artículo 3 precedente».

3. El derecho fundamental de libertad religiosa

En el inciso 3 del artículo 2, la Constitución entra de lleno en el derecho fundamental de libertad religiosa, reconociéndolo en los siguientes términos:

> «Toda persona tiene derecho: (…) A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias (…) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

Como puede apreciarse, la Constitución reconoce la *libertad religiosa* juntamente con la *libertad de conciencia* y, a reglón seguido, también la *libertad de pensamiento*, esta última en sentido negativo, al señalar que «no hay persecución por razón de ideas»[12]. De esta forma, la Constitución consagra juntos estos tres derechos, tal como lo hacen otros textos sobre derechos humanos ya mencionados, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18), conforme a la cual:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión».

Sin embargo, el TC se ha ocupado de reconocer la autonomía de la *libertad religiosa*, distinguiéndola de la *libertad de conciencia*. De esta forma, para el supremo intérprete de la Constitución la *libertad religiosa:*

[12] Cuando en esta frase se dice también que «no hay persecución por razón de (…) creencias», se está haciendo alusión nuevamente a la libertad de conciencia, conforme veremos en seguida, pues este derecho, conocido también como *libertad de creencias*, protege «la libertad fundamental de todo ciudadano, como persona, en la búsqueda del bien, de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia, y en adecuar sus comportamientos y realizar su vida según el personal juicio de moralidad. Moral, ética y creencias sobre el bien y el mal componen, como actitudes esencialmente personales, el objeto del derecho de libertad de las conciencias» (P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en J. Ferrer Ortiz [coord.], *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona 1996, p. 128).

> «Supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias *en el plano de la fe religiosa*, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión» (la cursiva es nuestra)[13].

Por su parte, la *libertad de conciencia* o *libertad de creencias*, según el TC:

> «Es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve»[14].

A su turno, la libertad de pensamiento, también conocida como libertad ideológica, protege «el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad —pensamiento filosófico, cultural, científico, político, etc.— que cada persona posee»[15].

Es por ello que el TC se ha referido a la libertad de pensamiento al hablar de la libertad de cátedra, señalando que ésta, primero, asegura la autodeterminación de la cosmovisión ideológica del docente universitario y, segundo, le permite difundirla con libertad de pensamiento[16].

Entonces, la libertad de pensamiento se constituye como el derecho a la libertad de ideas que toda persona pueda tener sobre el hombre, el mundo o la vida. La Constitución alude a ésta en dos de sus artículos. El primero es el ya mencionado inciso 3 del artículo 2, en un sentido negativo, pues reconoce este derecho prohibiendo todo acoso por motivos ideológicos («no hay persecución por razón de ideas»). El segundo está contenido en el artículo 2, inciso 4, al reconocer el derecho de toda persona a difundir libremente su pensamiento o su ideología –en ejercicio a su vez de otro derecho fundamental que es la libertad de expresión–:

> «Mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley»[17].

[13] STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

[14] STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10.

[15] J. Hervada y J. M. Zumaquero, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Eunsa, Pamplona 1978, p. 149.

[16] Cfr. STC 4232-2004-AA/TC, fundamento 32.

[17] De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la libertad de pensamiento juntamente con la libertad de expresión, lo que demuestra que es a través de esta última que

Sintetizando puede afirmarse, con Ferrer y Viladrich, lo siguiente:

> «El tema de Dios es el objeto de la libertad religiosa en el sentido de acto de fe y la profesión de la religión a través de todas sus manifestaciones. Mientras que el tema de la actitud de la persona ante la verdad y el bien, se derive o no de una previa postura religiosa, posee autonomía propia y es objeto de la libertad de pensamiento y de la libertad de conciencia. En consecuencia, no es la atención sobre la común raíz de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la que manifiesta sus diferencias; sino, por el contrario, la atención a los objetos específicos de cada uno de estos derechos es el punto de donde arrancan las diferencias y con ellas la autonomía de cada derecho»[18].

Con todo, puede decirse que aunque el derecho de libertad religiosa guarda importantes diferencias con los derechos de libertad de conciencia y de pensamiento, éstos tienen un denominador común:

> «Los tres implican el reconocimiento de la naturaleza y dignidad del ser personal en su dimensión más profunda y específica, aquélla donde es y actúa el carácter innato, inviolable, irrenunciable e imprescritible de su racionalidad y de su conciencia mediante la búsqueda y el establecimiento de su propia relación con la verdad, el bien y Dios. Esa raíz común explica la tendencia de los textos internacionales a reconocerlos conjuntamente e incluso en un mismo precepto, y también el peligro de confundirlos»[19].

De otro lado, el TC ha señalado que pueden distinguirse dos aspectos de la libertad religiosa según la protección de este derecho implique la prohibición de una conducta (aspecto negativo) o exija una acción (aspecto positivo). Así, el aspecto negativo «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 el aspecto positivo impone que «el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa»[20].

En relación a este aspecto positivo, puede apreciarse que si bien cabe catalogar a la libertad religiosa –en la conocida clasificación de *generaciones*– dentro

se exterioriza el sistema ideológico que protege la libertad de pensamiento. Prescribe la Convención en su artículo 13.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

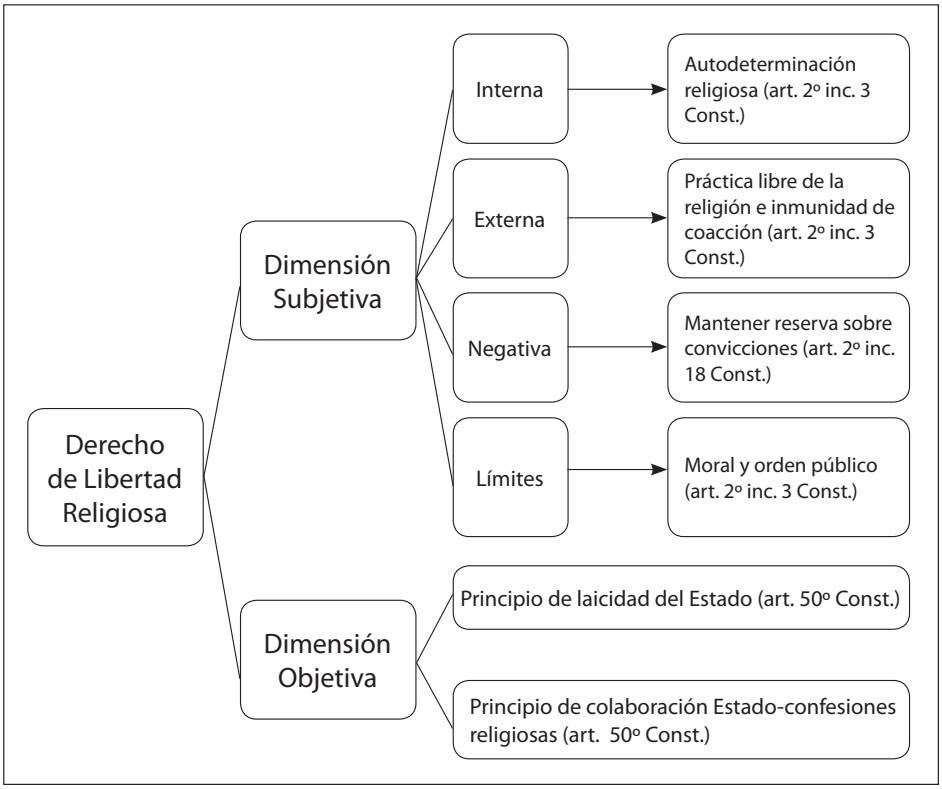
18 P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores*…, cit., p. 129.

19 *Ibidem.*

20 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 14; STC 256-2003-HC/TC, fundamento 15.

de los llamados derechos de *primera generación* o de libertades individuales, no puede considerarse que ésta sólo exija, como es característico en tales derechos, la *abstención* o no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada, reservándoles una mera actitud de vigilancia en términos de policía administrativa, pues este aspecto positivo exige unas *prestaciones* al Estado, es decir una política activa encaminada a garantizar el real y efectivo ejercicio de la libertad religiosa, dentro de la que se enmarca, a nuestro juicio, la colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas, según veremos más adelante[21].

También en la jurisprudencia del TC puede distinguirse una dimensión subjetiva (que se subdivide en un contenido interno, externo, negativo y de límites) y una dimensión objetiva del derecho fundamental de libertad religiosa, que graficamos en el siguiente cuadro con sus correspondientes subdivisiones, las cuales serán desarrolladas en las siguientes páginas:



[21] Sobre las *generaciones* de derechos humanos y su estado actual puede consultarse: A. E. Pérez Luño, *Las generaciones de derechos humanos*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10 (1991), pp. 203-217.

En su dimensión subjetiva interna, la libertad religiosa «supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa»[22].

En su dimensión subjetiva externa, involucra la libertad para «la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión»[23], siempre que no se «ofenda la moral ni altere el orden público» (artículo 2, inciso 3, de la Constitución).

Puede apreciarse que, en la dimensión subjetiva externa, el TC sigue a la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en el referido artículo 18, menciona que la manifestación de la libertad religiosa puede darse, pública o privadamente, a través de «la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

La dimensión subjetiva externa genera el *principio de inmunidad de coacción*, conforme al cual, según el TC, «ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones»[24].

De otro lado, la dimensión subjetiva externa de la libertad religiosa reconocida por la Constitución (artículo 2, inciso 3), ampara su ejercicio no sólo en forma individual, sino también *asociada* o colectiva. La Constitución sigue aquí también a la Declaración Universal de Derechos Humanos, conforme a la cual la libertad religiosa puede ser ejercida individual o *colectivamente* (artículo 18). De esta forma, nuestra ley fundamental reconoce la titularidad del derecho de libertad religiosa de las personas jurídicas; es decir, de las confesiones religiosas[25], como la Iglesia católica u otras entidades religiosas[26].

22 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

23 Ibidem.

24 STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 11; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19. También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede encontrarse, ya desde 1982, la referencia a esta *inmunidad de coacción* del Estado o de cualquier grupo social, como exigencia del derecho de libertad religiosa (cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1).

25 Este reconocimiento resulta especialmente importante, de cara al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas jurídicas. En nuestra opinión, aquí tenemos un ejemplo de personas jurídicas (las entidades religiosas) que pueden ser titulares de un derecho fundamental como la libertad religiosa. Respecto a los derechos fundamentales de las personas jurídicas, puede consultarse la STC 4972-2006-PA/TC, donde podrá apreciarse que en su repertorio meramente *enunciativo*, según ella misma declara (fundamento 14), de derechos constitucionales de las personas jurídicas, no se menciona a la libertad religiosa, pero podría válidamente ser incluida, por las razones que venimos de dar.

26 Los sujetos colectivos confesionales son expresamente mencionados por los artículos 2 (inciso 3) y 50 de la Constitución como «confesiones» –entre ellas, con nombre propio, la Iglesia católica–, lo cual hace que dichos entes se encuentren elevados a la categoría de sujetos de configuración constitucional,

Un ejemplo de ejercicio colectivo de este derecho fundamental puede ser la *enseñanza* o *divulgación* de la religión, si es que ésta es emprendida por una entidad religiosa. Así se entiende que el artículo 6, inciso e), de la LLR reconozca como derecho colectivo de libertad religiosa el derecho de las entidades religiosas inscritas «a divulgar y propagar su propio credo»[27].

El TC resolvió un caso donde se encontraba comprometida la dimensión colectiva de la libertad religiosa al desestimar una demanda de amparo en la que unos padres pedían que se ordene a la Iglesia católica la anotación o formalización del abandono de dicha Iglesia en la partida de bautismo de su hijo (de tres años de edad), en virtud de la apostasía que alegaban haber realizado en representación del menor. En aquella oportunidad el TC dijo:

> «Ya este Tribunal Constitucional ha señalado que no se halla amparada por la Constitución la pretensión de ordenar a la Iglesia católica que formalice la declaración de apostasía (cfr. STC 1004-2006-PHD/TC, fundamento 9), pues la formalización del abandono de una confesión religiosa es una cuestión interna de cada confesión, en este caso de la Iglesia católica, por lo que acceder al pedido de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su menor hijo, implicaría una vulneración de la libertad religiosa –en su dimensión colectiva o asociada (artículo 2, inciso 3, de la Constitución)– de la Iglesia católica; representaría una transgresión del Estado a su laicidad o aconfesionalidad consagrada en el artículo 50 de la Constitución (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 23 a 28; STC 05416-2009-PA/TC, fundamentos 22 a 27); y afectaría la independencia y autonomía que reconocen a dicha Iglesia tanto la Constitución (artículo 50) como el tratado internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980 (artículo 1). Por estas razones, el pedido de los recurrentes de que la jurisdicción constitucional ordene a la Iglesia católica la formalización del abandono de ésta, sea a nombre de ellos o de su menor hijo, va contra el marco constitucional y supranacional descrito»[28].

Por último, debe mencionarse que el TC ha destacado que la Constitución reconoce una dimensión subjetiva negativa de la libertad religiosa, en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, conforme a la cual toda persona tiene derecho

del mismo modo que los sindicatos de trabajadores, los partidos políticos o los colegios profesionales (cfr. M. López-Alarcón, *Confesiones y entidades religiosas*, en J. Ferrer Ortiz [coord.], *Derecho eclesiástico*…, cit., p. 219).

27 Este mismo artículo 6 contempla otros derechos que pueden ser ejercidos por las entidades religiosas inscritas, como titulares del derecho de libertad religiosa.

28 STC 00928-2011-PA/TC, fundamento 17. Al respecto, conforme al artículo 3, inciso a), de la LLR, el ejercicio de la libertad religiosa comprende «profesar la creencia religiosa que libremente se elija y *cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa*. En todo caso, se respeta la libertad religiosa individual» (la cursiva es nuestra).

«a mantener reserva sobre sus convicciones (…) religiosas»[29]; es decir, nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión o creencias. El TC ha tenido oportunidad de referirse especialmente a esta dimensión de la libertad religiosa a propósito del derecho del compareciente a no responder en un interrogatorio judicial a la pregunta sobre la religión que profesa[30]. Para Roca, se trata de «un verdadero *derecho de libertad declarativa en materia religiosa*, que reconoce al individuo una esfera de inmunidad de coacción garantizada mediante las consiguientes acciones de rechazo frente a cualquier coacción externa que pretenda obligarle a declarar contra su voluntad» (la cursiva es nuestra)[31].

4. Los límites de la libertad religiosa

En la dimensión subjetiva de la libertad religiosa pueden ubicarse sus límites, los cuales, conforme a la Constitución (artículo 2, inciso 3) son el respeto de la moral y el orden público[32].

El orden público es un límite que se señala a la libertad religiosa desde el citado artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Como sabemos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que su concreción, en última instancia, está encargada al Juez[33].

En tanto que la libertad religiosa se interpreta a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12.3)[34], debe entenderse como sus límites los señalados en estos tratados internacionales, esto es aquellos *previstos en la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*.

Bien cabe sostener, por tanto, que el respeto al orden público (y la moral) que menciona la Constitución como límite de la libertad religiosa, puede traducirse en el respeto de los *derechos fundamentales de los demás*, pues es claro que, en una sociedad democrática que tenga como punto de partida el respeto a la

29 Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 12.

30 Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 64. Por ello, con acierto el artículo 9, inciso a), de la LLR señala que «nadie puede ser obligado a manifestar su convicción religiosa».

31 M. J. Roca, *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1992, p. 416.

32 Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 18.

33 Cfr. J. M.ª Beneyto Pérez, *Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa*, en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* II, Cortes Generales-Edersa, Madrid 1997, p. 324.

34 Cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

dignidad de la persona, el mantenimiento del orden público tiene por finalidad la protección de los derechos humanos. Así lo entiende Calvo Álvarez, para quien el único límite del ejercicio de la libertad religiosa «es el respeto a los derechos de los demás, ya que ese respeto va inalterablemente unido al genuino sentido de orden público»[35].

Por ello, con acierto la LLR al desarrollar los límites de la libertad religiosa previstos en la Constitución, precisa que éstos son tanto «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales como la protección del orden, la salud y moral públicos» (artículo 1).

5. El principio de laicidad del Estado

En este apartado y el siguiente entramos ya en la dimensión objetiva de la libertad religiosa, que se concretiza en los principios de *laicidad del Estado* y de *colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*, ambos contenidos en el artículo 50 de la Constitución según la jurisprudencia del TC[36].

Para el supremo intérprete de la Constitución, por el *principio de laicidad:*

> «El Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos. Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico»[37].

Sin embargo, el TC ha precisado:

> «El hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión,

[35] J. Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Eunsa, Pamplona 1983, pp. 250-251. De similar opinión son Z. Combalía, *La salud como límite al derecho de libertad religiosa*, en «Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos» 3 (1993), pp. 60-61; y J. M.ª Beneyto Pérez, *Artículo 16*..., cit., p. 324.

[36] Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13.

[37] STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 25.

> pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú»[38].

Dentro de esas tradiciones históricas y culturales presentes en el Perú, muchas tienen un origen religioso católico, lo que puede explicarse por la importancia de la Iglesia católica «en la formación histórica, cultural y moral del Perú» que reconoce la Constitución en su artículo 50, sin que la presencia de tales manifestaciones en el ámbito público afecte el *principio de laicidad del Estado*, pues no basta con constatar el origen religioso de un símbolo para considerar que contraviene tal principio o las meras percepciones subjetivas o sospechas de su vulneración[39]. Al respecto, ha señalado el TC:

> «La religión católica se encuentra fuertemente arraigada en el desarrollo de nuestras tradiciones como nación. Desde tal perspectiva, no es extraño, sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la identidad que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen estos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad. La fusión de tales elementos con lo que representa el Estado no hace otra cosa que reflejar parte de un decurso histórico imposible de ignorar por más neutralidad que se quiera predicar»[40].

De esta forma, junto con el principio de laicidad del Estado, el TC ha resaltado lo siguiente:

> «La radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso*. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado "laicista", hostil a lo religioso»[41].

38 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 49.
39 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 37 a 42.
40 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 38.
41 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 28.

En similar sentido, ha afirmado el TC:

> «No debe perderse de vista que nuestro sistema constitucional no es de aquellos que conciben el derecho de libertad religiosa como el derecho a liberarse de la religión y a recabar del Estado una acción institucional en tal sentido. Es evidente que este tipo de sistema no es de libertad religiosa, sino de libertad privilegiada del ateísmo y de intolerancia discriminatoria hacia lo religioso, lo que resulta claramente contrario al artículo 50 de la Constitución»[42].

Desde esta perspectiva, el TC ha señalado que no afecta al *principio de laicidad del Estado* la realización en una entidad estatal de celebraciones religiosas (como la Navidad o una ceremonia litúrgica, por ejemplo), siempre que se garantice la libertad de las personas para decidir si desean o no participar en tales actos[43].

En la misma línea, el TC ha considerado que la presencia de símbolos religiosos (como un crucifijo) en las salas y juzgados del Poder Judicial (STC 6111-2009-PA/TC) no vulnera la laicidad del Estado ni la libertad religiosa[44]. Asimismo, tampoco ellas se ven afectadas con la Ley N.º 29602 que declara al Señor de los Milagros «símbolo de religiosidad y sentimiento popular», pues la secular tradición del Señor de los Milagros si bien tiene origen religioso, actualmente constituye una expresión cultural que se encuentra enraizada en la sociedad peruana, como lo prueba el hecho de que su festividad haya sido declarada Patrimonio Cultural de la Nación por el Instituto Nacional de Cultura[45].

[42] STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 50. La laicidad del Estado entendida como neutralidad en lo confesional pero que respeta y valora la presencia del factor religioso en la sociedad en sus diversas manifestaciones, ha sido destacada por el Papa Francisco refiriéndose a las confesiones religiosas en general: «La convivencia pacífica entre las diferentes religiones se ve beneficiada por la laicidad del Estado, que, sin asumir como propia ninguna posición confesional, respeta y valora la presencia de la dimensión religiosa en la sociedad, favoreciendo sus expresiones más concretas» (Discurso en el encuentro con la clase dirigente del Brasil, Río de Janeiro 27-VII-2013).

[43] Cfr. SSTC 03372-2011-PA/TC, fundamento 33; 5680-2009-PA/TC, fundamento 28. Al respecto, téngase presente el artículo 9º, inciso c), de la LLR, conforme al cual «nadie puede ser obligado a participar en actos de culto, a recibir asistencia religiosa o a prestar contribuciones económicas o en especie a entidades religiosas».

[44] Casi en simultáneo con esta decisión del TC, del 7 de marzo de 2011, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Lautsi y otros contra Italia*, del 18 de marzo de 2011) consideró que la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas no afectaba la libertad religiosa de los no cristianos, ni la neutralidad del Estado en materia religiosa, ni el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a las convicciones de sus progenitores. En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional de Austria (G 287/09-25, del 9 de marzo de 2011), también en un caso de crucifijos en la escuela pública.

[45] Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamentos 24 y 30.

6. El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas

Para el TC, la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y por ello, conforme se lee en su artículo 50, dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones religiosas, en el marco de lo que el TC ha denominado *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*[46]. Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones de colaboración entre el Estado y las confesiones. De esta forma, como ha dicho el TC, «el artículo 50 de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración»[47].

La suscripción de convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas representa, según ha destacado el TC, «la forma más importante de materializar el principio de colaboración»[48], y consecuencia de éste es «el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980, que es un tratado internacional y, a la fecha, el único convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa»[49].

Señala el TC que en dicho Acuerdo se establece:

> «Un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asigna-

46 Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 29.

47 Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 30. Comentando el artículo 16 de la Constitución española, que contiene los principios de laicidad y colaboración como el artículo 50 de nuestra Constitución, escribe Navarro-Valls: «Huye, pues (el artículo 16 CE), de que los protagonistas de la relación (Estado/Iglesias) se transformen en mónadas insolidarias o practiquen formas extremas de parasitismos mutuos y beneficiosos. Nuestro Derecho constitucional en esta materia es un sistema de frontera. Ante los inevitables conflictos fronterizos huye de dos actitudes históricamente letales: la tentación del Estado de desembarazarse totalmente de la religión, encerrarla en el gueto de la privatización o, si se quiere, volver "a meter a Jonás en el vientre de la ballena"; o, al contrario, la tentación del poder religioso de sofocar la imprescindible autonomía del poder político. Por eso la Constitución establece un punto de equilibrio entre la neutralidad radical y la sospechosa camaradería. Entendió que si no elegía la vía del conflicto como norma, había de escoger la vía de la colaboración como sistema» (R. Navarro-Valls, *Neutralidad activa y laicidad positiva*, en A. Ruiz Miguel y R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, pp. 105-106).

48 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 32.

49 *Ibidem*.

tura de Religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado»[50].

El Estado, según ha resaltado el TC, «puede también suscribir convenios de colaboración con confesiones religiosas distintas a la católica, conforme al artículo 50º de la Constitución»[51]. Ha puesto aquí como ejemplo a España –cuya Constitución consagra los principios de laicidad y colaboración en términos similares a nuestro artículo 50 constitucional (cfr. artículo 16.3 de la Constitución española de 1978)–, que ha suscrito, en 1992, sendos acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, además de los Acuerdos de cooperación firmados con la Santa Sede en 1979[52].

En tales convenios, las confesiones podrían pactar con el Estado su colaboración en materias como la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos, el otorgamiento de beneficios tributarios como los previstos para las entidades sin fines de lucro, o la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios o penitenciarios[53]. La LLR (artículo 15) se ha encargado de desarrollar el artículo 50 de la Constitución en lo que respecta a la posibilidad de que el Estado suscriba convenios de colaboración con las entidades religiosas, para lo cual exige que éstas se encuentren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, que «hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades»[54].

Podemos concluir en cuanto a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, como lo ha hecho el TC, que el término *colaboración* que emplea la Constitución (unido al *principio de laicidad del Estado*) indica que «nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y

50 STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 23.

51 STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 33.

52 *Ibidem*.

53 Cfr. O. Díaz Muñoz, *Una ley de libertad religiosa*, en «El Comercio» (Lima 7-VIII-2010, p. a4).

54 El requisito del *notorio arraigo* para que una entidad religiosa pueda suscribir convenios de colaboración con el Estado, es exigido también por el artículo 7.1 de la Ley española de libertad religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio); y, en similar sentido, la Ley colombiana, por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos (Ley Nº 133 de 1994), pide para la firma de tales acuerdos que las entidades religiosas «ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros» (artículo 15).

las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos»[55].

El modelo constitucional peruano se adscribe, entonces, a lo que el TC español ha denominado *laicidad positiva*, refiriéndose al artículo 16.3 de la Constitución española[56], al señalar que este precepto, «tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones", introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva (…)»[57].

7. Reflexiones finales

La jurisprudencia constitucional revisada en este trabajo nos lleva a concluir que el TC ha dado significativas aproximaciones doctrinales en la tutela de la libertad religiosa, lo cual va en la línea de la tarea de custodio de los derechos fundamentales que le encomienda la Constitución.

De esta forma, el TC ha reconocido y desarrollado la autonomía de la libertad religiosa (respecto a la libertad de conciencia y de pensamiento), sus límites, sus dos dimensiones (subjetiva y objetiva) y sus respectivos contenidos, así como los principios de laicidad y colaboración, concluyendo que nuestro modelo constitucional se encuentra *equidistante* de la unión y de la separación absoluta entre el Estado y las confesiones religiosa, en lo que se ha venido a denominar *laicidad positiva*.

En suma, pensamos que con los criterios aquí comentados, el TC puede entrar con claras y sólidas bases a afrontar aspectos específicos que el derecho de libertad religiosa comporta –la objeción de conciencia, la asistencia o enseñanza religiosas, etc.–, como ya lo ha empezado a hacer, y las siguientes páginas de esta obra son prueba de ello.

55 SSTC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13; 6111-2009-PA/TC, fundamento 31.

56 Como ya hemos mencionado, la Constitución española consagra los principios de laicidad y colaboración como el artículo 50º de la Constitución peruana.

57 STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 3. Como apunta Navarro-Valls, «la clave está en que la separación entre Iglesia y Estado no supone tanto hacernos libres de la religión en su acepción tradicional cuanto más bien hacernos *oficialmente libres* para la práctica o no de la misma religión. Es lo que las Cortes Supremas de Italia, Alemania o Estados Unidos llaman "neutralidad benevolente", es decir, no una separación distanciadora sino un posicionamiento abierto a la promoción de la libertad religiosa con igualdad para todas las confesiones» (R. Navarro-Valls, *Iglesia-Estado en la España de hoy*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 32 [2013], p. 25).

Comentarios doctrinales

El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa. Comentario a la STC 5680-2009-PA/TC

Dr. Miguel Rodríguez Blanco
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Alcalá (España)
miguel.rodriguez@uah.es

Sumario:

1. *Planteamiento*
2. *El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa*
   2.1. *Libertad de conciencia y libertad religiosa*
   2.2. *Contenido del derecho de libertad religiosa*
      2.2.1. *Las dos dimensiones del derecho de libertad religiosa*
      2.2.2. *La noción jurídica de religión*
      2.2.3. *El contenido esencial de la libertad religiosa*
3. *Libertad religiosa y no discriminación*
4. *Libertad religiosa y modelo constitucional de relaciones Iglesia-Estado*

1. Planteamiento

Este trabajo tiene por objeto un estudio sobre los aspectos sustantivos del derecho fundamental de libertad religiosa, a partir de los fundamentos de Derecho de la Sentencia 5680-2009-PA/TC del Tribunal Constitucional peruano.

Conviene señalar desde el primer momento que en estas páginas no se realiza un análisis detallado de las circunstancias del caso ni del alcance del fallo del tribunal, pues no se entra en los aspectos procesales ni en las repercusiones que se siguen del pronunciamiento. Por el contrario, el propósito del trabajo es tomar como referencia las consideraciones que en dicha sentencia realiza el tribunal acerca del alcance del derecho de libertad religiosa en el modelo constitucional peruano para profundizar en el contenido de este derecho fundamental.

Para ello, además de exponer con detalle las dos dimensiones del derecho de libertad religiosa, se hará referencia a la no discriminación por razón de religión y a la incidencia del modelo constitucional de relaciones Iglesia-Estado sobre el alcance e interpretación de la libertad religiosa. En el desarrollo de todas estas cuestiones se tendrá presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, que será utilizada como punto de comparación y contraste.

2. El contenido del derecho fundamental de libertad religiosa

El derecho fundamental de libertad religiosa aparece reconocido en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución del Perú, conforme al cual toda persona tiene derecho a:

> «la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o de creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

El inciso 18 de dicho artículo se ocupa del denominado derecho al silencio en materia religiosa[1], y reconoce expresamente el derecho de la persona a mantener reserva sobre sus convicciones religiosas[2].

El Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia 5680-2009-PA, lleva a cabo un análisis del contenido del derecho fundamental de libertad religiosa que se desdobla en dos partes: 1) en primer lugar, la delimitación de la libertad religiosa con respecto a la libertad de conciencia; 2) en segundo lugar, la constatación de la existencia de dos dimensiones en el derecho de libertad religiosa, la interna y la externa, aunque el tribunal no utilice de manera expresa esta terminología.

[1] Vid. L. Martín-Retortillo, *¿Hacer constar la religión en el carné de identidad? (Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Decisión de admisibilidad «SOFIANOPOULOS, SPAÏDIOTIS, METALLINOS y KONTOGIANNIS c. Grecia» de 12 de diciembre de 2002),* en «Revista Española de Derecho Administrativo», 128 (2005), p. 690.

[2] El precepto no se limita a las creencias religiosas, sino que reconoce el derecho de la persona a «mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional».

2.1. Libertad de conciencia y libertad religiosa

Respecto a la primera cuestión, la diferenciación entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa, el ponente de la sentencia realiza las siguientes consideraciones a partir del contenido del artículo 2, inciso 3, de la Constitución:

> «Aunque el primero de los citados dispositivos unifica el tratamiento de la libertad de conciencia con la libertad de religión, no significa ni debe interpretarse con ello que se trate del mismo derecho o que pueda predicarse el mismo contenido respecto de ambas libertades. Al margen de debates en torno a sus alcances, la libertad de conciencia es asumida, por lo general, como la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida. En otras palabras, como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral con la que se autoconciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva. A diferencia de la libertad de religión, la libertad de conciencia se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna, aunque excepcionalmente o en ciertas circunstancias, también de manera externa, como sucede en los casos en los que se invoca objeción de conciencia» (párrafo 16).

La distinción entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa realizada en estos términos supone concebir la primera como la libertad de la persona para optar por una determinada concepción ética o moral de la vida y comportarse de acuerdo con ella, mientras que la segunda se referiría al derecho de la persona a tener o no unas determinadas creencias religiosas y autodeterminarse en su comportamiento en consonancia con las mismas. Así trazados, los contornos entre una y otra libertad son difusos, pues no creo que se pueda discutir que las creencias religiosas comportan aspectos éticos y morales. De hecho, cuando el Tribunal Constitucional en el pasaje transcrito habla de que en ocasiones la libertad de conciencia se manifiesta de manera externa menciona como ejemplo la objeción de conciencia, cuya invocación por parte de la persona está, con frecuencia, motivada por sus creencias religiosas. Es más, el derecho de libertad religiosa, como tendremos ocasión de exponer, comporta el derecho de la persona a actuar de conformidad con sus convicciones y a no verse obligada a realizar actuaciones o comportamientos contrarios a las mismas, por lo que muchas de las posturas calificadas como objeción de conciencia son, en rigor, posicionamientos de la persona que entran dentro del ámbito de su derecho fundamental a la libertad religiosa[3].

[3] Para una exposición detallada, con amplias referencias jurisprudenciales, de los principales supuestos de objeción de conciencia se remite a R. Navarro-Valls- J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid 2011.

El artículo 2, inciso 3, de la Constitución del Perú, al mencionar la libertad de conciencia junto con la libertad religiosa se aproxima mucho a los términos en que se efectúa el reconocimiento de la libertad religiosa en los principales textos internacionales sobre derechos humanos. Así, el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, establece literalmente:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión».

A continuación de esa declaración, el artículo continúa diciendo:

> «Este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza»[4].

Como puede apreciarse, tras una supuesta referencia a tres derechos distintos –la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad de religión–, el precepto utiliza la expresión *este derecho,* en singular, rechazando que el triple enunciado responda al reconocimiento de tres derechos distintos. A nuestro modo de ver, no resulta adecuado establecer distinciones entre esas tres libertades (pensamiento, conciencia y religión), pues estamos ante una única libertad que protege el derecho de la persona a tener unas determinadas creencias o convicciones, a cambiarlas, a actuar conforme a ellas y a manifestarlas, tanto en público como en privado, y de manera individual o colectiva[5]. Esas creencias

[4] Idéntico planteamiento se encuentra, entre otros textos internacionales, en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

[5] Como se ha destacado, los esfuerzos doctrinales por diferenciar entre las tres libertades no ofrecen resultados realmente provechosos desde un punto de vista práctico y es mucho más interesante reparar en la interacción entre los tres términos que utilizan los instrumentos internacionales para referirse a la libertad religiosa: «this method of breaking up the right to freedom of thought, conscience and religion into its constituent parts does not seem to be very fruitful. The very fact that the elements are grouped together in all mayor human rights instruments makes it impossible to try to establish three separate rights. Moreover, the interaction between the various elements is most important: religion may have to be interpreted in a broader sense, since it has been linked to conscience and thought; by the same token, now that the notion of thought has been associated with conscience and religion, not all thoughts are to be included. The right to freedom of thought, conscience and religion could very well be seen as the stage on which three parties are constantly struggling for power: the contents of the right may then be determined to a large extent by the result of this struggle» (C. D. de Jong, *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations [1946-1992]*, Antwerpen-

o convicciones pueden tener una base religiosa o no, de ahí que ambos términos, creencias y convicciones, deban ser interpretados en sentido amplio.

A este respecto, resulta ilustrativa la Observación General número 22 al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada por el Comité de Derechos Humanos el 20 de julio de 1993[6]. En ella se afirma que el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos creencias y religión deben entenderse en sentido amplio, pues el artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las confesiones con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación toda tendencia a discriminar a cualquier confesión, en particular las más recientemente establecidas o las que representan a minorías que puedan ser objeto de hostilidad por parte de los grupos religiosos predominantes.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[7] viene afirmando de manera reiterada, desde el asunto *Kokkinakis contra Grecia*, de 20 de mayo de 1993:

Groningen-Oxford 2000, pp. 22-23). En un sentido similar, puede verse J. M. González del Valle, *Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideológica en las constituciones española, americana, alemana, declaraciones de la ONU y convenio europeo, con jurisprudencia*, en «Revista de Derecho Privado», 75 (1991), pp. 275-295. En todo caso, para un análisis de las principales posturas doctrinales sobre la distinción entre libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, vid. I. Martín Sánchez, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia 2000, pp. 19-59.

6 El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité, que fue creado el 20 de septiembre de 1976, se regula en la parte IV del Pacto, que comprende los artículos 28 a 45. Entre los mecanismos de control con los que cuenta está la elaboración de observaciones generales que tienen su base en el artículo 40.4 del Pacto, el cual contempla la posibilidad de que el Comité, a la vista de los informes periódicos presentados por los Estados, publique observaciones generales sobre el alcance y aplicación del Pacto. Ni el Pacto ni el reglamento interno del Comité precisan cuál es la naturaleza jurídica de estas observaciones, por lo que no existe base alguna para afirmar que constituyan interpretaciones auténticas del contenido del tratado. En orden a determinar su significado hay que atender a un documento publicado por el propio Comité con fecha 19 de mayo de 1989. En él se explica que para la elaboración de las observaciones generales se tiene en cuenta la experiencia acumulada tras el examen de los informes presentados por los Estados, en los cuales, puesto que proceden de países que representan a distintas regiones del mundo con diferentes regímenes políticos, sociales y jurídicos, se ponen de manifiesto la mayoría de los problemas que pueden plantearse al aplicar las disposiciones del Pacto. El Comité indica que la finalidad de las observaciones generales es transmitir la experiencia del propio Comité para que redunde en beneficio de todos los Estados partes, a fin de promover y facilitar la aplicación del Pacto; llamar la atención sobre las deficiencias puestas de manifiesto en gran parte de los informes; sugerir mejoras del procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados y de las organizaciones internacionales para la promoción y protección de los derechos humanos.

7 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano encargado de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para los Estados que hayan suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos (artículo 19 del Convenio).

> «Tal y como la protege el artículo 9, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una "sociedad democrática" en el sentido del Convenio. Esta libertad figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Se trata del pluralismo –conseguido de manera muy cara a lo largo de los siglos– que no podría disociarse de tal sociedad. Esta libertad implica, principalmente, la de asociarse o no a una religión y la de practicarla o no»[8].

La interpretación amplia de los términos *creencias* y *religión* no significa que todo aquello que sea calificado como creencia o convicción entre dentro del ámbito de protección de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Como ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 9 del Convenio, no toda idea u opinión es equivalente a creencia o convicción; sólo son objeto de protección por el artículo 9 del Convenio aquellas creencias o convicciones que tienen un cierto grado de *fuerza, seriedad, coherencia e importancia* (Sentencia *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, párrafo 36)[9]. Sobre el tema volveremos con detalle *infra* al abordar la noción jurídica de religión (2.2.2).

2.2. Contenido del derecho de libertad religiosa

El Tribunal Constitucional peruano explica el contenido del derecho de libertad religiosa en los párrafos 17 y 18 de la Sentencia. En primer lugar, se centra en la que podríamos llamar versión estática de la libertad religiosa, esto es, en la definición del derecho desde la perspectiva de la libre autodeterminación de la persona en el campo religioso; libre autodeterminación que implica la existencia de un claustro íntimo de creencias inmune a la coacción de los poderes públicos o de sujetos particulares. En palabras del Tribunal:

> [La libertad religiosa] «supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso. Vital es, al respecto, considerar que la religión implica la asunción de un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad, creencias y dogmas a partir de los cuales se explica el mundo y el estilo de vida de cada ser humano. La religión, en tal sentido, predetermina el comportamiento de las personas que la profesan, así como fundamenta el alcance de sus propias conductas» (párrafo 17).

[8] Se toma la cita del párrafo 27 del caso *Leyla Sahin contra Turquía* (Sentencia de 29 junio 2004).
[9] Vid. M. D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997, pp. 289-293.

Tras destacar la autodeterminación de la persona en la esfera religiosa, y enlazando con la referencia a que las creencias adoptadas predeterminan el comportamiento de las personas, el Tribunal Constitucional se centra en la vertiente dinámica de la libertad religiosa, en la facultad reconocida a la persona para expresar sus convicciones o creencias y comportarse de acuerdo con ellas:

> «La religión, por otra parte, trae consigo, y de acuerdo a los matices de cada creencia u orientación, la aceptación de costumbres, prácticas, ritos, celebraciones y, en general, de formas conductuales a través de las cuales se vea expresada la conciencia o creencia estrictamente religiosa» (párrafo 17).

Por último, y para cerrar su exposición sobre este punto, el Tribunal identifica las que califica como las cuatro variantes principales del derecho de libertad religiosa:

> «Aun cuando puedan ser diversas las manifestaciones que integran la libertad religiosa, se acepta, por lo general, que son cuatro las variantes principales en las que ésta se ve reflejada. De acuerdo con estas variantes, la citada libertad supone: a) la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que por voluntad propia escoja cada persona; b) la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o perspectiva religiosa; c) la facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa; y d) la facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia o perspectiva religiosa» (párrafo 18).

En la doctrina del Tribunal referida en los tres párrafos transcritos destacan varias cuestiones que exigen, por su importancia, un comentario detallado: la existencia de dos dimensiones en el derecho de libertad religiosa; la referencia expresa a la divinidad, lo que obliga a abordar la noción jurídica de religión; y la identificación del núcleo duro o contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

2.2.1. Las dos dimensiones del derecho de libertad religiosa

Comenzando por la primera de las cuestiones, hay que decir que el reconocimiento de dos vertientes o dimensiones de la libertad religiosa cuenta con una notable tradición doctrinal, que se remonta a la distinción decimonónica entre *libertad de conciencia* (derecho a tener o no tener unas determinadas creencias) y *libertad de culto* (derecho a manifestar en público esas creencias y a comportarse de acuerdo con ellas)[10].

[10] Remito, por todos, al clásico estudio de F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Milano 1967 (edición original de 1901), pp. 11-13. En palabras del autor, «La *libertà religiosa* presenta ancora, dicemmo,

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontramos también esta distinción entre la dimensión interna y la externa recogida con claridad. Así, en el asunto *Kokkinakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993, se afirma:

> «Si la libertad religiosa se refiere, ante todo, al foro interno, ésta «implica», particular y especialmente, la libertad de «manifestar su religión». El testimonio, por medio de palabras y de actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas» (párrafo 31)[11].

Asimismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se encuentra un planteamiento similar al del Tribunal Constitucional peruano[12]. El máximo intérprete de la Constitución española ha ido perfilando con contor-

diversi aspetti nella stessa sua configurazione attuale. 1º Si può diffatti considerare innanzi tutto in rapporto ai singoli individui, e si chiamerà allora piú propriamente: *Libertà di conscienza*, *o di fede*, *o di confessione*. La quale, se genericamente si suole definire come la facoltà dell'individuo di credere a quello che piú gli piace, o di non credere, se piú gli piace, a nulla, non però cade nel campo giuridico sotto questo suo aspetto di facoltà esencialmente interna (…) Essa cade invece nel campo giuridico unicamente in quanto dà origine a manifestazioni esteriori e quindi giuridicamente rilevanti (…) 2º Se non che la religione è certamente il campo, in cui il carattere socievole dell'uomo si esplica piú imperiosamente; onde non si avrebbe completa libertà religiosa, ove accanto alla individuale, non fosse pure concessa la facoltà di manifestazione, di propaganda e di esercizio collettivi di una credenza religiosa (…) Ed ecco la necessità di fare un passo piú in su per la scala della libertà religiosa, con el riconoscere e l'assicurare la cosí detta *Libertà di culto*». Las cursivas son del autor.

11 En un sentido similar, en el asunto *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía*, de 13 de febrero de 2003 (Gran Sala), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma: «Aunque la libertad de religión depende ante todo del foro interno, lleva consigo también la de manifestar su religión individualmente y en privado, o de forma colectiva, en público y en el entorno de aquellos cuya fe se comparte. El artículo 9 enumera las diversas formas que puede adoptar la manifestación de una religión o convicción, a saber, el culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos» (párrafo 92). Sobre esta construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos remitimos a la síntesis ofrecida por C. Birsan, *Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience*, en T. Massis y C. Petitti (éd.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions Bruylant, Bruxelles 2004, pp. 47-48.
La distinción de dos ámbitos en el derecho a la libertad religiosa, el interno y el externo, se encontraba muy consolidada en la praxis de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, que frecuentemente utilizaba la expresión *forum internum* para referirse a la dimensión interna del derecho; vid. M. D. Evans, *Religious Liberty*…, cit., p. 294; y J. Martínez-Torrón, *Religious Liberty in European Jurisprudence*, en M. Hill (Edited by), *Religious Liberty and Human Rights*, Cardiff 2002, pp. 117-118.

12 La Constitución española reconoce el derecho de libertad religiosa en su artículo 16, que consta de tres apartados: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

nos cada vez más precisos la distinción entre lo que denomina la dimensión interna de la libertad religiosa y la dimensión externa de este derecho, para dejar claro que la libertad religiosa se desdobla en dos vertientes y que ambas deben ser objeto de protección: la facultad de la persona para adoptar unas determinadas convicciones o creencias –ese claustro íntimo de creencias del que se sigue una libre autodeterminación de la persona en lo religioso con plena inmunidad de coacción–, y la facultad de manifestarlas y de comportarse de acuerdo con ellas. Así, en la Sentencia 101/2004, de 2 de junio, se lee:

> «En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, "junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)". Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es "con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias". La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso" (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades» (Fundamento jurídico 3).

Si se extraen todas las consecuencias de las afirmaciones recogidas en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales citados, se debe concluir que sólo se da un reconocimiento real y efectivo de la libertad religiosa cuando se permite a la persona actuar libremente, sin coacciones, de acuerdo con sus creencias, así como manifestarlas, tanto en público como en privado y de manera individual o colectiva. A esta conclusión conduce también el contenido de los textos internacionales de derechos humanos, comenzando por la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 18 establece:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

Idéntico planteamiento se encuentra, entre otros instrumentos internacionales, en el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 12.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por las propias características del derecho de libertad religiosa no resulta posible hacer una enumeración exhaustiva de los comportamientos o actuaciones que están amparados por este derecho. Lo que se entiende por culto, enseñanza, prácticas y observancia de los ritos varía notablemente de unas religiones a otras, por lo que lo verdaderamente importante es tener presente esa doble dimensión del derecho con objeto de no limitar de manera injustificada su ámbito de protección.

En el Derecho internacional se encuentran documentos que contienen una enumeración detallada de actos que conforman el haz de facultades protegido por la libertad religiosa. Aunque tales enumeraciones no son en ningún caso exhaustivas, sirven como paradigma interpretativo a la hora de delimitar el contenido del derecho. Así, en la Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos se afirma:

> «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse "individual o colectivamente, tanto en público como en privado". La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos».

Otro documento internacional que cabe destacar es la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55)[13]. El artículo 6 de la Declaración tiene el siguiente contenido:

> «De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1[14], el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) La de predicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares de culto para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional»[15].

[13] Se trata de una declaración sin eficacia jurídica directa. El proyecto inicial consistía en una convención, pero fue desestimado por los inconvenientes y reticencias anejas a su elaboración; vid. M. S. Mcdougal, H. D. Lasswell y L. Chen, *The Right to Religious Freedom and World Public Order: The Emerging Norm of Nondiscrimination*, en «Michigan Law Review», 74 (1975-1976), pp. 886-896; R. S. Clark, *The United Nations and Religious Freedom*, en «New York University Journal of International Law and Politics», 11 (1978), pp. 197-225; L. F. Navarro, *Proyectos de declaración y de convención internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, en «Ius Canonicum», 21 (1981), pp. 809-888; D. Sullivan, *Advancing the Freedom of Religion or Belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination*, en «American Journal of Internacional Law», 82 (1988), pp. 487-488.

[14] Dicho artículo dispone: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

[15] Debe mencionarse también, en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, el documento de clausura, adoptado el 15 de enero de 1989, de la reunión de Viena de los representantes de los Estados participantes en la Conferencia, celebrada entre el 4 de noviembre de 1986 y el 19 de enero de 1989. En dicho documento los Estados confirman que respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, incluyendo la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Asimismo reiteran el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es, a su juicio, un factor esencial para la paz, la justicia y la seguridad necesarias para asegurar el desarrollo de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados. El principio 16 del documento se ocupa específicamente del derecho a la libertad religiosa. En él se indica que, a fin de asegurar la libertad

Para cerrar la exposición de las dos dimensiones del derecho de libertad religiosa, es preciso llamar la atención sobre la forma en la que operan los límites del derecho en cada una de ellas. Como es sabido, no existen derechos fundamentales ilimitados, salvo casos muy particulares como el derecho a no recibir torturas. La libertad religiosa está sujeta a límites, tal como se establece en los instrumentos internacionales que la garantizan[16] y en los ordenamientos

de la persona de profesar y practicar una religión o creencia, los estados participantes adoptarán medidas eficaces para garantizar los siguientes objetivos: prevenir y eliminar toda discriminación contra individuos o comunidades por motivo de religión o creencia en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, política, económica, social y cultural; garantizar la igualdad de hecho entre creyentes y no creyentes; promover un clima de tolerancia y respeto mutuos entre creyentes de diferentes comunidades, así como entre creyentes y no creyentes; otorgar, a petición de las comunidades de creyentes que practiquen o deseen practicar su religión en el marco constitucional de sus Estados, el reconocimiento del estatuto que para ellas se prevea en sus respectivos países; respetar el derecho de esas comunidades religiosas a establecer y mantener lugares de culto o de reunión libremente accesibles, a organizarse de conformidad con su propia estructura jerárquica e institucional, a elegir, nombrar y sustituir a su personal de conformidad con sus necesidades y normas respectivas, así como con cualquier acuerdo libremente establecido entre tales comunidades y su Estado, y a solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otra índole; realizar consultas con confesiones, instituciones y organizaciones religiosas, con el fin de obtener una mejor comprensión de los requisitos de la libertad religiosa; respetar el derecho de toda persona a impartir y recibir educación religiosa en el idioma de su elección, individualmente o en asociación con otras personas; respetar en este contexto la libertad de los padres de asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones; permitir la formación de personal religioso en las instituciones apropiadas; respetar el derecho de los creyentes individuales y de las comunidades de creyentes a adquirir, poseer y utilizar libros sagrados y publicaciones religiosas en el idioma de su elección, así como otros artículos y materiales relacionados con la práctica de una religión o creencia; permitir a las confesiones, instituciones y organizaciones religiosas la producción, importación y distribución de publicaciones y materiales religiosos y la difusión de los mismos; prestar una consideración favorable al interés de las comunidades religiosas por participar en el diálogo público, entre otras vías, a través de los medios de comunicación.

16 A título de ejemplo puede traerse a colación el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».
Sobre este precepto el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General número 22, ha puntualizado: «El párrafo 3 del artículo 18 permite restringir la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, a condición de que tales limitaciones estén prescritas por la ley y sean estrictamente necesarias. No se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral. Al interpretar el alcance de las cláusulas de limitación permisibles, los Estados Partes deberían partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación en todos los terrenos especificados en los artículos 2, 3 y 26. Las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley y no deben aplicarse de manera que vicie los derechos garantizados en el artículo 18. El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como li-

jurídicos nacionales. Así, en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución del Perú se dice expresamente que el ejercicio público de todas las confesiones es libre, pero se precisa a continuación:

> «Siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

En el caso español, el artículo 16.1 de la Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades con expresa referencia al límite del orden público:

> «Sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»[17].

Los límites de la libertad religiosa se aplican tanto a la dimensión interna como a la externa, pero su incidencia es diferente en uno y otro caso. El Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, tuvo ocasión de destacar esta cuestión, a nuestro modo de ver, con gran claridad:

> «Cuando el art. 16.1 C.E. se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta. Desde el momento en que sus convicciones y

mitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Las personas que están sometidas a algunas limitaciones legítimas, tales como los presos, siguen disfrutando de sus derechos a manifestar su religión o creencias en la mayor medida que sea compatible con el carácter específico de la limitación. Los informes de los Estados Partes deberían facilitar información sobre el pleno alcance y los efectos de las limitaciones impuestas en virtud del párrafo 3 del artículo 18, tanto como una cuestión de derecho como de su aplicación en circunstancias específicas».

17 En general, sobre los límites de la libertad religiosa remitimos a J. M. González del Valle, *Límites de la libertad religiosa*, en A. C. Álvarez Cortina y M. Rodríguez Blanco (dirs.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa,* Editorial Comares, Granada 2006, pp. 97-124.

la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 C.E., que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). 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; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley» (Fundamento jurídico 4).

2.2.2. La noción jurídica de religión

En el párrafo 17 de la Sentencia 5680-2009-PA del Tribunal Constitucional peruano se afirma:

> «La libertad de religión o libertad religiosa supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso. *Vital es, al respecto, considerar que la religión implica la asunción de un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad*».

La referencia a la divinidad, cuando previamente se ha hecho una distinción entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa y se ha dicho que la primera se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna, puede dar lugar a una configuración restrictiva de la libertad religiosa que no encaje adecuadamente en el reconocimiento internacional de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en el sentido de que dé lugar a que las creencias nuevas o menos arraigadas vean protegida únicamente la dimensión interna del derecho, pero no la dimensión externa.

A la hora de identificar el ámbito de aplicación del derecho fundamental de libertad religiosa, tal y como se indicó *supra*, es importante partir de una noción jurídica amplia de creencias y convicciones o, dicho de otro modo, del término religión[18]. La cuestión tiene tal relevancia que ha llegado a afirmarse que el tema

[18] Sobre esta cuestión se sigue el planteamiento que desarrollé en M. Rodríguez Blanco, *Naturaleza y*

más importante en materia de libertad religiosa es la definición de religión y la determinación de quién posee la competencia necesaria para ello[19]. Son, en efecto, dos problemas conexos: por un lado, (1) la concreción de lo religioso a efectos jurídicos, lo cual es realmente difícil pues es un fenómeno heterogéneo, en constante cambio o evolución, que tiene nuevas manifestaciones cada día, y que carece de unos contornos claramente delimitados; y, por otro lado, (2) la incompetencia del Estado no confesional o neutral en materia religiosa para definir qué se entiende por religión[20].

El primer aspecto –la dificultad de ofrecer una noción jurídica de religión– se pone de relieve en el Derecho internacional, donde los intentos llevados a cabo para elaborar una definición jurídica de religión se han mostrado infructuosos. Así, en el marco de los trabajos preparatorios de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55), todas las propuestas realizadas fueron rechazadas y no fue posible alcanzar una definición[21]. Una de las pocas concreciones que se ha conseguido es la recogida en la Observación General número 22 al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la que se indica, tal como se expuso más atrás,

posición jurídica de las confesiones religiosas en el ordenamiento español, en M. Martín (ed.), *Entidades eclesiásticas y Derecho de los Estados*, Editorial Comares, Granada 2006, pp. 13-45. Allí se ofrece abundante bibliografía al respecto. Con posterioridad a ese escrito ha aparecido una obra fundamental al respecto y de obligada consulta: R. Palomino Lozano, *Religión y Derecho comparado*, Iustel, Madrid 2007.

19 Vid. G. Robbers, *La liberté religieuse –Normes et tendances dans l'Union Européenne–*, en «Conscience et Liberté», 53 (1997), p. 67. En un sentido similar, vid. R. Potz, *Church and State in Austria in 1998*, en «European Journal for Church and State Research», 6 (1999), p. 164.

20 En opinión de Souto, definir la religión es una «tarea compleja en sí misma, pero imposible para un Estado aconfesional, que se declara asimismo incapaz para definir el acto de fe y, por tanto, para definir qué es lo religioso» (J. A. Souto, *Análisis crítico de la Ley de Libertad Religiosa*, en «Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos", 0 [2000], p. 53). Igual de tajante se muestra Ibán: «el Estado es radicalmente incompetente para definir qué sea una religión» (I. C. Ibán Pérez, *Las confesiones religiosas*, en I. C. Ibán, L. Prieto Sanchís y A. Motilla de la Calle, *Derecho eclesiástico,* Mc Graw-Hill, Madrid 1997, p. 162).

21 Vid. D. Sullivan, *Advancing the Freedom of Religion or Belief*…, cit., p. 491. Varios relatores especiales han propuesto definiciones de religión, que son utilizadas como instrumento de trabajo en el marco de las Naciones Unidas; vid. J. A. R. Nafziger, *The Functions of Religion in the International Legal System*, en M. W. Janis (edited by), *The influence of Religion on the Devolopment of International Law,* Dordrecht 1991, p. 148; y A. M. Vega Gutiérrez, *Consideraciones acerca del objeto del Derecho eclesiástico español*, en AA. VV., *Escritos en honor de Javier Hervada,* Universidad de Navarra, Pamplona 1999, p. 958, nota 32.

> «El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales»[22].

Igualmente, la práctica jurisprudencial y los estudios doctrinales ponen de manifiesto la dificultad de ofrecer un concepto general de religión con el que sea posible operar a efectos jurídicos.

En cuanto a la jurisprudencia, un claro ejemplo se encuentra en el Derecho inglés. El caso clave respecto a la noción jurídica de religión es *Reg. v. Registrar General, Ex parte Segerdal*, resuelto por la *Court of Appeal* en 1970[23]. En esta sentencia la *Court of Appeal* se ocupó de una solicitud formulada por la Iglesia de la Cienciología de registrar una capilla como lugar de culto, de acuerdo con lo dispuesto en el *Places of Worship Registration Act* de 1855. Esta ley permite registrar los lugares de culto de cualquier confesión religiosa en un Registro especial. Para ello debe presentarse un certificado en el que se acredite que el inmueble es realmente un lugar de culto. Del acceso al Registro se derivan una serie de beneficios jurídicos muy variados: desde ventajas tributarias para ese inmueble, hasta el reconocimiento de efectos jurídicos a los matrimonios religiosos celebrados en los lugares de culto registrados. El Tribunal concluyó que un inmueble destinado a la celebración de reuniones por parte de los fieles de la Iglesia de la Cienciología no puede ser considerado un lugar de culto y, en consecuencia, rechazó la solicitud de inscripción registral.

Uno de los magistrados, Winn L. J., fundamenta su fallo en la ausencia de prácticas de culto en dicha confesión religiosa y rechaza expresamente abordar la definición de religión, reconociendo la dificultad de dicha tarea:

> «No me interesa hacer hincapié en el tema que necesariamente fue discutido en el curso de esta apelación, si la Cienciología es o no una religión. La respuesta a esta específica pregunta debe depender directamente del significado que cada uno da, con una finalidad concreta y en un contexto concreto, a la camaleónica palabra "religión" o religioso"»[24].

[22] Durante el proceso de elaboración de la Declaración 36/55 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se había llegado a este consenso. En el borrador de Declaración de 1967 se decía que «the expression "religion or belief" shall include theistic, non-theistic and atheistic beliefs» (vid. D. Sullivan, *Advancing the Freedom of Religion or Belief*..., cit., p. 491, nota 16).

[23] Las citas textuales que se harán a dicho caso siguen la siguiente referencia: [1970] 3 All ER, 886.

[24] Reg. v. Registrar General, Ex parte Segerdal [1970] 3 All ER, 886, 890.

En cambio, otro de los jueces, Lord Denning, M. R., afronta directamente el alcance jurídico que tiene la expresión religión:

> «Hemos discutido ampliamente el significado de la palabra «religión» y de la palabra «culto», individualmente consideradas, pero creo que debemos tener en cuenta la expresión conjunta «lugar de reunión para el culto religioso», tal como es empleada en la ley de 1855. En mi opinión, hace referencia a un lugar cuyo uso principal es como lugar donde las personas se reúnen como una congregación o asamblea para reverenciar a Dios. No tiene que ser el Dios al que rinden culto los cristianos. Puede ser otro Dios, o un Dios desconocido, pero debe haber reverencia a una divinidad. Puede haber excepciones. Por ejemplo, los templos budistas son correctamente calificados como lugares de reunión para el culto religioso. Pero, al margen de los casos excepcionales de esta naturaleza, me parece que la idea dominante tras las palabras "lugar de reunión para el culto religioso" es que debe ser un lugar para el culto a Dios (…) Volviendo a las prácticas de la Iglesia de la Cienciología, debo decir que considero que es más una filosofía sobre la existencia del hombre o la vida, que una religión. Culto religioso significa reverencia o veneración a Dios o a un ser supremo. No encuentro una tal reverencia o veneración en las prácticas de esta iglesia»[25].

Este concepto monoteísta y en el que se otorga una importancia capital a presencia del culto tal y como es concebido por las religiones occidentales tradicionales admite constantes excepciones y es manejado por la Administración, en particular por la *Charity Commission*, de forma flexible para otorgar la consideración jurídica de religión a confesiones que no se ajustan a los parámetros fijados por la *House of Lords*[26]. Ello pone de manifiesto la dificultad de adoptar una definición precisa de lo que ha de entenderse, a efectos jurídicos, por religión.

Por su parte, la doctrina ha propuesto diversos criterios para fijar una noción jurídica de religión, pero ninguno ha logrado imponerse o mostrarse plenamente operativo[27]. Hay autores que rechazan la posibilidad de ofrecer unas características esenciales de la religión y abogan por una aproximación analógica o funcional al concepto[28]. Tampoco faltan autores que se muestran mucho

[25] Reg. v. Registrar General, Ex parte Segerdal [1970] 3 All ER, 886, 889-890.

[26] Vid. F. Quint y T. Spring, *Religion, Charity Law and Human Rights*, en «Charity Law and Practice Review», 5 (1999), pp. 162-163. Como vimos, una de las excepciones expresamente recogidas en la jurisprudencia es el budismo; cfr. *Reg v. Registrar General*, *Ex parte Segerdal* [1970] 3 All ER, 886, pp. 889-890, por Lord Denning; y *In re South Place Ethical Society* (1980) 1 WLR, 1565, pp. 1571-1573, por Dillon J.

[27] Para una reseña de la doctrina norteamericana sobre la materia vid. B. Clements, *Defining 'Religion' in the First Amendment: A Functional Approach*, en «Cornell Law Review», 74 (1989), pp. 532-558; y E. Peñalver, *The Concept of Religion*, en «Yale Law Journal», 107 (1997), pp. 791-822.

[28] Vid. G. C. Freeman, III, *The Misguided Search for the Constitutional Definition of Religion*, en «Georgetown Law Review», 71 (1983), pp. 1519-1565; y K. Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitucional Law*, en «California Law Review», 72 (1984), pp. 753-816.

más escépticos y que censuran también la aproximación en función de un criterio comparativo o de semejanza. Directamente sostienen la imposibilidad de ofrecer un concepto jurídico de religión[29].

Por lo que respecta al segundo aspecto que dificulta la elaboración de una noción jurídica de religión –la incompetencia del Estado no confesional para definir qué se entiende por religión–, no ofrece duda alguna la ausencia de legitimación de los poderes públicos para pronunciarse sobre el acto de fe. El Estado carece de potestad para valorar la verdad de una doctrina religiosa, o para fijar de forma abstracta y general las características que ha de revestir lo religioso.

No obstante, la imparcialidad de los poderes públicos ante el fenómeno religioso no desemboca en la indiscriminada tutela de todo comportamiento o manifestación, sea individual o colectivo, que se autodefina como religioso. Los poderes públicos han de fijar el ámbito de aplicación del derecho fundamental de libertad religiosa; y para ello necesariamente deberán calificar como no religiosos a determinados grupos y comportamientos. Con tal actuación no estarán convirtiéndose en nuevos organismos inquisitoriales, ni asumiendo funciones vedadas por el principio de laicidad o no confesionalidad. Al contrario, simplemente estarán cumpliendo con sus cometidos como creadores y responsables de la aplicación del Derecho. Obviamente, la legitimidad de esa delimitación del ámbito subjetivo del derecho de libertad religiosa dependerá de los criterios adoptados para ello y de su concreta aplicación en cada caso.

A estos efectos consideramos que la tan buscada definición abstracta y general de religión debe rechazarse. No sólo por la dificultad de condensar en una única fórmula el fenómeno religioso y por su dudosa legitimidad constitucional[30], sino también por su ausencia de operatividad práctica. En un marco jurídico no se puede manejar un concepto filosófico, sociológico o teológico de religión. La noción jurídica de religión se debe situar en un concreto contexto legal: debe estar vinculada a unos determinados efectos jurídicos[31]. Sólo así será

[29] Vid. J. Weiss, *Privilege, Posture and Protection: 'Religion' in the Law*, en «Yale Law Journal», 73 (1964), pp. 601-606; P. E. Johnson, *Concepts and Compromise in First Amendment Religious Doctrine*, en «California Law Review», 72 (1984), pp. 831-839; y C. Cardia, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 2.ª edizione, Bologna, 1999, p. 202. Este último autor señala: «*non esiste un criterio dogmatico valido per distinguere una volta per tutte ciò che è religione e ciò che non lo è*, dal momento che le *zone grigie* di questa problematica sono destinate a permanere, e a modificarsi nel tempo in sintonia con l'evolversi della cultura e del costume» (op. loc. cit.).

[30] En este punto ha llegado a afirmarse que «any definition of religion would seem *to violate religious freedom* in that it would dictate to religions, present and future, what they must be» (J. Weiss, *Privilege, Posture and Protection: 'Religion' in the Law*..., cit., p. 604). La cursiva es nuestra.

[31] Vid. S. Ferrari, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, en V. Parlato y G. B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino 1995, p. 27; y A. Motilla,

posible precisar si un determinado comportamiento o actuación tiene, para el Derecho, naturaleza religiosa[32].

En este sentido, cuando hablamos del ámbito de protección del derecho fundamental de libertad religiosa se debe adoptar un criterio lo más amplio que sea posible y tener en cuenta que al enunciarse la libertad religiosa junto con la libertad de conciencia y de pensamiento estamos ante un único derecho que tutela un mismo ámbito de libertad, que puede estar fundado en creencias religiosas o en creencias no religiosas, pero que se ocupan de las mismas cuestiones que la religión o que tienen una intensidad axiológica equiparable a la de las creencias religiosas[33]. Por tanto, la libertad religiosa ampara tanto a los grupos estrictamente religiosos como a aquellos otros que sin ser religiosos dan respuesta a las mismas cuestiones sobre las que se pronuncian las confesiones religiosas. Se trataría de las colectividades portadoras de una *Weltanschauung* o cosmovisión, que en el Derecho alemán se encuentran equiparadas a las asociaciones religiosas en el artículo 137 de la Constitución de Weimar[34]. Tales grupos, en la medida que ofrecen una asistencia moral no confesional, también se encuentran tutelados en el Derecho belga al mismo nivel que las confesiones religiosas[35], y en el ámbito del Derecho de la Unión Europea fueron incluidos en su día en la Declaración 11 del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y se encuentran actualmente contemplados en el artículo 17 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[36]. De acuerdo con este planteamiento, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo consideran que el ámbito de protección

El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial, Madrid 1999, pp. 31-32.

32 En este aspecto, al concepto de religión, como ocurre con otros muchos conceptos jurídicos, se le puede aplicar la tesis de Posner respecto al concepto de Derecho: no puede ser definido de forma acontextual, sino teniendo en cuenta el marco jurídico general de referencia (vid. R. A. Posner, *Law and Legal Theory in the UK and USA*, New York 1996, pp. 1-37).

33 Vid. J. Martínez-Torrón, Religión, *Derecho y Sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho eclesiástico del Estado*, Granada 1999, pp. 126-139.

34 Dicho precepto se encuentra vigente en virtud de la remisión recogida en el artículo 140 de la Constitución de 1949.

35 Cfr. el artículo 181 de la Constitución belga; vid. R. Torfs, *Le régime constitutionnel des cultes en Belgique*, en AA. VV., *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union Européenne/The constitutional status of churches in the European Union countries*, Paris/Milano 1994, pp. 76-80.

36 El contenido del artículo es el siguiente: «1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. *La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales*. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones».

del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se extiende a los grupos estrictamente religiosos (o religiosos en el sentido tradicional del término) y a los grupos filosóficos[37] .

A nuestro modo de ver, en el contexto del derecho de libertad religiosa un criterio práctico para identificar las creencias religiosas es el seguido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Seeger*, pero limitado al siguiente enunciado: la libertad religiosa comprende aquellas creencias que ocupan en la vida de su poseedor una posición paralela a la ocupada por las creencias ortodoxas en aquellos que las profesan[38]. En realidad, no deja de ser un criterio tautológico: habría que indicar qué posición ocupan las creencias ortodoxas en la vida de una persona y cuáles son tales creencias[39]. Pero permite excluir los comportamientos de signo político y aquellos otros que no pueden considerarse religiosos por ocuparse de cuestiones distintas a las propias de las creencias religiosas[40]. Inevitablemente, mayores precisiones obligarían a entrar en consideraciones teológicas y filosóficas, como de hecho hacen los jueces en el caso *Seeger*. A este criterio debe añadirse, por utilizar las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Campbell y Cosans contra el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, que ya tuvimos ocasión de citar, la exigencia de que las creencias tengan un cierto nivel de *obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia* (párrafo 36).

2.2.3. El contenido esencial de la libertad religiosa

El Tribunal Constitucional peruano, en el párrafo 18 de la Sentencia 5680-2009-PA, menciona las que considera cuatro variables principales de la libertad religiosa: a) la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que por voluntad propia escoja cada persona; b) la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o perspectiva religiosa; c) la facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa; y d) la facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia

37 Vid. M. N. Shaw, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (edited by), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, p. 450; y M. D. Evans, *Religious Liberty*..., cit., p. 287.

38 380 U. S. 163 (1965), p. 166.

39 Vid. Note, *Toward a Constitutional Definition of Religion*, en «Harvard Law Review», 91 (1978), pp. 1064-1065.

40 Asimismo, este requisito permite evitar los fraudes de ley; vid. los ejemplos ofrecidos en Note, *Toward a Constitutional Definition of Religion*..., cit., pp. 1079-1082; y S. Ferrari, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*..., cit., pp. 19-20.

o perspectiva religiosa. El Tribunal evita dar a entender que estos cuatro elementos deban considerarse una especie de *numerus clausus*, pues expresamente afirma:

> «*Aun cuando puedan ser diversas las manifestaciones que integran la libertad religiosa*, se acepta, por lo general, que son cuatro las variantes principales en las que ésta se ve reflejada».

En nuestra opinión, el Tribunal acierta a identificar lo que podríamos denominar el núcleo o contenido esencial de la libertad religiosa[41]: libertad de elección, prohibición de coacción en materia religiosa, libertad para cambiar de creencias o abandonar las profesadas, y derecho a no revelar las creencias.

[41] Sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales es de obligada referencia, en el ordenamiento jurídico español, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, Fundamento jurídico 8: «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales, y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han denominado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en el que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que pueda entenderse por contenido esencial de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar complementarios, de modo que (...) pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que, por una u otra vía, puede llegarse». Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1984 de 3 de febrero de 1984, Fundamento jurídico 3, y 196/1987 de 11 de diciembre de 1987, Fundamento jurídico 5.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se hace referencia también a un núcleo duro similar de la libertad religiosa, pues para el Tribunal este derecho garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual, y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es –dice el Tribunal– con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del artículo 16.2 de la Constitución de que *nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias* (Sentencia 101/2004, Fundamento jurídico 3)[42].

El tener presente este contenido indisponible de la libertad religiosa es fundamental para evitar que determinadas actuaciones de los poderes públicos o de los particulares sitúen a la persona en la tesitura de revelar sus creencias o de realizar unas determinadas prácticas o actuaciones propias de una confesión religiosa a la que no pertenece[43]. Como veremos más adelante en el epígrafe relativo a la libertad religiosa y al modelo constitucional de relaciones Iglesia-Estado, la libertad religiosa actúa como límite a las decisiones estatales que promueven o promocionan unas determinadas creencias o que son fruto de unas relaciones de cooperación entre el Estado y una confesión religiosa, en el sentido de que tales decisiones han de ser, en todo caso, respetuosas con la libertad religiosa de todos los ciudadanos.

[42] El artículo 2.1, letra a), de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa prescribe que la libertad religiosa comporta el derecho de la persona a «profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas».

[43] En la Observación General número 22 del Comité de Derechos Humanos al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice: «El Comité hace notar que la libertad de "tener o adoptar" una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias. El párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse. Las políticas o prácticas que tengan los mismos propósitos o efectos, como por ejemplo, las que limitan el acceso a la educación, a la asistencia médica, al empleo o a los derechos garantizados por el artículo 25 y otras disposiciones del Pacto son igualmente incompatibles con el párrafo 2 del artículo 18. La misma protección se aplica a los que tienen cualquier clase de creencias de carácter no religioso».

Existen determinados contextos en que ese núcleo duro de la libertad religiosa puede verse vulnerado por actuaciones de los poderes públicos arraigadas en la sociedad que se imponen como prácticas neutrales, pero que tienen una connotación religiosa. A este respecto, es importante destacar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de respetar el foro interno de la libertad religiosa, ese claustro íntimo de creencias con el que cuenta cada persona.

Así, respecto a la obligatoriedad del juramento para declarar como testigo en un proceso, el Tribunal ha afirmado:

> «La libertad de manifestar sus convicciones religiosas tiene igualmente un aspecto negativo, esto es, el derecho para el individuo de no ser obligado a manifestar su confesión o sus convicciones religiosas ni a actuar de forma que pueda concluirse que tiene, o no, tales convicciones. A juicio del Tribunal, las autoridades estatales no tienen derecho a intervenir en el ámbito de la libertad de conciencia del individuo e indagar sus convicciones religiosas, o a obligarlo a manifestar sus convicciones respecto a la divinidad (…) Esto es tanto más cierto en el caso de que una persona sea obligada a obrar así para ejercer ciertas funciones, en particular a la hora de prestar juramento» (asunto *Dimitras y otros contra Grecia*, de 3 noviembre 2011, párrafo 28).

En el ámbito de la enseñanza, el Tribunal de Estrasburgo ha advertido:

> [El Estado está obligado a] «imponer, ni siquiera indirectamente, unas creencias, en los lugares donde las personas dependen de él o incluso en los lugares donde éstas son particularmente vulnerables. La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible toda vez que, en este caso, la facultad de coaccionar del Estado se impone a unas mentes que todavía carecen (según el grado de madurez del niño) de capacidad crítica que permita distanciarse del mensaje que se colige de una elección preferente manifestada por el Estado en materia religiosa» (asunto *Lautsi contra Italia*, de 3 de noviembre de 2009, párrafo 48).

Por último, se debe reparar en el hecho de que a la hora de valorar determinadas actuaciones del Estado desde la perspectiva de la libertad religiosa el contexto en el que se encuentra la persona ha de ser tomado en consideración, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, para el proselitismo en el ámbito militar:

> «El Tribunal señala a este respecto que la estructura jerárquica, que constituye una característica de la condición militar, puede imprimir un cierto color a cualquier aspecto de las relaciones entre los miembros de las fuerzas armadas, de modo que para un subordinado es difícil rechazar a un superior que le aborda o sustraerse de una

> conversación emprendida por éste. Lo que, en medios civiles podría pasar por un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o de rechazar, puede, en el marco de la vida militar, ser percibido como una forma de acoso o como el ejercicio de presiones por un abuso de poder. Hay que precisar que las discusiones entre individuos de grados desiguales sobre religión u otras cuestiones delicadas no caerán todas en esta categoría. Si las circunstancias lo exigen, los Estados están autorizados para tomar medidas particulares para proteger los derechos y las libertades de los subordinados en las fuerzas armadas» (asunto *Larissis contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998, párrafo 51).

3. Libertad religiosa y no discriminación

El estudio del reconocimiento del derecho de libertad religiosa debe conectarse con el alcance del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación. Si el ordenamiento permite la existencia de tratos jurídicos diversos que estén basados en las creencias religiosas de los ciudadanos y que carezcan de una justificación objetiva y razonable, nos encontraríamos ante vulneraciones, directas o indirectas, del derecho de libertad religiosa.

Los párrafos 7 a 13 de la Sentencia 5680-2009-PA del Tribunal Constitucional peruano están dedicados al derecho a la igualdad y a la no discriminación. Este derecho aparece reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución del Perú:

> «Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

El Tribunal afirma que la cláusula constitucional de igualdad tiene dos modos de ser interpretada: como derecho subjetivo y como principio constitucional.

> [En cuanto derecho subjetivo, la igualdad] «busca proteger a todo ser humano contra el trato desigual que se juzgue arbitrario por no tener sustento objetivo razonable, racional, adecuado y proporcional. No es, por tanto, que todo trato diferenciado sea *per se* contrario a la Constitución, sino que el distingo realizado se encuentre en una situación insustentada. De este modo lo que proscribe el ordenamiento y, por ende, legitima el reclamo de cada persona no es la presencia de cualquier fórmula distintiva, sino única y exclusivamente la de aquellas que carezcan de base razonable o de sustento objetivo» (párrafo 8).

Tras llamar la atención sobre la concepción formal o negativa y material o positiva del derecho a la igualdad[44], el Tribunal explica su contenido como principio constitucional:

> «La igualdad es también y como se ha dicho un principio fundamental objetivo en tanto representa la expresión jurídica de un valor esencial en el desenvolvimiento de todo Estado, de la sociedad o de cualquier individuo en particular. Según esta visión, toda conducta proveniente del Estado, de sus poderes públicos, del medio social o de cualquier sujeto en particular, debe encontrarse exenta de comportamientos discriminatorios o diferenciados a menos que estos últimos se encuentren sustentados en razones debidamente justificadas. No se necesita, por tanto, que dicha visión tenga que ser reclamada por alguien en particular a la luz de algún caso concreto, sino que la misma debe ser una línea de raciocinio permanente o inalterable, una obligación imperativa nacida para ser acatada o puesta en práctica en toda circunstancia, por todos y principalmente por el Estado, en cuanto garante o protector de las libertades y derechos» (párrafo 10).

Existe un más que evidente paralelismo entre esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa al derecho a la igualdad y a la no discriminación[45]. Además, el Tribunal español sigue casi al pie de la letra la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[46].

44 En palabras del Tribunal, «mientras que con la primera se trata de evitar la discriminación por motivos o circunstancias de suyo personales (raza, sexo, opinión, religión, idioma, etc.), con la segunda se pretende garantizar que la condición personal distintiva con la que todo ser humano se ve acompañado a lo largo de su vida no sea un obstáculo o impedimento para recibir trato igual al de sus propios semejantes. En dicho contexto, el Estado y la sociedad (incluso los particulares) adquieren un rol protagónico pues antes que abstenerse (perspectiva meramente negativa), deben actuar promoviendo condiciones a favor de los derechos (perspectiva positiva)» (párrafo 9).

45 La Constitución española regula la igualdad y la prohibición de discriminación en su artículo 14: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

46 Desde el inicio de su actividad el Tribunal Constitucional español ha tenido en cuenta el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad y no discriminación. Así, en la Sentencia 22/1981, de 7 de julio, se cita expresamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar el principio de no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española: «aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado Tri-

En el análisis del contenido del artículo 14 de la Constitución, el Tribunal Constitucional español distingue entre la igualdad como derecho subjetivo y la prohibición de discriminación como principio general que irradia la totalidad el ordenamiento jurídico. Así, afirma el Tribunal, en el primer inciso del artículo 14 de la norma fundamental cabe contemplar una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que limita la actuación de los poderes públicos y les obliga a respetarlo, al tiempo que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. Por ello, para introducir diferencias entre supuestos de hecho iguales tiene que existir una suficiente justificación de tales diferencias, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Además, las consecuencias de dichas diferencias no pueden resultar desproporcionadas[47].

La virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamen-

bunal en varias de sus Sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

El artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se ocupa de la igualdad y de la no discriminación es el 14, cuyo contenido es el siguiente: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Asimismo, debe tenerse en cuenta el Protocolo número 12 al Convenio, de 4 de noviembre de 2000, dedicado expresamente a la prohibición de discriminación.

47 Las afirmaciones están extraídas del Fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001, de 4 de octubre.

te prohibidos por el artículo 14 de la Constitución, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, así como los tratamientos diferenciados fundados exclusivamente en dichos motivos o razones[48].

Como principio informador de las relaciones Iglesia-Estado la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad se traducen en lo siguiente:

> «No es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y [en] que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos» (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, Fundamento jurídico 1).

Tal como se vio en el caso de la jurisprudencia constitucional peruana, el Tribunal Constitucional español ha reiterado en varias ocasiones que el principio de no discriminación no implica un tratamiento jurídico uniforme. El artículo 14 de la Constitución se vulnera, no cuando se distingue, sino cuando se discrimina. La discriminación es la desigualdad de trato jurídico que no está fundada, que no está justificada, que, en definitiva, no es razonable desde un punto de vista jurídico. Como ha puntualizado el máximo intérprete de la Constitución en este sentido:

> «Las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando tienen una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 209/1988, de 10 de noviembre, Fundamento jurídico 6).

Para permitir el trato dispar de situaciones homologables se exige la concurrencia de una doble garantía: a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad

[48] Así lo recoge también el Fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001, de 4 de octubre.

que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos[49].

A estos postulados generales debe añadirse un elemento adicional: la valoración que se realice en cada caso de la diferencia de trato ha de tener en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en el que se proyecte, pues el juicio de proporcionalidad no se realiza en abstracto, sino en función de las circunstancias del caso concreto. Ello conlleva que las situaciones subjetivas que se comparan han de ser homogéneas o equiparables, es decir, el término de comparación no puede resultar arbitrario o caprichoso[50].

El Tribunal Constitucional peruano sigue, como hemos dicho, este planteamiento, como se aprecia con claridad en el siguiente párrafo con el que el magistrado ponente concluye su exposición del significado del artículo 2, inciso 2, de la Constitución:

> «Cabe entonces apreciar que la igualdad en cualquiera de sus dos variantes (sea que se presente como un derecho, sea que se presente como principio) asume un rol capital dentro del esquema constitucional. Bien que transcendente debe ser, sin embargo, adecuadamente entendida en todos sus alcances. De acuerdo con ellos y como ya se ha dicho, su invocación no significa la proscripción absoluta de cualquier forma o expresión de trato desigual, sino específicamente de aquellas que no obedezcan a motivaciones objetivas o elementalmente razonables (justas). Por consiguiente, no está prohibido que el Estado, la sociedad o los individuos en particular puedan introducir tratamientos diferenciados, sino que dichas diferenciaciones resulten irracionales, grotescas o arbitrarias, sea por no poseer un elemento objetivo que las justifique o una justificación razonable que las respalde» (párrafo 11).

[49] Así se expone, con cita de varias sentencias anteriores, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, Fundamento jurídico 7.

[50] Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, Fundamento jurídico 8.

4. Libertad religiosa y modelo constitucional de relaciones Iglesia-Estado

Tras exponer la configuración del derecho fundamental de libertad religiosa en sí mismo considerado, el Tribunal Constitucional peruano entra a explicar cuál debe ser su alcance concreto en el contexto del modelo de relaciones Iglesia-Estado establecido en la Constitución. Es evidente que existe una conexión entre el alcance de la libertad religiosa en un concreto ordenamiento jurídico y el modelo de relaciones entre los poderes públicos y las confesiones religiosas. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pone de manifiesto que cada Estado cuenta con un modelo propio de relaciones Iglesia-Estado, producto de una determinada evolución histórica, por lo que en materia religiosa debe otorgarse un margen de apreciación a las autoridades estatales sin que sea posible en muchos casos fijar estándares uniformes válidos para todos los sistemas[51].

A este respecto puede traerse a colación el asunto *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004, en el que el Tribunal expone de forma detallada su doctrina sobre este punto:

> «Cuando están en juego cuestiones sobre las relaciones entre el Estado y las religiones, sobre las que pueden existir razonablemente divergencias profundas en un Estado democrático, procede conceder una importancia especial al papel del que decide a nivel nacional (…) En este caso, hay que tener en cuenta el justo equilibrio que hay que mantener entre los diversos intereses en juego: los derechos y libertades ajenos, la paz civil, los imperativos del orden público y el pluralismo (…). Se impone especialmente un margen de apreciación cuando los Estados contratantes regulan el uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza, dado que la reglamentación en la materia varía de un país a otro en función de las tradiciones nacionales (…), y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la "protección de los derechos ajenos" y al "orden público"» (párrafos 101-102)[52].

En todo caso, como precisa el Tribunal de Estrasburgo, ese margen de apreciación debe ser compatible con la función de control que compete al Tribunal orientada a garantizar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

[51] Sobre la teoría del margen de apreciación remito a J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra 2010.

[52] En el mismo sentido se manifiesta la Gran Sala en su Sentencia de 10 de noviembre de 2005 en el asunto *Leyla Sahin contra Turquía* (párrafos 109 y 110).

> «Bien entendido, esto no excluye un control europeo, tanto más cuanto que tal reglamentación no debe nunca suponer un atentado contra el principio del pluralismo, ni chocar contra otros derechos consagrados por el Convenio, ni suprimir totalmente la libertad de manifestar la religión o la convicción (véanse mutatis mutandis, Sentencia Asunto *"Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica" contra Bélgica*, de 23 julio 1968, serie A núm. 6, pg. 32, ap. 5 y *Yanasik contra Turquía*, núm. 14524/1989, Resolución de la Comisión de 6 enero 1993, RI 74, pg. 14)» (párrafo 102).

El Tribunal Constitucional peruano califica el modelo de relaciones Iglesia-Estado establecido por la Constitución como un modelo de *Estado Laico,* garante de la libertad religiosa, con compromiso específico de cooperación con la Iglesia católica (párrafo 19 de la Sentencia). El artículo de la Constitución que se ocupa de esta cuestión es el 50, que tiene el siguiente tenor:

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

En el análisis de este precepto, el Tribunal Constitucional deja claro, en primer lugar, que la Constitución ofrece un trato preferente a la Iglesia católica respecto a las demás confesiones, pero que esa posición de preeminencia no da lugar a una vulneración de otras creencias y convicciones, las cuales deben ser plenamente respetadas. Aunque se llega a decir que el Estado puede fomentar un modo particular de concebir teológicamente el mundo, se precisa que tales actuaciones de los poderes públicos no pueden dar lugar a imposiciones y a desconocer que existen otras formas, religiosas o no, de concebir la vida:

> «Aunque una posición como la asumida por el ordenamiento puede, en efecto, sugerir una suerte de tratamiento preferente en favor de la religión católica y de quienes comulgan con ella, tal postura no significa ni tampoco debe entenderse como que dicho tratamiento pueda sobreponerse o incluso invadir la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así, no tendría sentido que la misma norma fundamental se esfuerce en proclamar una libertad con toda firmeza para luego neutralizarla o simplemente vaciarla de contenido. Evidentemente colaborar significa que el Estado procure facilitar condiciones para que la religión católica se fomente como un modo particular de concebir teológicamente el mundo, pero colaborar no supone imponer, ni tampoco ni mucho menos desconocer otras formas de pensar, religiosas o no, pues ello supondría que los derechos se determinan o se justifican únicamente a partir de las convicciones o raciocinios propios de la fe católica» (párrafo 20).

Para el Tribunal, la referencia a que la Iglesia católica es un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú puede, sin duda, ser tomada como un indicativo de la concepción ontológica del Estado, en reconocimiento a su influencia en los valores plasmados en la Constitución, pero sin que la moral colectiva o individual de las personas y su autodeterminación dependa de acatar los mandatos de la fe católica. De manera rotunda se expresa en la Sentencia que esa posición particular otorgada a las creencias católicas debe respetar la libertad de las personas y de las autoridades y no dar lugar a ningún tipo de menoscabo o trato desfavorable, pues ello sería incompatible con el pluralismo de creencias que se deriva tanto del principio de primacía de la persona como del sustento democrático. En conclusión:

> «Por más arraigadas que resulten ciertas costumbres religiosas en nuestra colectividad y que esta última resulte mayoritariamente católica, ello no significa que las mismas deban irradiarse a todos los sectores del ordenamiento jurídico condicionando desmesuradamente libertades y derechos. Sin perjuicio de que las mismas sean mantenidas o legítimamente respetadas y sin que ello suponga negar la indudable incidencia de la fe católica en nuestra historia, hay que saber respetar el derecho de quienes no comparten dicha fe y, por tanto, garantizar la plena autodeterminación de cada persona según sus propias convicciones. No en vano, y como enfatiza la propia norma fundamental, el reconocimiento y la colaboración a la Iglesia Católica es sin perjuicio del respeto por otras confesiones y sin la negación de vínculos o fórmulas de apoyo en torno a ellas» (párrafo 21).

En el proceso de aplicación de la doctrina anterior a las circunstancias del caso, el Tribunal Constitucional opta de manera clara por subordinar la especial consideración otorgada a la Iglesia católica en el modelo constitucional al respeto a la libertad religiosa de todas las personas:

> «El nexo entre Iglesia Católica y Estado puede existir como factor histórico, cultural y moral, pero no supone identificación ni asunción de postura oficial alguna, ya que el Estado peruano es laico y no confesional. De allí que utilizar el vínculo institucional creado entre autoridades y trabajadores para imponer actividades abiertamente confesionales lesione la libertad religiosa no sólo de quienes no comulgan con la fe católica (sea por pertenecer a otros credos, sea por asumir posiciones abiertamente agnósticas), sino incluso la de aquellos que, pese a pertenecer a la religión católica, tampoco tienen por qué verse obligados a que el Estado les diga en qué momentos o circunstancias deben hacer suyas las prácticas de su propia religión» (párrafo 27).

Lo anterior es así, sin perjuicio de considerar constitucional el hecho de que autoridades públicas promuevan la organización de actos o ceremonias religiosas, pero siempre que se respete la voluntariedad de la participación y no se perjudique a aquellos que opten por abstenerse de participar:

> «Aunque puede ser legítimo que cualquier autoridad administrativa promueva la participación de sus trabajadores en determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, por ejemplo), ello no justifica que so pretexto de las mismas, todos los trabajadores o subordinados tengan que ser partícipes de dichas actividades porque así lo ordena o lo dispone la jerarquía administrativa (…) el hecho de que uno o más trabajadores no sean partícipes de las costumbres de sectores mayoritarios, de ninguna manera puede ser considerado como elemento de merituación o desmérito en torno a su comportamiento o sus capacidades. En el contexto del presente caso, cualquier intento de valoración del trabajador a partir de su no identificación con los credos o creencias de quienes comulgan con un sentido religioso determinado será evidentemente catalogado de discriminatorio y, por ende, de inconstitucional y prohibido» (párrafos 28 y 29).

En el análisis de esta doctrina del Tribunal Constitucional peruano resulta conveniente comenzar haciendo referencia a la compatibilidad de los sistemas confesionales, así como de aquellos que fomentan una determinada religión, con el pleno reconocimiento del derecho de libertad religiosa. En Europa están vigentes modelos de Iglesia de Estado, como el danés[53], o modelos como el inglés, en el cual la Iglesia de Inglaterra es la Iglesia *established* por el Derecho[54], en los que no se pone en duda el reconocimiento del derecho de libertad religiosa, aunque se otorgue una posición preeminente a una determinada confesión religiosa[55]. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General número 22 al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es plenamente consciente de esta realidad y deja claro que esos modelos son compatibles con la libertad religiosa, siempre que se respete y no se discrimine a las personas que no pertenecen a la religión oficial o que cuenta con una posición jurídica particular:

> «El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes. En particular, determinadas medidas que discriminan en contra de estos últimos, como las medidas que sólo permiten el acceso a la función pública de los miembros de la religión predominante o que les conceden privilegios económicos o imponen limitaciones

[53] El artículo 4 de la Constitución establece que «la Iglesia evangélica luterana es la Iglesia nacional danesa y goza, como tal, del apoyo del Estado».

[54] Vid. J. García Oliva, *El Reino Unido: un Estado de Naciones, una pluralidad de Iglesias*, Granada 2004.

[55] Respecto al modelo inglés, se remite a la bibliografía y jurisprudencia citadas en M. Rodríguez Blanco, *Ecclesiastical Law y Derecho Eclesiástico del Estado*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 18 (2002), pp. 385-423.

especiales a la práctica de otras creencias, no están en consonancia con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y con la garantía de igual protección en virtud del artículo 26»[56].

Si se compara la doctrina del Tribunal Constitucional peruano con la jurisprudencia constitucional española se observan algunas coincidencias importantes, al tiempo que se aprecian diferencias significativas, pese a que exista una acentuada similitud en la configuración de las relaciones Iglesia-Estado a nivel constitucional. Así, el artículo 16.3 de la Constitución española, que sería el equivalente al artículo 50 de la peruana, establece:

> «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

La referencia a la no confesionalidad del Estado en la Constitución española concuerda con la frase *dentro de un régimen de independencia y autonomía,* que utiliza la norma fundamental del Perú. Bien es cierto que la Constitución española dice que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias presentes en la sociedad, expresión muy genérica, mientras que la Constitución del Perú expresamente reconoce a la Iglesia católica *como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú.*

Lo primero que destaca de la jurisprudencia española sobre el principio de no confesionalidad es la estrecha relación que el Tribunal Constitucional establece entre el principio de no confesionalidad y el derecho fundamental de libertad religiosa. En los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución la no confesionalidad es concebida como garantía del propio derecho de libertad religiosa. Así, en el Fundamento jurídico 4 de la Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, se dice:

> «Ha de tenerse en cuenta que los términos empleados por el inciso inicial del art. 16.3 C.E. no sólo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos, reconocidas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional».

[56] El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ocupa de la prohibición de discriminación: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

En esta misma línea argumentativa, el Tribunal ha llegado a afirmar que la neutralidad de los poderes públicos constituye una consecuencia de la dimensión objetiva de la libertad religiosa. Uno de los párrafos de la jurisprudencia constitucional en los que más claramente aparece plasmada esta relación entre neutralidad y libertad religiosa se encuentra en el Fundamento jurídico 6 de la Sentencia 154/2002, de 18 de julio:

> «En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesia».

Más concretamente, el Tribunal Constitucional ha precisado el núcleo del contenido material del principio de no confesionalidad, cuando afirma:

> «Al determinar que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues como se ha dicho en la STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º, el art. 16.3 CE "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales"» (Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, Fundamento jurídico 4).

Esta prohibición de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales no conlleva una incomunicación entre los poderes públicos y las confesiones religiosas, sino todo lo contrario: puesto que los poderes públicos no pueden asumir funciones religiosas, tienen que cooperar con las confesiones religiosas como consecuencia de la obligación de los poderes públicos de garantizar el reconocimiento real, efectivo y pleno de los derechos fundamentales, *ex* artículo 9.2 de la Constitución[57]:

> «Como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las con-

[57] Artículo 9.2 de la Constitución española: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

> siguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de confesionalidad o laicidad positiva» (Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, Fundamento jurídico 4).

Toda esta construcción se complementa con la idea de que la neutralidad del Estado en materia religiosa es el presupuesto para la pacífica convivencia entre las distintas religiones al permitir a los ciudadanos actuar con plena inmunidad de coacción en el campo religioso:

> «Por su parte, el art. 16.3 CE al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales". Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho "a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado" (STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE)» (Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, Fundamento jurídico 9).

Como se desprende de los párrafos anteriores, la jurisprudencia constitucional atribuye cuatro dimensiones al principio de no confesionalidad: a) la neutralidad de los poderes públicos frente al fenómeno religioso; b) el derecho de los ciudadanos a actuar en el campo religioso con plena inmunidad del Estado; c) la obligación de los poderes públicos de mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas; d) la prohibición de confusión entre fines religiosos y fines estatales.

Si se compara la jurisprudencia constitucional española con la peruana se observan diferencias de matiz y de fondo. En primer lugar, el Tribunal Constitucional español insiste mucho en la dimensión objetiva de la libertad religiosa, esto es, en su relevancia como principio informador de todo el sistema jurídico. En cambio, en la Sentencia 5680-2009-PA del Tribunal Constitucional peruano esta dimensión de la libertad religiosa no aparece expresamente desarrollada. El tema tiene una relevancia de primer orden, pues en los modernos Estados constitucionales los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza o, si se prefiere, desempeñan una doble función: son derechos subjetivos del individuo y, a la vez, constituyen la expresión jurídica de un sistema de valores que se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento.

El Tribunal Constitucional español ha sintetizado estas ideas con claridad, haciéndose eco de la doctrina jurídica:

> «La doctrina ha puesto de manifiesto –en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos– que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el "fundamento del orden jurídico y de la paz social". De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico 4).

En segundo lugar, aunque vemos que ambos Tribunales califican los respectivos modelos de relaciones Iglesia-Estado como modelos de laicidad, el significado que otorgan al término es diverso. El Tribunal peruano implícitamente asume que el artículo 50 de la Constitución sugiere una suerte de tratamiento preferente a favor de la Iglesia católica y que la colaboración entre el Estado y la Iglesia da lugar a que se fomente la religión católica como un modo particular de concebir teológicamente el mundo. De ahí, que la Iglesia católica –en palabras del Tribunal– pueda ser tomada como un indicativo de la concepción ontológica del Estado.

Las diferencias con la doctrina del Tribunal Constitucional español son más que notables. En la jurisprudencia española se afirma que el artículo 16.3 de la Constitución establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que *veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales.* Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado, *cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática.*

El máximo intérprete de la Constitución española ha resaltado en más de una ocasión que el Estado no puede asumir como propios los valores y principios de una concreta confesión religiosa. En una de sus primeras sentencias sobre el factor social religioso, la 24/1982, el Tribunal Constitucional afirmó que el artículo 16.3 de la Constitución, al proclamar que ninguna confesión tendrá carácter estatal, establece una concreta limitación:

> «Impide (…) que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos» (Fundamento jurídico 1).

Una consecuencia directa de estas afirmaciones del Tribunal es que el Estado no puede asumir como propios los valores o principios de una concreta confesión religiosa. El tema ha sido abordado expresamente en el Auto 617/1984, de 31 de octubre, en el que se desestima el recurso de amparo presentado contra una sentencia que declaró disuelto por divorcio un matrimonio canónico. La recurrente sostenía que la aplicación del divorcio a su matrimonio, que había sido contraído según las normas del Derecho canónico, suponía una violación de su derecho a la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional rechaza el recurso y deja claro que el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico no supone la asunción por el Estado de las características y propiedades que la Iglesia católica asigna al matrimonio en su fuero propio. Sus palabras concretas son:

> «Por su carácter pluralista y aconfesional, el Estado no viene obligado a trasladar a la esfera jurídico-civil los principios o valores religiosos que gravan la conciencia de determinados fieles y se insertan en el orden intraeclesial» (Fundamento jurídico 5).

Esta postura del Tribunal Constitucional español no implica que los poderes públicos no puedan celebrar ceremonias religiosas, ni tampoco impide que se facilite la asistencia religiosa en los establecimientos públicos. Ello es posible siempre que estas actuaciones se articulen con pleno respeto al derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos, a la no discriminación y a las exigencias del principio de no confesionalidad.

Con respecto a la asistencia religiosa, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa, toda vez que los ciudadanos miembros de las Fuerzas

Armadas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; asimismo, tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de prestar asistencia a los católicos, no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones (Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, Fundamento jurídico 4).

Por lo que respecta a la celebración de festividades y a la participación en actos religiosos, en el Fundamento jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, se dice:

> «El art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa».

Por lo que respecta a los símbolos religiosos, la postura del Tribunal Constitucional se encuentra recogida en su Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, en la que se desestima un recurso de amparo interpuesto contra la decisión del Colegio de Abogados de Sevilla de proclamar a la Virgen María como patrona de la corporación. El recurrente alega la vulneración de los derechos a la igualdad, a la libertad religiosa y a la tutela judicial efectiva. En concreto, se cuestionaba el artículo 2.3 de los Estatutos del Colegio de Abogados, que contaba con la siguiente redacción:

> «El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada».

El Tribunal Constitucional afirma en el Fundamento jurídico 4 de la Sentencia que las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales:

> «En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales».

A continuación, el Tribunal analiza la función que tienen los símbolos en el marco del modelo constitucional vigente para concluir lo siguiente[58]:

> «Cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad» (Fundamento jurídico 4).

[58] La conclusión recogida a continuación va precedida de las siguientes afirmaciones: «Nuestro razonamiento ha de partir de la constatación de que es propio de todo ente o institución adoptar signos de identidad que contribuyan a dotarle de un carácter integrador ad intra y recognoscible ad extra (…) Naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Ésta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa. Por consiguiente, es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa. A tal fin, nuestra labor hermenéutica debe comenzar tomando en consideración que todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social. En este mismo sentido, la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros contra Italia –que ha juzgado sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas– pone de relieve que, en este ámbito, la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado (§ 66). En segundo lugar, debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso (…) Por último, siguiendo a la antes citada STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y otros c. Italia, § 72 (con remisión a las SSTEDH Zengin c. Turquía, § 64; y Folgerø y otros c. Noruega, § 94) debemos valorar la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre la conciencias de las personas, como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas».

Las importantes diferencias mostradas entre la jurisprudencia peruana y la española respecto al significado de la colaboración o cooperación de los poderes públicos con la Iglesia católica se deben, en mi opinión, al distinto significado que se otorga a dicho principio. En el caso español, este principio no busca en ningún caso promover la doctrina católica como una determinada concepción ontológica del Estado, sino que los poderes públicos cooperan con la Iglesia católica –y con las demás confesiones religiosas– para hacer real y efectivo el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa. Dicho de otro modo, el objeto de la cooperación es la persona –el pleno y real reconocimiento de sus derechos fundamentales– y no la Iglesia, en tanto que institución.

Para comprender el significado último del principio de cooperación en el ordenamiento español hay que tener presente que su fundamento constitucional engarza de manera directa con la definición del Estado como un Estado social y democrático de Derecho. En concreto, la cooperación con las confesiones religiosas ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la norma suprema, que impone las siguientes obligaciones a los poderes públicos: a) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; b) remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad; c) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Enmarcada la cooperación con las confesiones religiosas en su contexto constitucional, no cabe atribuir a los poderes públicos la obligación de promover el hecho religioso en cuanto tal, en sí mismo considerado, sino en la medida en que esa promoción hace real y efectivo el pleno reconocimiento de la libertad religiosa y de la igualdad[59].

Sí conviene señalar, para terminar, que en el voto singular formulado por el magistrado Vergara Gotelli en la Sentencia 5680-2009-PA se hacen consideraciones que se aproximan mucho a la doctrina constitucional española relativa a los principios de no confesionalidad y de cooperación:

> «Este Colegiado ha expresado en la STC Nº 0256-2003-HC/TC que "[l]a 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

[59] Vid. A. Castro Jover, *Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 3 (2003), disponible en: www.iustel.com.

> que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa" (…) Advertimos entonces que la figura del Estado Laico establecido en el artículo 50º de la Constitución del Estado es consecuencia del principio-derecho igualdad, en consonancia con el derecho a la libertad religiosa, erigiendo el Estado como aquel ente impedido no solo de tener alguna injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sino también de imponer u obligar el profesar determinada religión con todo lo que ello implique. En conclusión el Estado en este tema es neutral, es decir no tiene adhesión alguna a un credo religioso determinado» (párrafos 11 y 13).

En conclusión, consideramos que es posible afirmar que estamos ante un terreno sobre el que sería conveniente profundizar con objeto de realizar ulteriores precisiones, partiendo de los derechos fundamentales como elemento central de todo el sistema constitucional, sobre cuál es el alcance del artículo 50 de la Constitución del Perú.

La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC

Dr. Javier Ferrer Ortiz
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Zaragoza (España)
jferrer@unizar.es

Sumario:

1. *Introducción*
2. *Justicia ordinaria y derechos fundamentales*
3. *La libertad de no declarar la propia religión o creencias*
   - 3.1. *La obligación de declarar la religión para acceder a cargos públicos*
   - 3.2. *La obligación de prestar juramento y sus alternativas*
   - 3.3. *La libertad de manifestar la religión o creencias*
     - 3.3.1. *Los textos internacionales de derechos humanos*
     - 3.3.2. *El ordenamiento jurídico español*
     - 3.3.3. *El ordenamiento jurídico peruano*
     - 3.3.4. *La prohibición de interrogar sobre la religión en la STC 6111-2009-PA-TC*
4. *La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público*
   - 4.1. *Los principios inspiradores del Derecho eclesiástico del Estado*
     - 4.1.1. *Libertad religiosa e igualdad religiosa ante la ley*
     - 4.1.2. *Laicidad del Estado y colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*
   - 4.2. *Símbolos de origen religioso en el espacio público*
     - 4.2.1. *Símbolos, religión y cultura en la STC 6111-2009-PA-TC*
     - 4.2.2. *Algunas cuestiones previas*
     - 4.2.3. *Los argumentos de la STC 6111-2009-PA-TC y de otras sentencias*
     - 4.2.4. *Alcance de la decisión del Tribunal Constitucional del Perú*

1. Introducción

El objeto de estas líneas es comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 7 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N.º 06111-2009-PA-TC, con la que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jorge Manuel Linares Bustamante. De este modo doy respuesta a la amable invitación que me dirigió el Magistrado Gerardo Eto Cruz para participar en este volumen sobre *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*. En mi caso, me centraré en el análisis de los fundamento jurídicos de la Sentencia, para ponerlos en relación con la doctrina y jurisprudencia españolas, sin olvidar la inclusión de algunas referencias a otros elementos de Derecho comparado, especialmente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional del Perú en esta importante sentencia se ha pronunciado en realidad sobre varias cuestiones, aunque la novedad y actualidad de una de ellas se haya impuesto sobre las demás, acaparando el protagonismo y la atención, incluso de la doctrina especializada, que se refiere a ella como la sentencia de los símbolos religiosos en el espacio público[1].

En realidad, el objeto del proceso constitucional en cuestión era el siguiente:

> «Que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuanto máximo representante del Poder Judicial, disponga:
> a) El retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia.
> b) La exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general» (STC 06111-2009-PA-TC, n. 1).

Además, el hecho de que la justicia ordinaria declarara improcedente la demanda de amparo por considerar que carecía de contenido constitucional, y

[1] Cito, por vía de ejemplo, los títulos de los comentarios doctrinales de S. Mosquera, *Símbolos religiosos en espacios bajo la administración del Estado,* en «Gaceta Constitucional», 40 (2011), pp. 113-17; C. R. Santos Loyola, *Laicidad, símbolos religiosos e instituciones públicas. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional Peruano,* en «Diálogo con la Jurisprudencia», 152 (2011), pp. 39-56; G. J. Oporto Patroni, *Símbología de origen religioso, Estado laico y derechos fundamentales. Comentario a la STC Exp. N.º 06111-2009-PA/TC,* en «Revista Jurídica del Perú», 123 (2011), pp. 64-80; y F. Rey Martínez, *Símbolos religiosos en espacios públicos (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Constitucional Peruano),* en M. P. Vilcapoma Ignacio (pres.), *Memoria. X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional "Néstor Pedro Sagüés",* Empresa Editoria Agencia de Publicidad Creative, Hunacayo 2011, pp. 19-33.

que fuera confirmada por la instancia inmediatamente superior, hizo que el Alto Tribunal se pronunciara también sobre el asunto.

En consecuencia, se puede decir que son tres las cuestiones resueltas por la sentencia y que me dispongo a abordarlas en orden ascendente, de menor a mayor complejidad y extensión. Entiendo que las tres forman parte de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y que deben ser justamente consideradas y comentadas.

2. Justicia ordinaria y derechos fundamentales

La primera cuestión, siguiendo en este caso el orden lógico de la sentencia, es la que se refiere al rechazo liminar de la pretensión del recurrente por parte de la justicia ordinaria. En efecto, Jorge Manuel Linares Bustamante se dirigió en primera instancia al Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte que, con fecha 20 de noviembre de 2008, declaró improcedente su petición por el siguiente motivo:

> «El petitorio de la demanda no tiene contenido constitucional directo o indirecto ni se encuentra en los supuestos de discriminación, limitación o restricción a los derechos de libertad de conciencia y de religión» (Antecedentes de la STC 06111-2009-PA-TC).

Esta decisión fue confirmada por la Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima Norte, el 21 de julio de 2009, que aún añadió lo siguiente:

> «La demanda es manifiestamente improcedente por la falta de agotamiento de la vía previa y de legitimidad para obrar, así como por considerar que el proceso de amparo no es idóneo para atender el pedido del recurrente» (Antecedentes de la STC 06111-2009-PA-TC).

El Alto Tribunal rechaza estos argumentos de modo categórico. Considera inapropiada la doble invocación realizada por las instancias inferiores del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, del inciso 1 y del inciso 4, en apoyo de sus decisiones[2]. Y afirma con inusitada contundencia que «las argumentaciones realizadas resultan a todas luces impertinentes para justificar el rechazo liminar

[2] El artículo 5 dispone, junto a otras causales, que no proceden los procesos constitucionales cuando «los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (inciso 1) y cuando «no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus» (inciso 4).

producido» (n. 3)[3]. Añade que está comúnmente admitido el carácter excepcional de esta opción procesal, de tal manera que sólo cabe acudir a ella cuando no existe ningún margen de duda o discusión acerca de la concurrencia de la causal de improcedencia. No es lo que sucede en este caso, sino todo lo contrario: es evidente que las dos cuestiones planteadas tienen relevancia constitucional.

> «En efecto –explica el Colegiado– tanto el derecho a la igualdad como la libertad religiosa no sólo representan indiscutibles temas constitucionales, sino que la descripción de los hechos denunciados como presuntamente violatorios de dichos derechos se presenta como típicas hipótesis controversiales respecto de las cuales deviene imperativo un pronunciamiento por parte del juez constitucional» (n. 3).

La situación resulta tan llamativa que el propio Tribunal Constitucional continúa señalando que no es posible atribuirla a desconocimiento de los temas por parte de los Tribunales inferiores, sino posiblemente a «una tendencia a no asumir responsabilidades frente a controversias o debates constitucionales de suyo sensibles» (n. 3).

Ante la dificultad de admitir un error de bulto como éste, en el campo doctrinal se ha formulado la hipótesis de que el Poder Judicial no haya querido resolver el caso por sentirse directamente afectado e implicado en la petición de retirada de los crucifijos y las biblias de todas las salas judiciales y despachos de magistrados del país[4].

Con independencia de cuál haya sido en última instancia la causa del doble rechazo liminar, lo cierto es que resulta contrario al modelo de justicia constitucional peruano, donde el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución pero no el único. Así lo expresa con claridad la sentencia:

> «Mientras que el Poder Judicial es el juez natural de los derechos fundamentales, en tanto conoce de los procesos de tutela desde sus primeras etapas, el Tribunal Constitucional es el juez excepcional de los derechos, en tanto su intervención se produce sólo cuando la tutela a nivel judicial no ha sido posible» (n. 4).

[3] Con objeto de simplificar las citas literales o de referencia de la Sentencia 06111-2009-PA-TC, a lo largo de este trabajo me limitaré a consignar entre paréntesis el número del apartado de fundamentos al que pertenecen.

[4] Cfr. S. Mosquera, *Símbolos religiosos en espacios bajo la administración del Estado,* cit., p. 116. A juicio de la autora, «aunque este argumento haya podido presentarse en el imaginario de los órganos judiciales que vieron el caso en las instancias previas, no justifica en absoluto la respuesta que han dado, pues han dejado en una situación de indefensión a ambas partes: al demandante porque le han obligado a seguir un proceso más allá de lo que este hubiese deseado, y al demandado porque al haber decidido, muy correctamente, el TC examinar directamente el fondo del asunto sin necesidad de recomponer el proceso desde su inicio, ha provocado –eventualmente– que la defensa de los intereses del Estado se haya visto perjudicada al no haber podido actuar prueba alguna ante el TC» (*Ibídem*).

Algo semejante sucede en otros países como Alemania, Italia y España, donde el Tribunal Constitucional no tiene el monopolio en la aplicación de la Constitución:

> «Los jueces y tribunales no sólo han de aplicarla con eficacia indirecta o interpretativa –afirma Aragón Reyes–, sino que también pueden controlar la constitucionalidad de las normas reglamentarias (…) e, incluso en ausencia de ley (si en la materia rige el principio de legalidad) o de norma legal y reglamentaria (si es materia no afectada por tal principio), extraer de la Constitución la regla para el caso cuando la norma constitucional, por su propia estructura, consiente este tipo de eficacia directa. Por ello –concluye–, la justicia constitucional, en sentido amplio, la realizan el Tribunal Constitucional y todos los órganos del poder judicial»[5].

Así pues, abundando en esta misma idea se ha podido afirmar que en estos sistemas jurídicos el papel de la jurisprudencia queda ampliado, en la medida que puede y debe efectuar una interpretación constitucional, aunque limitada, ya que siempre el Tribunal Constitucional tendrá la última palabra, como supremo intérprete de la Constitución[6].

Por lo que se refiere al argumento añadido por la segunda instancia para rechazar el recurso por no haber agotado previamente la vía administrativa, el Colegiado es también claro al entender que no se encuentra acreditado que exista una vía interna de reclamo (n. 5). En consecuencia, la situación entra de lleno en una de las excepciones del Código Procesal Constitucional que no exige el agotamiento de las vías previas cuando «no se encuentra regulada» (art. 46, inciso 3) y que igualmente sostiene que «en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo» (art. 45).

Firme todo lo anterior, el Tribunal Constitucional decide pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque podría haber declarado nulas las actuaciones anteriores, con devolución del expediente para una recomposición total del proceso. A mi juicio se trata de una sabia medida, donde se conjugan atendibles razones de economía procesal y la misma entidad de la solicitud planteada que, presumiblemente, cualquiera que fuera el fallo en las instancias inferiores, acabaría llegando antes o después al Constitucional. La importancia de las cuestiones planteadas, señaladamente la de los crucifijos, que ha sido objeto de un amplio debate jurídico en diversos países y sobre la que se han pronunciado

[5] M. Aragón Reyes, "Tribunal Constitucional (D.º Constitucional)", en A. Montoya Melgar (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica,* Editorial Civitas, Madrid 1995, IV, p. 6692.

[6] Cfr. R. Navarro-Valls, *Justicia Constitucional y factor religioso,* en J. Martínez-Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997,* Editorial Comares, Granada 1998, p. 34.

diversas instancias judiciales, incluidos varios Tribunales Constitucionales y al Tribunal Europeo de Derecho Humanos, justifican sobradamente que el Alto Tribunal del Perú asuma el conocimiento de la controversia (cfr. n. 6).

Por lo demás, acerca de la eventual indefensión del demandado que puede suponer este modo de actuar, el propio Colegiado explica que no se produce tal:

> «Conforme se aprecia de fojas 65 y 66 de autos, el Procurador Público para los asuntos constitucionales del Poder Judicial se apersonó al presente proceso haciendo suya la defensa del demandado Presidente del Poder Judicial, lo que significa que la autoridad demandada sí conoció de los temas demandados y, por lo tanto, bien pudo en su momento argumentar lo que considerara pertinente a su favor» (n. 7).

En definitiva, considero que el Tribunal Constitucional ha resuelto deforma intachable esta primera cuestión, al mismo tiempo que ha formulado un claro mensaje al Poder Judicial de que no actuó como es debido al rechazar infundadamente la pretensión del recurrente.

3. La libertad de no declarar la religión

Una vez analizada la cuestión preliminar, es el momento de abordar la segunda petición de Jorge Manuel Linares Bustamante al Presidente de la Corte Suprema de Justicia en la que solicita lo siguiente:

> «La exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general» (STC 06111-2009-PA-TC, n. 1).

En el apartado de Antecedentes de la Sentencia queda constancia de los fundamentos de su petición:

> «Alega vulnerados su derechos a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole».

El mismo apartado abunda en la justificación de su postura, que explica en los siguientes términos:

> «Es irrelevante dicha pregunta, que sólo puede encontrar razones de orden histórico y cultural, y que podría desembocar en que se prejuzgue a aquellas personas que no profesan el catolicismo o el cristianismo. Asimismo, señala que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende indagar sobre la práctica religiosa de los comparecientes ante la justicia».

Para resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional previamente recuerda el objeto del proceso penal y el sentido de los interrogatorios (cfr. nn. 57-61), para luego centrarse en la relevancia de preguntar al procesado o declarante sobre la religión que profesa (cfr. nn. 62-67) y concluir que «resulta en abstracto impertinente además de invasiva en relación con la libertad religiosa» (n. 63). Así pues, el Alto Tribunal da la razón al demandante, con la peculiaridad de que extiende la prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión del compareciente no sólo a las autoridades judiciales sino a toda autoridad o funcionario público (cfr. n. 67).

Pero antes de entrar en el examen pormenorizado de esta decisión del Colegiado, parece oportuno situarla en un marco histórico y jurídico más amplio.

3.1. La obligación de declarar la religión para acceder a cargos públicos

Como es sabido, la formulación de la libertad religiosa, tal y como la entendemos en nuestros días, es relativamente reciente. Basta con remontarse a finales del siglo XVIII y recorrer las vicisitudes desde las primeras Declaraciones de derechos, para advertir que la libertad religiosa se fue abriendo paso lentamente y que recorrió diversas etapas, desde la persecución y la tolerancia, hasta configurarse como derecho y, finalmente, convertirse en principio inspirador de la posición del Estado respecto al fenómeno religioso, en su dimensión individual, colectiva e institucional[7].

La obligación de declarar la propia religión o las creencias ha estado ligada históricamente a la falta de libertad religiosa y a la discriminación. Así, por ejemplo, conviene no olvidar que cuando se produjo la independencia de las colonias y la formación de los Estados Unidos de América, algunos Estados de la Unión conservaron en sus respectivas Constituciones, además del reconocimiento de iglesias establecidas u oficialmente mantenidas, la existencia de *religious tests,* condicionando el acceso a cargos públicos a la profesión de una religión. Estas cláusulas no desaparecieron por completo de las Constituciones de los Estados hasta 1833. Sin embargo, es significativo que años antes, los redactores de la Constitución federal de 1787 se pusieran de acuerdo en

[7] Cfr. P. Lombardía, *Síntesis histórica,* en J. M. González del Valle *et alii, Derecho Eclesiástico del Estado Español,* Eunsa, Pamplona 1980, pp. 72-131. Para una versión más breve, me remito a P. Lombardía (†) y J. Fornés, *El Derecho eclesiástico,* en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español,* Eunsa 2011, 6.ª edición, 2.ª reimpresión, pp. 39-52.

que la autoridad central debería ser neutral en materia religiosa y que la única referencia a la religión contenida en ella (antes de la entrada en vigor de la Primera Enmienda[8]) fuera precisamente la del artículo 6.3, que prohíbe los *religious tests*[9]:

> «Los Senadores y Representantes mencionados, los miembros de las distintas Cámaras Legislativas de los diversos Estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, se obligarán mediante juramento [oath] o protesta [affirmation] a sostener esta Constitución; *pero nunca se exigirá profesión de fe religiosa como condición para ocupar cargos o puestos públicos en los Estados Unidos»* (las cursivas son mías).

3.2. La obligación de prestar juramento y sus alternativas

La eliminación de las cláusulas religiosas supondrá un avance, aunque surgirán otros problemas, por ejemplo, los relacionados con la obligación de prestar juramento, ya sea en la toma de posesión de un cargo público o en el momento de declarar ante un tribunal.

Con carácter previo conviene recordar que, en sentido estricto, jurar es poner a Dios por testigo, garante y juez último de lo que se declara[10]. Implica creer en un Ser Supremo, pero también entender que es lícito jurar, cosa que no sucede en algunas confesiones cristianas que lo consideran innecesario y contrario a la Sagrada Escritura[11]. Desde el principio, en Estados Unidos se contemplaron

8 En 1791 fue ratificado el *Bill of Rights,* integrado por diez enmiendas a la Constitución, la primera de las cuales tendrá una importancia decisiva en la materia, al consagrar la *Establishment Clause* y la *Free Exercise Clause,* sobre las que pivotará el modo de concebir las relaciones entre el Estado y las confesiones, y el reconocimiento de la libertad religiosa como inmunidad de coacción: «El Congreso no podrá aprobar ley alguna para el reconocimiento de cualquier religión [1.ª cláusula] o para prohibir el libre ejercicio del culto [2.ª cláusula], o para limitar la libertad de expresión o de prensa, o el derecho que tienen los ciudadanos de reunirse en forma pacífica y de dirigir peticiones al Gobierno para la reparación de los agravios sufridos». Cfr. J. I. Rubio López, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986),* Eunsa, Pamplona 2011, pp. 153-204.

9 Cfr. J. Planell, *La cuestión religiosa en la campaña electoral del presidente Kennedy,* Eunsa, Pamplona 1978, pp. 45-49. Para un tratamiento más amplio de esta cuestión me remito a J. I. Rubio López, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU…,* cit., pp. 85-151.

10 Así, por ejemplo, el Catecismo de la Iglesia Católica explica: «El segundo mandamiento prohíbe el juramento en falso. Hacer juramento o jurar es tomar a Dios por testigo de lo que se afirma. Es invocar la veracidad divina como garantía de la propia veracidad. El juramento compromete el nombre del Señor: 'Al Señor tu Dios temerás, a él le servirás, por su nombre jurarás' (Dt 6, 13)» (n. 2150).

11 Esta posición se apoya en una rigurosa interpretación del texto de San Mateo 5, 33-37: «También habéis oído que se dijo a los antiguos: *No jurarás en vano, sino que cumplirás los juramentos que le hayas hecho al Señor.* Pero yo os digo: no juréis de ningún modo; ni por el cielo, porque es el trono de Dios; ni por la tierra, porque es el estrado de sus pies; ni por Jerusalén, porque es la ciudad del Gran Rey. Tampoco

algunas excepciones, permitiendo a los miembros de algunos grupos religiosos sustituir el juramento por una declaración, protesta o afirmación de veracidad, permaneciendo la pena de perjurio en caso de falsedad[12]. De hecho, el artículo *supra* transcrito de su Constitución ya contempla la alternativa entre el juramento *(oath)* y la protesta *(affirmation)*.

Se comprende que este tipo de fórmulas acaba teniendo un efecto expansivo, multiplicando el número de objetores y haciendo necesario encontrar una solución de carácter general. El Derecho comparado nos enseña que esta manifestación de objeción de conciencia está prevista en muchos Estados y que se ha desactivado en buena medida al convertirla en una *opción de conciencia*. Esto significa que en unos casos se reconoce la posibilidad de elegir entre jurar o prometer y en otros entre jurar por Dios o por el honor. Es cierto que estas fórmulas se apartan del sentido estricto del término jurar, pero es indudable que ofrecen una solución del problema de la objeción de conciencia *en el juramento*. Lo que de cualquier modo queda claro es que la persona se ha comprometido solemnemente a ser veraz, con las consecuencias conocidas, y que se consigue el objetivo pretendido sin menoscabo de su libertad.

Sin embargo, conviene advertir que esta solución no sirve en la denominada *objeción al juramento,* donde el objetor no admite la opción entre una fórmula *confesional* y otra *no confesional* de adhesión, sino que formula una *objeción total* por motivos religiosos o ideológicos a prestar cualquier tipo de juramento o promesa. De ahí también que haya sido rechazada por los tribunales.

En España, por ejemplo, está reconocida ampliamente la objeción de conciencia *en el juramento,* pero no se admite la objeción *al juramento*. Esta última se ha planteado en varias ocasiones ante la negativa de algunos diputados electos a jurar o prometer la Constitución, por motivos ideológicos. La argumentación del Tribunal Constitucional Español ha sido tajante:

> «El acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 3).

jures por tu cabeza,, porque no puedes volver blanco o negro ni un solo cabello. Que vuestro modo de hablar sea: 'Sí, sí'; 'no, no'. Lo que exceda de esto, viene del Maligno».

12 Cfr. R. Palomino, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Editorial Montecorvo, Madrid 1994, p. 402; y J. I. Rubio López, *Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU…,* cit., pp. 234-239.

El mismo Tribunal ha admitido que el acatamiento a la Constitución pueda ir acompañado de una manifestación puramente testimonial, que realmente no deja de ser un obsequio formal a la disidencia. Esto sucede cuando se permite que a la declaración "sí juro" o "sí prometo" o a sus equivalentes se añada la expresión "por imperativo legal", que no deja de ser técnicamente redundante, pues es evidente que la obligación de prestar adhesión a la Constitución como requisito para poder recibir el acta de diputado es una exigencia legal. Pero también es evidente que tiene un claro significado político[13]. En otras ocasiones, el acatamiento ha ido acompañado de una apostilla del tipo "desde mis más profundas convicciones republicanas", que contrasta con Monarquía parlamentaria, como forma política del Estado español (cfr. art. 1.3 de la Constitución española de 1978).

En el Derecho procesal español, tanto civil como penal, no se plantean mayores problemas. En el ámbito civil se establece que los peritos y los testigos que intervienen en un proceso, antes de emitir dictamen o de declarar, respectivamente, deberán prestar juramento o promesa de decir verdad (cfr. art. 335 y 365 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero). En el ámbito penal se da la circunstancia de que sigue en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; no obstante, algunas de sus disposiciones, como las relativas a la noción de juramento[14] y a la obligación que tienen los testigos[15] y peritos[16], deben interpretarse de acuerdo con la Ley de 24 de noviembre de 1910, que dispuso lo siguiente:

[13] La STC 119/1990, de 21 de junio, afirma: «Tan evidente es que, en el lenguaje común, la expresión añadida no tiene valor condicionante ni limitativo de la promesa (…), como que su sentido desborda con mucho del carácter meramente explicativo de lo obvio que los recurrentes, en ocasiones pretenden atribuirle, y adquiere un significado político que, por lo demás, los mismos recurrentes admiten sin paliativos pues, como repetidamente afirman, el sentido de su adición, cuyo uso anunciaron ya en el curso de su campaña electoral, es el de precisar que su acatamiento no es el resultado de una decisión espontánea, sino simple voluntad de cumplir un requisito que la Ley les impone, para obtener un resultado (el de alcanzar la condición plena de Diputado), que es el directamente querido tanto por ellos como por sus electores» (Fundamento jurídico 7).

[14] «El juramento se prestará en nombre de Dios. Los testigos prestarán juramento con arreglo a su religión» (art. 434 LECrim.).

[15] «(…) Los testigos púberes prestarán juramento de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado. (…) (art. 433 LECrim.).

[16] «Antes de darse principio al acto pericial, todos los peritos, así los nombrados por el juez como los que lo hubieren sido por las partes, prestarán juramento, conforme al artículo 434, de proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad» (art. 433 LECrim.).

> «En todos los casos en que las leyes exijan la prestación de juramento, a excepción de la jura de la bandera del Ejército, sometida a las ordenanzas del mismo, podrá el requerido, si aquélla no es conforme a su conciencia, prometer por su honor. Esta promesa surtirá los mimos efectos que el juramento»[17].

Por lo demás, el incumplimiento de la obligación de ser veraces, tanto por parte de peritos como de testigos, da lugar al delito de falso testimonio, regulado en los artículos 458-462 del Código penal.

Finalmente, desde una perspectiva próxima pero diferenciada, cabe mencionar la prueba de la confesión prestada bajo juramento decisorio, porque muestra con inusitada claridad el sentido y la fuerza que la palabra así prestada tenía en una sociedad religiosa, en este caso cristiana. No sólo hacía prueba plena, sino que no cabía refutarla demostrando la falsedad de dicho juramento:

> «Cuando se solicita la confesión judicial bajo juramento decisorio, la parte a quien se pida podrá referir el juramento a la contraria, y, si ésta se negare a prestarlo, se la tendrá por confesa (art. 1236 del Código civil español, derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000)[18].

3.3. La libertad de manifestar la religión o creencias

Firme lo anterior, considero que estamos en condiciones de abordar la cuestión de la relevancia o pertinencia de interrogar sobre la religión que profesa un procesado o declarante, resuelta por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia en comento.

[17] Cfr. M. López Alarcón, *El interés religioso y su tutela por el Estado,* en J. M. González del Valle *et alii, Derecho Eclesiástico del Estado Español,* cit., p. 529.

[18] Para una visión completa de la confesión en el plano legislativo, cfr. los artículos 1231 a 1239 del Código civil español y los artículos 579-595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, todos ellos derogados). En el plano doctrinal me remito a la exposición de A. Bonet Navarro, *La prueba de confesión en juicio,* Librería Bosch, Barcelona 1979, en especial a las pp. 105-110, donde trata del sentido general del juramento como institutuo probatorio. Siguiendo a Mattirolo describe el mecanismo del juramento entre el actor y el demando en los siguientes términos: «Jura, le dice el adversario, que tu deuda no existe; y serás, sin necesidad de otra cosa vencedor, por frente a la prestación de tu juramento, yo renuncio en aboluto a la pretensión mía, si no quieres jurar, puedes adoptar conmigo el mismo partido que te propongo, refiriéndome el juramento; mas si rehusas jurar y referirme el juramento, esta negativa tuya será la prueba cierta y absoluta de tu sinrazón, conforme a la frase del jurisconsulto Paulo: *manifestae turpitudinis, et confessionis est, nec iurare, nec iusiurandum referre;* y sin más, sucumbirá en la litis» (*Ibídem,* p. 106).

3.3.1. Los textos internacionales de derechos humanos

El primer punto de referencia en el plano internacional viene dado, como en lógico, por los textos de derechos humanos emanados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Es justo reconocer que el primero de ellos, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, brinda una suficiente cobertura en su artículo 18:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como *la libertad de manifestar su religión o su creencia*, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia» (las cursivas son mías)[19].

Al afirmar que forma parte de esta tríada de libertades de la persona la de *manifestar su religión o creencia*, es obvio que en sentido negativo, comprende la libertad de no hacerlo.

Más clarificador resulta el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCyP), de 19 de diciembre de 1966, porque además de reiterar con pequeñas diferencias el texto del documento anterior (cfr. art. 18.1), precisa el alcance de la libertad de manifestar la propia religión o creencias y el carácter excepcional de sus posibles limitaciones:

> «Estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 18.3 PIDCyP)[20].

[19] El derecho debe entenderse genéricamente completado en cuanto a sus límites por el artículo 29.2 DUDH: «En el ejercicio de sus derechos, y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

[20] El alcance de estas expresiones fue precisado por la *Observación General n.º 22, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18), del 30 de julio de 1993* (48.º período de sesiones), adoptada por el Comité de Derechos Humanos, encargado del seguimiento del PIDCyP. El número 8 afirma: «El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria».

Estas mismas ideas están presentes en la *Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones,* de 25 de noviembre de 1981, de la ONU. De nuevo, nos encontramos la formulación de la libertad de manifestar la religión o las convicciones, como contenido del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 11), y el carácter excepcional de sus posibles limitaciones (art. 1.3). En coherencia con su objeto propio, este documento no se limita a una genérica formulación del principio de igualdad, como hacen los anteriores (cfr. art. 2.1 DUDH y art. 2.1 PIDCyP), sino que en consonancia con su objeto propio lo reafirma y explicita con mayor detalle en sus preceptos el principio de igualdad y no discriminación (v. gr, arts. 2 y 3).

Especialmente significativo es el artículo 4.1:

> «Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertad fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural».

El texto puede entenderse perfectamente como un apremio a los Estados para que examinen su propia legislación y su praxis, y eliminen aquellas manifestaciones contrarias al principio de igualdad que carezcan de justificación[21].

Si del ámbito universal de Naciones Unidas, pasamos al regional, nos encontramos de una parte con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y con el Convenio Americano de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969. El primero es ciertamente conciso pero claro en la formulación del principio de igualdad (cfr. art. 2) y lo mismo cabe decir de la libertad religiosa:

> «Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa *y de manifestarla* y practicarla en público y en privado» (art. 3) (la cursivas son mías).

El segundo es más prolijo, tanto respecto al principio de igualdad (art. 1) como a la libertad de conciencia y religión (art. 12), que formula en unos términos prácticamente idénticos a los del Pacto Internacional de Derechos Civiles

[21] Esta misma idea está presente en el número 9 de la *Observación General n.º 22,* ya citada, del Comité de Derechos Humanos: «El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes».

y Políticos, también en lo que concierne a la libertad de manifestar la propia religión o creencias y sus posibles limitaciones (cfr. art. 12.3).

De otra parte, en el ámbito regional europeo, en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,* de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), nos encontramos también con la siguiente afirmación respecto al derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

> «Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o convicciones, así como *la libertad de manifestar su religión o sus convicciones,* individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos« (art. 9.1) (las cursivas son mías).

De igual modo, en términos semejantes a los ya examinados, precisa el carácter excepcional de las eventuales limitaciones a la libertad de manifestar la religión o las convicciones (cfr. art. 9.2); y lo mismo se puede decir de la prohibición de discriminación por razones de religión, expresamente mencionadas (cfr. art. 14).

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre si el derecho a manifestar las propias creencias incluye la libertad negativa a no ser obligado a declarar sobre ellas, ni a comportarse de modo que pueda deducirse que posee o carece de ellas[22]. Así ocurrió en el caso *Alexandridis contra Grecia,* n.º 19516/06, resuelto por la Sección 1.ª mediante Sentencia de 21 de febrero de 2008, en la que se condena a Grecia por presumir que todos los abogados eran cristianos ortodoxos, obligándoles a prestar juramento religioso y, en su defecto, permitirles prestar una promesa solemne, pero previa declaración de no pertenecer a la religión ortodoxa.

En cambio, en el caso *Spampinato contra Italia,* n.º 23123/04, resuelto por la Sección 3.º mediante Decisión del 29 de marzo de 2007, el Tribunal entendió que el mecanismo de la asignación tributaria por el cual los contribuyentes pueden destinar libremente el 8 por mil de lo que pagan en concepto de IRPF a una confesión religiosa entre varias no vulnera el artículo 9 del Convenio y declaró inadmisible la demanda[23].

[22] Cfr. A. Torres Gutiérrez, *La libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 9 CEDH),* en J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, 2.ª edición, corregida y aumentada, pp. 581-582; y L. Martín-Retortillo Baquer, *Estudios sobre libertad religiosa,* Editorial Reus, Madrid 2001, pp. 231-233.

[23] En el mismo sentido y a propósito del sistema de asignación tribuataria español se pronuncia el Tribunal en el caso *Alujer Fernández y Caballero Garcia contra España,* n.º 53072/1999, resuelto por su Sección 4.ª mediante Decisión de 14 de junio de 2001. Me referiré a él más adelante.

3.3.2. El ordenamiento jurídico español

El siguiente paso sería examinar en qué términos reconocen los Estados en sus normas unilaterales esta libertad de manifestar la religión o creencia. No obstante, parece razonable para nuestro propósito limitar ese examen al ordenamientos jurídico español, en particular a la Constitución y a la Ley de libertad religiosa.

La Constitución española de 1978 reconoce de modo positivo esta libertad en su artículo 16.2, cuando dispone:

> «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

No obstante, también reconoce expresamente la libertad negativa de no manifestar la religión y creencias, y lo hace en su artículo 16.2 de modo claro y rotundo cuando afirma:

> «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

Este texto recuerda el tenor del artículo 27.4 de la Constitución española de 1931[24], pero también el artículo 136 de la Constitución de Weimar que, más matizadamente afirma:

> «Nadie estará obligado a manifestar sus creencias religiosas. Las autoridades únicamente tendrán la facultad de preguntar sobre la pertenencia a una comunidad religiosa, cuando dependan de ello derechos y deberes, o cuando lo requiera una comprobación estadística establecida por la ley»[25].

Volviendo al caso español, conviene añadir que el párrafo en cuestión fue aprobado prácticamente sin discusión parlamentaria[26]. Tampoco ha planteado especiales problemas su aplicación, aunque inicialmente en el plano doctrinal se señalara la posibilidad de que se impusiera una interpretación restrictiva del

[24] «Nadie podrá ser impelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas».

[25] El precepto añade en su número 4: «Nadie podrá ser obligado a asisitir a un acto o solemnidad religiosa o a participar en prácticas religiosas o a utilizar una fórmula religiosa de juramento». Como es sabido en virtud del artículo 140 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), éste y otros artículos de la Constitución de Weimar (1919) forman parte de la Ley Fundamental.

[26] Cfr. J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución Española de 1978,* Editorial Tecnos, Madrid 1984, pp. 120-153.

precepto, sosteniendo que la Constitución lo único que garantiza es el silencio ante la pregunta acerca de la religión o las creencias pero no prohíbe que ésta se formule. Desde luego, si así fuera, hubiera quedado desvirtuado por completo el sentido de la norma y la voluntad del legislador constituyente[27].

La realidad jurídica muestra que esto no ha ocurrido. De hecho, incluso unos días antes de que la Constitución entrara en vigor, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRyN) dictó la Instrucción de 26 de diciembre de1978 en la que haciéndose eco, entre otros, del artículo 16.2 y de los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (art. 16.3) y de no discriminación por razón de religión (art. 14) concluyó lo siguiente:

> «Que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar».

En consecuencia, la DGRyN declaró que la eficacia directa de la Constitución implicaba que deberían entenderse modificados los artículos 42 y 86 del Código civil, así como los preceptos concordantes del Reglamento del Registro civil, poniendo fin al sistema de matrimonio civil subsidiario del canónico que giraba, precisamente, sobre la prueba de no profesar la religión católica[28]. La Instrucción pone fin a este sistema y la legislación inmediatamente posterior desarrollará un sistema facultativo, compuesto y de formación progresiva, donde junto al matrimonio civil y al matrimonio canónico, concurren también otros matrimonios religiosos, produciendo todos ellos efectos civiles[29].

En estrecha relación con la Constitución española, cuyo artículos 14 y 16 viene a desarrollar, la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), incide en esta materia en dos de sus preceptos[30].

[27] Cfr. L. Prieto Sanchís, *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales,* en A. Predieri y E. García de Enterría, *La Constitución Española de 1978,* Editorial Civitas, Madrid 1984, pp. 337-338.

[28] Salvo el paréntesis de la II República, desde 1875 hasta 1978 este fue el sistema matrimonial español, de tal manera que sólo podían contraer matrimonio civil quienes no profesaran la religión católica, circunstancia que debía ser probada. Es cierto que en algunas etapas no se exigió una prueba rigurosa de acatolicidad, bastando una simple declaración y que el sistema en el orden práctico se acercaba al de matrimonio civil facultativo, pero sin confundirse con él. Cfr., con carácter general, A. de Fuenmayor, *El sistema matrimonial español (comentario al artículo 42 del Código civil),* Editorial Reus, Madrid 1959; y, más en concreto, I. C. Ibán, *El término 'profesar la religión católica' en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,* en «Ius Canonicum», 20 (1980), pp. 125-147.

[29] Para una visión de conjunto, cfr. J. Ferrer Ortiz, *El sistema matrimonial,* en Instituto Martín de Azpilcueta, *Tratado de Derecho Eclesiástico,* Eunsa, Pamplona 1994, pp. 895-990.

[30] El examen del proceso de elaboración de la Ley muestra la existencia de un amplio consenso sobre

De una parte, en su artículo 1.2, dispone de un modo genérico:

> «Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosas para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas»[31].

Y de otra parte, más específica, en su artículo 2.1 proclama:

> «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución, comprende, con la siguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:
>
> a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; *manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas»* (las cursivas son mías).

Puede afirmarse que en el ordenamiento español está ampliamente consolidado este derecho a no declarar sobre las creencias profesadas. Son numerosas las disposiciones, además de las ya señaladas en materia matrimonial, que lo respaldan[32].

Entre ellas, destaca el artículo 522.2 del Código penal cuando dispone que incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

> «Los que por iguales medios [violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo] fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen».

Sin embargo, conviene citar también otras normas que amparan expresamente en sus propios ámbitos la libertad de no manifestar la religión o creencias, como son la Ley orgánica 15/1994, de 13 de diciembre, de Protección de

los términos en que estaban redactados estos preceptos en el proyecto y, de hecho, no experimentaron cambios importantes. Cfr. M. J. Ciáurriz, *La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley orgánica de libertad religiosa,* Editorial Tecnos, Madrid 1984, pp. 31-91.

31 Sobre la relación del precepto con el artículo 14 de la Constitución, cfr. M. J. Ciáurriz, *La recepción en el artículo 1 de la Ley orgánica de libertad religiosa del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto garantizado en el artículo 16 de la Constitución,* en A. C. Álvarez-Cortina y M. Rodríguez Blanco (coords.), *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado),* Editorial Comares, Granada 2006, pp. 38-43.

32 Cfr. la síntesis que, con ocasión de su comentario al artículo 2.1.a) LOLR, ofrece M. Rodríguez Blanco, *Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa,* en A. C. Álvarez-Cortina y M. Rodríguez Blanco (coords.), *La libertad religiosa en España…,* cit., pp. 58-61.

Datos de Carácter Personal[33]; la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana[34]; y el Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)[35]. Esto no significa que no quepan excepciones; de hecho en el ámbito laboral en algunas ocasiones las creencias de los trabajadores forman parte de la cualificación necesaria para desempeñar un determinado trabajo, convirtiéndose en un elemento fundamental a tener en cuenta en el correspondiente proceso de selección[36]. Así lo confirma el artículo 34.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuando dispone:

> «Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior [entre las que se incluye la religión y las convicciones] no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Sería el caso de los profesores de religión en la escuela pública, donde son las distintas confesiones las que realizan la selección, según sus propios criterios, y la Administración Pública formaliza el contrato correspondiente. Sobre diversos aspectos del sistema de contratación de estos profesores se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones[37] y también lo ha hecho

[33] Artículo 7: «1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.
»2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. (…)».

[34] Artículo 9.3: «En el Documento Nacional de Identidad figurarán la fotografía y la firma del titular, así como los datos personales que se determinen reglamentariamente, respetando el derecho a la intimidad de la persona, y sin que, en ningún caso, puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical o creencias».

[35] Artículo 2: «El la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (…) c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. (…).

[36] Cfr. M. Rodríguez Blanco, *Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa,* cit., p. 60.

[37] Me refiero, además de la sentencia que cito a continuación en el texto principal, a la STC 89/2007, de 19 de abril; la STC 51/2001, de 15 de abril; y la STC 128/2007, de 4 de junio.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[38] manifestando, respectivamente, que no es contrario ni a la Constitución española ni al Convenio europeo.

Sin embargo, sólo una de ellas, la STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007, incide directamente en la cuestión que nos ocupa cuando, al pronunciarse sobre la *Declaración Eclesiástica de Idoneidad* para poder impartir clases de religión católica, afirma:

> «Esta exigencia no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva» (Fundamento jurídico 12).

Las distintas situaciones a las que acabamos de referirnos, tanto en las que rige el principio general de prohibición de indagar sobre la religión o creencias, como aquellas en las que se admite excepcionalmente por la naturaleza de la situación, difieren por completo de *las declaraciones voluntarias* de una persona manifestando libremente su propia religión o creencia, o de *la libre realización de un acto* que puede ser valorado por terceros como manifestación de tener unas determinadas creencias. En estos casos no se produce ningún atentado contra la libertad sino que se propicia su cabal ejercicio. Es evidente que una persona manifiesta indirectamente sus creencias religiosas (a veces pueden ser solamente sus preferencias religiosas) cuando solicita la eficacia civil de su matrimonio religioso, o cuando matricula a sus hijos en clase de religión, o cuando pide recibir asistencia religiosa en una situación de especial sujeción (en un hospital, en un asilo, en una prisión, etc.) o cuando deja constancia en su declaración del IRPF de que destina el 7% al sostenimiento de la Iglesia católica[39].

[38] Me refiero al caso *Fernández Martínez contra España,* n.º 56030/2007, resuelto por la Sección 3.ª del TEDH mediante Sentencia de 15 de mayo de 2012.

[39] Cfr., para un extenso estudio de estas cuestiones, M. J. Roca, *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español,* Universidade de Santiago de Compostela 1992, pp. 207-339, que constituye el trabajo más completo sobre la cuestión que nos ocupa. Para una exposición más breve, centrada en la enseñanza de la religión en la escuela, cfr. J. Ferreiro Galguera, *El derecho a no declarar las creencias: reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente y de la Ley orgánica de calidad de la educación,* en «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», 7 (2003), pp. 289-314.

Respecto a este último aspecto, es el momento de recordar el caso *Alujer Fernández y Caballero García contra España,* n.º 53072/1999, resuelto por la Sección 4.ª del TEDH mediante Decisión de 14 de junio de 2001. Los recurrentes, miembros de la Iglesia Bautista Evangélica, señalan que en su declaración del IRPF no pueden, al igual que los españoles que profesan la religión católica, asignar directamente una parte de su impuesto al sostenimiento económico de su Iglesia. Consideran que esta diferencia de trato constituye una discriminación contraria a los artículos 14 y 9.1 del Convenio. El Tribunal inadmite la demanda centrándose en estos extremos, pero reproduce algunos textos de las decisiones previas acerca del artículo 16.2 de la Constitución. En concreto, el fundamento jurídico 6 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 abril 1990, que dice lo siguiente:

> «En cuanto a la denunciada vulneración del derecho a no declarar la propia creencia religiosa, es evidente que no se ha producido en el presente caso, puesto que no se ha declarado en el acto impugnado, pero además, la imposición de que se asigna a la Religión Católica, que en su caso afectaría exclusivamente a los católicos, tampoco vulnera este derecho, pues es evidente que como todo derecho fundamental tiene sus límites, y en este caso la declaración de predeterminación del gasto está justificada y es razonable (...). De otro lado, tampoco el hecho de que se opte por dicho destino implica necesariamente que se profese la citada religión, pues no puede descartarse que se opte por dicha finalidad por otros motivos, por ejemplo, (...) entender que ejercen una actividad social relevante».

Igualmente transcribe un texto del Auto del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1999, que afirma:

> «No rellenar la casilla de la declaración sobre la renta correspondiente al porcentaje legal determinado para la asignación tributaria a fines religiosos o de interés social en ausencia de una alternativa que permita la posibilidad de efectuar una asignación semejante a su propia Iglesia, no implica la vulneración, incluso indirecta, de la garantía constitucional del derecho a no declarar su propia religión o creencia».

3.3.3. El ordenamiento jurídico peruano

Tal y como acabamos de hacer en relación al Derecho español, parece conveniente circunscribir el examen del ordenamiento jurídico peruano a la Constitución Política y a la Ley de libertad religiosa, añadiendo en este caso su Reglamento[40].

[40] En Derecho español no existe propiamente un Reglamento de la Libertad Religiosa, sino varios Reglamentos que desarrollan aspectos puntuales de la Ley. Entre ellos sobresale el Real Decreto 142/1981,

Pues bien, la libertad de manifestar la religión o creencias en su dimensión positiva, se deduce del artículo 2.3 de la Constitución de 1993 que dispone:

> [Toda persona tiene derecho:] «A la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. (…) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

Este mismo inciso también parece proteger dicha libertad, de su ataque más flagrante y directo, cuando afirma:

> «No hay persecución por razón de religión».

Por lo demás, también conviene traer aquí a colación el artículo 2.2:

> [Toda persona tiene derecho:] «A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

Con todo, el precepto más interesante en la materia, es sin duda el inciso 18 del artículo 2, por su claridad y amplitud en la protección de la dimensión negativa de esta libertad, es decir, del derecho a no declarar la religión o creencias:

> [Toda persona tiene derecho:] «A mantener reserva sobre sus *convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole,* así como a guardar el secreto profesional» (las cursivas son mías).

Del examen de estos preceptos se puede concluir que reproducen casi en los mismos términos los de la Constitución Política de 1979[41]; mientras que las diferencias en el plano sustantivo se reducen a que la Constitución de 1979 no incluía la expresión «No hay delito de opinión» en el artículo 2.3 y a que el derecho *a guardar reserva* sobre las convicciones ocupaba en solitario el inciso 17 del artículo 2, que no figuraba como ahora junto al secreto profesional.

de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas y, el recientísimo Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, y que deroga el Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre, sobre la misma materia.

41 En cambio, no se observa esa continuidad entre la Constitución de 12 de julio de 1979 y la Constitución de 29 de marzo de 1933, que la precedió. En el plano individual el artículo 59 se limitaba a decir: «La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. Nadie será perseguido por razón de sus ideas»; y en el plano colectivo e institucional el artículo 232 afirmaba: «Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos».

El examen del debate del Proyecto en la Comisión de Constitución y Reglamento, muestra que apenas hubo sobre el texto y que el Pleno del Congreso aprobó por unanimidad el artículo 2.3 de la Constitución; y algo parecido sucedió con el inciso 18, del mismo artículo, con la peculiaridad de que en este caso el debate giró exclusivamente en torno al secreto profesional, y en la votación no hubo opiniones discordantes[42].

En síntesis, podemos afirmar que *la libertad de manifestar la religión o creencias* dispone de una amplia cobertura jurídica constitucional en el Perú. Es muy de alabar la formulación expresa del *derecho a guardar reserva sobre las convicciones,* en cuanto añade mayor concreción y garantía a aquella, como sucede también en el caso español.

Respecto de este derecho derivado se ha explicado que el legislador constituyente protege de modo expreso este aspecto principalmente práctico de la libertad religiosa y de creencias por considerar que es una consecuencia necesaria de la defensa de la persona humana y del respeto de su dignidad, consagradas en el artículo 1 de la Constitución[43].

La aprobación de la Ley N.º 29635, de Libertad Religiosa, de 10 de diciembre de 2010, supuso la consecución de una aspiración que empezó a cobrar cuerpo en 1998, cuando se redactó un primer borrador de ley[44], y tuvo que recorrer un camino no exento de dificultades[45]. Inicialmente, algunos autores cuestionaron su oportunidad[46]; pero el ejemplo seguido por otros países de Europa y de América, con leyes de libertad religiosa, mostraban las indudables ventajas de contar una ley de esta naturaleza[47].

42 Cfr. L. A. Carpio Sardón, *La legislación eclesiástica en el Perú,* en «Cuadernos Doctorales. Derecho Canónico. Derecho Eclesiástico del Estado», 17 (2000), pp. 116-118 y 126-128. Para una visión completa de los antecedentes, elaboración y contenido de la Constitución de 1993 en cuanto a la libertad religiosa y cuestiones afines, me remito a Id., *La libertad religiosa en el Perú. Derecho Eclesiástico del Estado,* Universidad de Piura 1999.

43 Cfr. Id., *La legislación eclesiástica en el Perú,* cit., p. 128.

44 Se trataba del texto elaborado por García Montúfar, asesor del entonces Ministro de Justicia, Quispe. Como explica Mantecón Sancho en su comentario a la ley: «La iniciativa, aunque no prosperó, tuvo la virtud de sensibilizar a juristas, políticos y representantes religiosos sobre la importancia de garantizar tan importante derecho fundamental mediante una norma legal específica. En efecto, a partir de entonces, se sucedieron diversos borradores y proyectos, hasta concluir, felizmente, con el que hoy nos ocupa» (J. Mantecón Sancho, *Nueva Ley de libertad religiosa en Perú,* en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 25 [2011], pp. 1-2).

45 Para un breve apunte de los antecedentes inmediatos de la ley y de su aprobación, cfr. A. Arrebola Fernández, *Análisis de la Ley de Libertad Religiosa,* en «Revista Peruana de Derecho Canónico», 4 (2012), pp. 32-33.

46 Cfr., por todos, J. J. Ruda Santolaria, *Relaciones Iglesia-Estado: reflexiones sobre su marco jurídico,* en M. Marzal, C. Romero y J. Sánchez (eds.), *La religión en el Perú al filo del milenio,* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 200, pp. 81-82.

47 Cfr. J. Ferrer Ortiz, *La Ley orgánica de Libertad Religiosa de 1980 y su proyección en Iberoamérica,* en J. del

La Ley, como su propio nombre indica desarrolla el derecho fundamental de libertad religiosa, reconocido la Constitución Política de 1993. Esto se materializa en una formulación más amplia y completa de este derecho, recogido en el artículo 1, cuyo contenido individual y colectivo es objeto de detallada ejemplificación, respectivamente, en los artículos 3 y 4[48]. En conexión con este derecho, el artículo 2 formula el principio de igualdad ante la ley, en estos términos:

> «Toda persona natural es igual ante la ley. Se prohíbe toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas.
>
> El Estado reconoce la diversidad de las entidades religiosas. En igualdad de condiciones gozan de los mismos derechos, obligaciones y beneficios».

De singular relevancia en el asunto es el articulo 9, dedicado a la *protección del ejercicio de la libertad religiosa:*

> «El Estado garantiza a las personas, de manera individual o asociada, que desarrollen libremente sus creencias y actividades religiosas, en público o en privado.
>
> No hay persecución por razón de ideas o creencias religiosas, debiéndose garantizar lo siguiente:
>
> *a. Nadie puede ser obligado a manifestar su convicción religiosa.*
>
> b. Los ministros de culto tienen derecho a guardar el secreto sacramental, ministerial o religioso. Ninguna autoridad o funcionario público puede obligar a revelarlo
>
> c. Nadie puede ser obligado a participar en actos de culto, a recibir asistencia religiosa, o a prestar contribuciones económicas o en especie a Entidades Religiosas» (las cursivas son mías).

El texto es bien elocuente por sí mismo. En lo que aquí interesa, formula con gran amplitud el derecho de toda persona a guardar reserva sobre las convicciones religiosas (art. 9.a). Puesto en conexión con el principio constitucional de igualdad ante la ley (formulado genéricamente en el art. 2 de la

Picó Rubio (coord.), *Derecho del a libertad de creencias,* Abdeledo Perrot, Santiago de Chile 2010, pp. 49-94.

48 A propósito de la formulación de la libertad religiosa en el artículo 3 se ha podido afirmar que «la amplitud y el nivel de tutela y protección que se alcanza a partir de la promulgación de la citada norma es mayor a la protección que el Tribunal [Constitucional] le había venido brindando a este derecho a través de su jurisprudencia, ya que (…) amplía el marco de libertades, atributos y facultades que el hombre puede desplegar en el ejercicio de este derecho» (R. Rodríguez Campos, *Religión y democracia. Comentarios a la Ley de libertad religiosa en el Perú,* en «Actualidad Jurídica», 206 [2011], p. 195).

Constitución) y reafirmado respecto a la igualdad religiosa en la propia Ley (art. 2), prohíbe que las autoridades públicas interroguen a nadie acerca de sus creencias religiosas (y no religiosas). Como ya vimos antes, al analizar la legislación española, aquí tampoco cabe decir que la norma no impide preguntar sino solamente garantiza el derecho a guardar silencio en caso de ser preguntado. Si nos mantenemos dentro de la lógica del precepto tenemos que concluir que, en principio, preguntar sobre la religión que una persona profesa es en sí mismo improcedente y su silencio o su mera reacción gestual puede resultar revelador de sus creencias o de su falta de ellas, predisponiendo a terceros a dispensarle un trato injusto desfavorable (aunque sería igualmente injusto que recibiera un trato favorable en función de sus creencias).

El Reglamento a la Ley de Libertad Religiosa, aprobado por Decreto Supremo N.ª 010-2011-JUS, el 27 de julio de 2011, completa todavía más la normativa precedente.

En efecto, su artículo 4 al ocuparse del ejercicio individual de la libertad religiosa dispone lo siguiente:

> «Las entidades públicas o privadas no podrán exigir en sus formularios o en los modelos de currículos que las personas expresen su convicción religiosa. Dicha información no podrá ser criterio de evaluación para admitir a una persona en una institución, salvo que se encuentre en el ámbito de lo establecido por el artículo 3º precedente».

Establece, por lo tanto una regla general prohibitiva de preguntar acerca de las convicciones religiosas de las personas, aunque remite al artículo 3 que contiene varias excepciones:

> «El acceso a la educación, a la salud, empleo o toda otra circunstancia que posibilite el ejercicio de un derecho fundamental, no podrá ser condicionado por razones religiosas, *salvo en los casos en que la entidad con la cual se interactúe, al ser parte de una entidad religiosa, haya establecido previamente en sus estatutos, que su ámbito de actuación está referido únicamente a personas que pertenezcan a dicha entidad o que se comprometan a respetar los principios derivados de la misma»* (las cursivas son mías).

Por su parte, este artículo 3, que trata del ejercicio de la libertad religiosa en condiciones de igualdad, es también elocuente cuando dispone:

> «En su dimensión individual, el Estado garantiza un tratamiento equitativo e igualitario del ejercicio de la libertad religiosa. *Todos tienen derecho al mismo trato en lo fundamental, por razón de sus creencias por parte del Estado, de los grupos sociales y de los demás ciudadanos»* (las cursivas son mías).

En conclusión, el ordenamiento jurídico peruano ofrece un marco jurídico completo y bien preciso para pronunciarse acerca de la improcedencia o no de interrogar al procesado o al declarante sobre la religión que profesa.

3.3.4. La prohibición de interrogar sobre la religión en la STC 06111-2009-PA-TC

A la vista de lo anterior, y volviendo a la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Constitucional se hace eco de la argumentación del recurrente en los siguientes términos:

> «Preguntar en sede judicial sobre la práctica religiosa de las personas comparecientes *puede llevar a prejuzgar a aquellos que no profesan el catolicismo o el cristianismo;* como podría ser el caso de un inculpado por terrorismo o magnicidio que al declararse practicante musulmán o ateo, por este simple hecho o su negativa a responder a la pregunta 'confesional' *generaría un mal indicio (un prejuicio) en el raciocinio del magistrado»* (n. 57) (las cursivas son mías).

No es necesario abundar en la idea, pero no es posible expresar de modo más diáfano que esto es lo que pretende evitar el reconocimiento del derecho a no declarar la religión o las convicciones y que el mejor modo de protegerlo es prohibir tajantemente preguntar sobre ello.

El Colegiado recuerda cuál es el objeto esencial de todo proceso, encaminado a buscar la verdad del caso (cfr. n. 59). Para ello se emplean diversos medios de prueba, entre los que se incluye el interrogatorio del imputado, del agraviado y de otras personas, como los peritos y los testigos (cfr. n. 61). Es cierto que el interrogatorio es fundamental, pero lo es en la medida en que las preguntas guardan relación con los hechos investigados y contribuyen a lograr su esclarecimiento. Esto no sucede cuando las preguntas se orientan «hacia temas irrelevantes, impertinentes o simplemente innecesarios para los que se realmente se busca determinar» (n. 60).

El Tribunal reconoce que existe una práctica generalizada, fruto de la costumbre y sin apoyo normativo[49], de que las autoridades judiciales interroguen a los justiciables acerca de la religión que profesan (cfr. nn. 62-63). Pero dicha práctica debe ser rechazada:

[49] No sucede así en el caso de los testigos, pues el Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 957, de 22 de julio de 2004, dispone que «antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias (…). Acto seguido, se preguntará al testigo su nombre, apellido, nacionalidad, edad, *religión si la tuviera*, profesión u ocupación, estado civil profesión u ocupación, estado civil, domicilio y sus relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa.» (art. 170.4) (las cursivas son mías).

> «Tal interrogante resulta en abstracto impertinente además de invasiva [*sic*] en relación con la libertad religiosa (en este caso, a la facultad de mantener reserva sobre las convicciones religiosas), pues se inquiere por un dato que en nada contribuye al objetivo del proceso penal o en general a la administración de Justicia» (n. 63).

Sobre esta misma idea vuelve más adelante, describiendo que la lesión al principio de igualdad y no discriminación por razón de la religión redunda también en una lesión a la justicia, en la medida que la respuesta obtenida predispondrá en un sentido u otro al tribunal:

> «En nada contribuye a la materialización de tales propósitos el conocer si una persona profesa o no la religión católica, la evangélica o, en general, cualquier otra orientación religiosa (también, por cierto, si es atea o agnóstica). Más bien subyace tras la presencia de tal tipo de pregunta un cierto prejuicio de individualizar y/o tratar a las personas a partir del dato que ofrece su orientación religiosa, situación que en lugar de fomentar una justicia objetiva e imparcial, puede más bien generar riesgos en relación con tales garantías» (n. 65).

De esta forma, el Tribunal confirma la prohibición de formular ese tipo de preguntas como regla general, aunque a renglón seguido reconoce que caben situaciones en las que excepcionalmente puedan resultar absolutamente necesarias o convenientes y cita, por vía de ejemplo, «si lo que se indaga es un delito perpetrado por un móvil relacionado con el fanatismo religioso» (n. 66).

La Sentencia concluye estimando la petición del recurrente en los siguientes términos:

> «Más allá de que el demandante lo haya acreditado o no para su caso concreto, la materia del reclamo representa una realidad insoslayable, que incide objetivamente en la libertad religiosa de un universo bastante amplio de personas, por lo que de ninguna manera puede legitimarse como compatible con la Constitución» (n. 67).

Finalmente, recuerda su propia doctrina acerca del carácter informador de los derechos fundamentales, que se proyectan sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico (cfr. Exp. N.° 976-2001-AA/TC, fundamento 5), para concluir diciendo:

> «La prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión del compareciente no debe limitarse sólo a las autoridades judiciales, sino, por igual razón, debe extenderse a toda autoridad o funcionario públicos» (n. 67).

En el ámbito académico peruano esta decisión del Tribunal Constitucional ha sido bien acogida, con la excepción de Mosquera, que formula algunas reservas[50]. De una parte, minimiza la práctica de preguntar sobre la religión señalando que simplemente sirve para conocer, antes de comenzar el interrogatorio, si el procesado o declarante va a jurar o no y, por tanto, si va a necesitar o no la Biblia; por lo que no sería tan grave. En mi opinión esta explicación no resulta convincente, pues una cosa es pedir que la declaración se realice bajo juramento o promesa de decir verdad (cfr. art. 170 Código Procesal Penal) y otra bien distinta preguntar directamente sobre la religión profesada. De otra parte, la autora critica la sentencia diciendo que el artículo 2.18 de la Constitución no impide preguntar sobre la religión profesada, sino que tan sólo prohíbe ser obligado a responderla. Sin embargo, esto no se compadece en absoluto con el sentido y finalidad última de la norma, en sí misma considerada y en relación con el principio de igualdad y no discriminación, como ya he explicado anteriormente[51]. Y, por idénticos motivos tampoco me parece acertado calificar de *excesivo,* como hace la autora, sino como necesario, que el Colegiado haya ampliado a toda autoridad o funcionario la prohibición de preguntar sobre la religión profesada, salvo que concurra un motivo justificado.

En definitiva, considero que la decisión final del Tribunal Constitucional es completamente acertada y también resultan pertinentes su fundamentación respecto al sentido y a la finalidad del interrogatorio en el proceso. No menos oportuna resulta su invocación de que el principio general prohibitivo admite excepciones, así como la extensión de su pronunciamiento a todo clase de autoridades o funcionarios públicos[52].

En su fundamentación el Colegiado se refiere al *derecho de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole* (cfr. n. 64), reconocido en el artículo 2, inciso 18 de la Constitución, que le ofrece una sólida cobertura, como hemos tenido ocasión de examinar en el apartado anterior[53].

[50] Cfr. S. Mosquera, *Símbolos religiosos en espacios bajo la administración del Estado,* cit., pp. 126-127.

[51] Es cierto, como afirma Mosquera, que lo que prohíbe el derecho de libertad religiosa son «las consecuencias negativas, discriminatorias, que pudieran derivarse del silencio o de la respuesta cuando esta no coincida con las expectativas del interrogador» *(Ibídem,* p. 127). Pero también es cierto que la norma tiene una función directiva y preventiva para que esto no ocurra, y quitando la causa se quita el efecto.

[52] Cfr., en el mismo sentido, G. J. Oporto Patroni, *Símbología de origen religioso…,* cit., p. 73.

[53] Cabe señalar que el Magistrado Vergara Goteli en su fundamento de voto, también menciona expresamente la Constitución respecto a la cuestión que venimos tratando; aunque se refiere a principio de igualdad ante la ley y no discriminación, del artículo 2.2 (cfr. n. 10)

En el mismo sentido, y aunque se trate de dos disposiciones posteriores a la presentación de la demanda de amparo (en 2008), me parece que por su directa conexión con el derecho constitucionalmente reconocido de libertad religiosa, quizás podría haberse mencionado el artículo 9 de la Ley de libertad religiosa (2010) y los artículos 4 y 3 su Reglamento (2011). El primero, porque confirma que *nadie puede ser obligado a manifestar su convicción religiosa*, y los siguientes porque establecen, respectivamente, un ámbito concreto de protección en la materia de la libertad de no declarar la religión profesada, *prohibiendo a las entidades públicas o privadas que lo pregunten* y fijando un régimen de excepciones.

Por último, es muy de alabar la diligencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial al adoptar la Resolución administrativa N.º 289-2011-CE-PJ, de 22 de noviembre de 2011, para dar cabal cumplimiento a la sentencia[54]. Destaca en especial su artículo 1, que resuelve lo siguiente:

> «Exhortar a los jueces y juezas de todos los niveles que, en cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N.º 06111-2009-PA-TC (…), para que en lo sucesivo se excluya en toda diligencia o declaración realizada ante el Poder Judicial, cualquier pregunta sobre la religión que profesa el declarante en general, sin perjuicio de lo indicado en el fundamento 66 de la referida sentencia. El interrogatorio sobre la religión o creencia profesada por el declarante sólo se podrá formular, en forma excepcional, cuando la pregunta sea absolutamente necesaria o conveniente para los objetivos del proceso».

4. La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público

De acuerdo con el modo de proceder anunciado al comienzo de estas líneas, paso ahora a analizar la primera petición que Jorge Manuel Linares Bustamante dirige al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, resuelta finalmente por el Tribunal Constitucional, en la que solicita lo siguiente:

> «El retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia» (STC 06111-2009-PA-TC, n. 1).

El apartado de Antecedentes de la Sentencia reproduce los distintos argumentos en los que el recurrente apoya su petición y que pueden sintetizarse en los siguientes términos:

[54] Publicada en «El Peruano», el 14 de diciembre de 2011, p. 454863.

> «La exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa»
>
> «Representa un hecho discriminatorio con respecto a los ciudadanos que no profesan el culto católico».
>
> «Su mente 'asocia' los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, delito del que fue absuelto».
>
> «No existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende la colocación de símbolos religiosos, llámese crucifijo o Biblia, en los despachos y tribunales de justicia».
>
> «La confesión religiosa del funcionario jurisdiccional (juez o vocal) y la práctica o no de una religión determinada pertenece a su fuero íntimo, debiendo permanecer cualquier exteriorización de su condición confesional en un lugar privado (por ejemplo una medalla, una estampa, un rosario, etc.)».

Al mismo tiempo parece mostrar cierta flexibilidad, aunque limitada, respecto a la posición del Estado en materia religiosa y en materia de símbolos en general, cuando afirma:

> «Si bien el Estado tiene derecho de 'preferir' una religión sobre otras, esto no implica hacer que el dogma y la moral del catolicismo, a través de sus símbolos y prácticas, prevalezcan en las instituciones públicas».
>
> «El Estado puede exigir el respeto a los símbolos patrios, hasta ciertos límites, pero nada puede ni debe autorizarle a manipular, utilizar e imponer símbolos distintivos de una religión determinada, asociándolos a su imagen. (…) Los símbolos religiosos, de cualquier confesión que fueren, incluso la 'preferida', siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros sobre la base de un criterio que no es tomado en cuenta para establecer la ciudadanía».

La Sentencia del Tribunal Constitucional, a mi juicio con muy buen criterio, opta por ofrecer con carácter previo una exposición de conjunto de los principios informadores del Derecho eclesiástico del Estado[55]. Y a continuación se centra en la cuestión directamente planteada en el recurso. Así que seguiré estos mismos parámetros: primero me ocuparé de los principios (nn. 9-33) y luego de los símbolos (nn. 34-56).

[55] Entendemos por tal aquella rama o sector específico del ordenamiento jurídico peruano que regula el fenómeno religioso en cuanto se manifiesta como factor social específico en el ámbito civil y que posee una triple dimensión individual, colectiva e institucional. Cfr. P. Lombardía (†) y J. Fornés, *El Derecho eclesiástico,* cit., pp. 21-22.

Como anuncié al inicio de este análisis, incluiré algunas referencias al ordenamiento español, en este caso al conjunto de principios informadores de su Derecho eclesiástico estatal, y asimismo mencionaré algunas sentencias nacionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público.

4.1. Los principios inspiradores del Derecho eclesiástico del Estado

No es infrecuente que el ordenamiento jurídico se vea obligado a dar respuesta a una cuestión sobre la que no existe una norma directamente aplicable. En esos casos es necesario acudir a sus principios, genéricos y específicos, para encontrar una solución; y, más todavía cuando, como aquí sucede, el recurrente invoca algunos de esos principios en apoyo de su pretensión.

En consecuencia, está plenamente justificado que el Tribunal Constitucional del Perú inicie la fundamentación de su sentencia explicando *el derecho fundamental de libertad religiosa, el derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa, el principio de laicidad del Estado y el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.*

En este punto es justo recordar que, como es natural, cada país adopta libremente los principios que informarán la regulación social del factor religioso; pero no es menos cierto que, de ordinario, los Estados de similar organización política vienen a coincidir en esos principios, aunque mantengan algunas ligeras diferencias, fruto de la propia historia, la cultura, etc. Todo lo cual favorece el intercambio doctrinal[56].

Por eso no es de extrañar que los cuatro conceptos mencionados en la sentencia sean también los principios inspiradores del Derecho eclesiástico del Estado español[57]. De hecho, la única diferencia es que en España la libertad re-

[56] Cfr. J. T. Martín de Agar, *Los principios del Derecho eclesiástico del Estado,* en «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso», XXIV (2003), pp. 336-337.

[57] En España, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la doctrina centró su atención en sus artículos 14 y 16 y convino con Viladrich en la existencia de cuatro principios definidores de la posición del Estado respecto a la materia: libertad religiosa, igualdad religiosa ante la ley, laicidad del Estado y cooperación con las confesiones (cfr. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. M. González del Valle *et alii, Derecho Eclesiástico del Estado Español,* cit., pp. 211-317). El Tribunal Constitucional, desde que inició su andadura en 1981, ha venido confirmando en sus sentencias la existencia de esos principios, ha precisado su significado y se ha servido de ellos como fuente de inspiración en la resolución de conflictos (cfr. J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. Martínez-Torrón [ed.], *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional,* cit., pp. 107-124; y, por extenso, J. Calvo-Álvarez, *Los principios del Derecho eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional,* Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 1999).

ligiosa se concibe no sólo como un derecho, sino también como un principio, incluso primario, de definición del Estado en materia religiosa[58]. Ciertamente es una cuestión de matiz, incluso meramente nominal, pues del examen de la Constitución del Perú y de su Ley de libertad religiosa se observa la función que ésta desempeña en la organización social y configuración de la sociedad. De hecho, los demás principios (de igualdad religiosa, laicidad del Estado y colaboración con las confesiones), se entienden en relación con la libertad religiosa.

Por lo demás, hay que reconocer que la Constitución española expresamente no califica la libertad religiosa como principio sino como derecho, en unos términos similares a los que emplea la Constitución peruana. Pero que ello no ha sido óbice para deducir del artículo 16.1 que es uno de los principios específicos del Derecho eclesiástico del Estado español[59].

4.1.1. Libertad religiosa e igualdad religiosa ante la ley

La Sentencia 06111-2009-PA-TC trata en primer lugar del *derecho fundamental de libertad religiosa,* ofreciendo una síntesis sustancialmente completa, apoyándose en el marco legal determinado por la Constitución (cfr. art. 2.3), la DUDH (cfr. art.18) y la Ley de libertad religiosa, para completarlo con la mención de varias sentencias, principalmente del propio Tribunal (cfr. nn. 9-18). El resultado es que quedan perfectamente perfilados los distintos aspectos del derecho de libertad religiosa y sus límites. De especial relevancia para el objeto de la controversia es el texto de su número 14:

> «Ha señalado este Colegiado que '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' (Exp. Nº 0256-2003-HC/TC, fundamento 15)».

[58] Cfr. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* cit., pp. 251-261, que ofrece una explicación detenida del asunto. Cfr. también la exposición más breve y actualizada, con la inclusión de citas de la jurisprudencia constitucional, de P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español,* cit., pp. 90-96.

[59] «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1 Constitución española).

Algo semejante cabe decir del *derecho-principio de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de religión*. La sentencia recuerda su formulación constitucional como derecho-principio (cfr. nn. 19-21) y, tras recordar que *igualdad no significa uniformidad*[60], concluye diciendo:

> «A efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*, habrá que, en primer término, determinar si se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o si se trata de un trato desigual arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio» (n. 22).

Estamos ante lo que podemos calificar como doctrina constitucional común en el ámbito occidental. Manteniendo el ordenamiento español como punto de comparación, el Tribunal Constitucional, al interpretar y aplicar en general el principio de igualdad[61], ha afirmado lo siguiente:

> «Hace referencia, inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso (…). Lo que prohíbe el principio de igualdad es la discriminación (…) que la desigualdad de tratamiento sea *injustificada por no ser razonable*» (STC 34/1981, de 10 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 3.B) (las cursivas son mías).

Y en la STC 109/1988, de 8 de junio, relativa a la igualdad religiosa en concreto, el Alto Tribunal español ha dicho:

> «La observancia y acatamiento del principio y de su concreción como derecho de igualdad no impide que el legislador pueda valorar situaciones y regularlas distintamente mediante trato desigual, pero siempre que ello obedezca a *una causa justificada y razonable*, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas» (Fundamento jurídico 1) (las cursivas son mías).

[60] En este punto me parece obligada la luminosa explicación de Ruffini: «El tratar (...) de manera igual relaciones jurídicas desiguales es tan injusto como el tratar de modo desigual relaciones jurídicas iguales. Todavía se podría resaltar que hay aquí una paridad entendida falsamente, a saber, la de la igualdad absoluta, abstracta, matemática, y otro sentido de la paridad esta vez en su acepción justa, que es aquella consistente en la igualdad relativa concreta, jurídica; puesto que (...) *el verdadero principio no es el de a cada uno lo mismo, sino a cada cual lo suyo*» (F. Ruffini, *Libertà religiosa e separazione fra Stato e Chiesa [1913],* en sus *Scritti giuridici minori,* I, Milano 1936, p. 147).

[61] «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 Constitución española).

4.1.2. Laicidad del Estado y colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas

Es importante precisar que tanto la laicidad como la colaboración son exclusivamente principios, no derechos, circunstancia de la que derivan importantes consecuencias[62]. Igualmente es interesante señalar que también aquí existen notables semejanzas entre la Constitución del Perú y la de España: ninguna de ellas incluye expresamente el término *laicidad* o alguno de sus derivados; en cambio las dos mencionan expresamente a la Iglesia católica y se refieren a las demás confesiones religiosas en un clima de igualdad; y muestran la conexión mutua entre ambos principios, que comparten un mismo precepto.

El artículo 50 de la Constitución peruana dispone lo siguiente:

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

Por su parte, el artículo 16.3 de la Constitución española declara:

> «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

Como explica la sentencia, el *régimen de independencia y autonomía,* que afecta no sólo al Estado y a la Iglesia católica sino a cualquier otra confesión, es el modo propio peruano de formular el principio de *laicidad o aconfesionalidad:*

> «Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular» (n. 24).

Este empleo como sinónimos de ambos términos es significativa, como también lo es que el Colegiado se detenga en describir sus consecuencias, en sentido positivo y negativo. Respecto al primero dice lo siguiente:

[62] Así, por ejemplo, la Sentencia 93/1983, de 8 de noviembre, del Tribunal Constitucional español precisó la naturaleza jurídica del principio de cooperación, aunque su razonamiento puede aplicarse también al principio de laicidad: «Como es obvio, el artículo 16.3 regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos del que sea titular el actor» (Fundamento jurídico 5).

> «Según el principio de laicidad, el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos» (n. 25).

Y en cuanto a su sentido negativo precisa:

> «Ahora bien, esta radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso (…), pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso*. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado 'laicista', hostil a lo religioso» (n. 28).

Esta línea argumental, que el Tribunal Constitucional hace suya, está claramente inspirada en la construcción doctrinal de Viladrich[63], que también ha sido asumida por el Tribunal Constitucional español en algunas de sus sentencias[64].

También contribuye a fijar el alcance del principio de laicidad la explicación del Colegiado acerca de la mención del artículo 50 a la Iglesia católica. Ciertamente la Constitución no se limita a nombrarla, como sucede en España, sino que reconoce su aporte a *la formación histórica, cultural y moral del Perú*. Es la constatación de un hecho histórico, que no la convierte en un sujeto especial de la libertad religiosa, de mejor condición que las demás confesiones. Y así lo ratifica el Tribunal Constitución, cuando abunda en el significado y consecuencias de la laicidad:

> «Nuestro modelo constitucional ha optado por la *aconfesionalidad*, lo que supone no sólo una postura neutral sino, y por sobre todo, garantías en igualdad de condiciones para todas las confesiones religiosas y para quienes comulguen con ellas» (n. 27) (las cursivas son mías).

Esta idea de laicidad o aconfesionalidad, en conexión con la igualdad religiosa, también está en la base de la mención de la Iglesia católica recogida en la Constitución española. En este caso, la fórmula *ninguna confesión tendrá carácter estatal* (art. 16.3), que en teoría se puede considerar de carácter negativo y escaso contenido[65], responde a una voluntad manifiesta de distanciarse de los

[63] Cfr. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* cit., p. 279.

[64] Por ejemplo, la propia distinción de la libertad religiosa entre derecho y principio contendia en la STC 24/1982, de 13 de mayo. Cfr. R. Rodríguez Chacón, *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional,* Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid 1992, p. 34.

[65] Está inspirada en el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar (1919): «No existirá Iglesia de Es-

antecedentes inmediatos[66]. Sin embargo, el examen del debate de las Cortes Constituyentes muestra que para los parlamentarios era un forma de expresar el principio de laicidad[67].

En estrecha conexión con este principio la Constitución peruana contempla el *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas* (cfr. art. 50). La sentencia que nos ocupa, también aquí incorpora a su discurso algunas ideas de Viladrich acerca del significado de este principio (nn. 30-31)[68]. Ciertamente no se hace eco de la reflexión de dicho autor, justificando la mención expresa de la Iglesia católica a la luz de los principios de igualdad y libertad religiosas y de laicidad, pero me parece oportuno consignarla, porque podría servir como pauta de interpretación del artículo 50 de la Constitución peruana.

En concreto, considera que convierte a la Iglesia católica en *paradigma extensivo de todo trato específico del factor religioso,* concepto que explica en estos términos:

> «De tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia católica –la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española–, de otro tanto podrán gozar el resto de las confesiones. Es importante advertir que con este concepto queremos indicar una cantidad y calidad de trato específico, pero no la aplicación a las demás confesiones ni del mismo contenido del status jurídico de la Iglesia católica, ni tampoco la de un único status, tan rico como él pero unitario –para todo lo acatólico–, porque entonces estaríamos ante un paradigma uniformador»[69].

tado», situación típica de los Estados donde triunfó la Reforma protestante y se crearon Iglesias nacionales, lo que contrasta con la experiencia histórica española. Cfr. J. Ferrer Ortiz, *Aconfesionalidad, y laicidad: ¿Nociones coincidentes, sucesivas o contrapuestas?,* en L. Aguiar de Luque y J. L. Requero Ibañez (dirs.), *Estado aconfesional y laicidad,* «Cuadernos de Derecho Judicial», I (2008), pp. 407-413.

66 En concreto, se pretendía superar tanto la confesionalidad católica del Estado, característica de la mayor parte de nuestra historia constitucional (s. XIX) y del régimen de Franco (1936-1977), como el laicismo de la Constitución republicana de 1931, genéricamente antirreligioso y específicamente anticatólico. Por ello las Constituyentes de 1978 descartaron una fórmula que recordaba excesivamente al artículo 3 de la Constitución de la II República («El Estado español no tiene religión oficial»).

67 Cfr. C. Garcimartín Montero, *La laicidad en las Cortes Constituyentes de 1978,* en «Ius Canonicum», 72 81996), pp. 539-594.

68 Cfr. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* cit., pp. 306-308; y P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* cit., pp. 106-107.

69 Y aún precisa: «Como el trato que recibe la Iglesia católica –modelo paradigmático– no sólo se compone de un máximo de contenido sino también de una máxima atención a su *singularidad*, las demás confesiones tienen derecho al reconocimiento de su *especificidad diferencial* en la misma paridad de calidad y respeto que la Iglesia católica, Parece ocioso añadir que ha de tratarse de confesiones *presentes en la sociedad española*, porque de lo contrario no formarían parte del *factor social real*, el único que puede y debe *ser tenido en cuenta* por los poderes públicos». Las citas en este caso está tomadas, de P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, cit., pp. 103-104, aunque para una exposición más detallada de estas ideas me remito a P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, cit., pp. 289-294.

De este modo, citar a la Iglesia católica, *por su nombre y apellido,* no sólo no menoscaba la posición de las demás confesiones, sino que la convierte, si se me permite la expresión, en *cabeza de puente* de la libertad religiosa, posibilitando un mayor y mejor reconocimiento de todas ellas, en condiciones de igualdad. En cierto manera, esta misma idea está presente en el sistema peruano, donde el principio constitucional de colaboración entre el Estado y las confesiones ha posibilitado que la Ley de Libertad Religiosa en su artículo 15 *amplíe* el sistema de Acuerdos de colaboración, reservado históricamente hasta ahora a la Iglesia católica, a otras entidades religiosas.

Siguiendo con la Sentencia 06111-2009-PA-TC hay que destacar su afirmación de que estos convenios con las confesiones representan la forma más importante de materializar el principio de colaboración, no sólo con la Iglesia católica (cfr. n. 32), sino también con otras confesiones religiosas. Y en este extremo cita el ejemplo español, de los tres Acuerdos de cooperación de 1992 estipulados entre el Gobierno español simultáneamente con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y con la Comisión Islámica de España (cfr. n. 33), que se añaden a los Acuerdos concordatarios de 1976 y 1979 con la Iglesia católica.

El principio de colaboración también contribuye a perfilar el alcance del principio de laicidad del Estado. En este sentido es significativo que el Tribunal Constitucional español en la mayor parte de las sentencias en que ha abordado este principio no lo ha llamado así. La mayoría de las veces se ha referido a él como principio de *aconfesionalidad del Estado*[70], excepcionalmente lo ha denominado principio de *separación*[71] o de *neutralidad*[72], aunque en la STC 46/2001, de 15 de febrero, y en la STC 154/2002, de 18 de julio, emplea la fórmula, más expresiva de *aconfesionalidad o laicidad positiva*[73], en conexión con el principio constitucional de cooperación del Estado con las confesiones religiosas.

[70] Cfr., por ejemplo, la STC 1/1981, de 26 de enero, Fundamentos jurídicos 6 y 10; y la STC 5/1981, de 13 de febrero, Fundamento jurídico 9. Este principio de *aconfesionalidad* veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales, y prohíbe al Estado cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso (cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, Fundamento jurídico 1).

[71] Cfr. STC 265/1988, de 22 de diciembre, Fundamento jurídico 1.

[72] Cfr. STC 38/2007, de 15 de febrero, Fundamento jurídico 7.

[73] Cfr. STC 46/2001, de 15 de febrero, Fundamento jurídico 4 y STC 154/2002, de 18 de julio, Fundamento jurídico 6.

4.2. Símbolos de origen religioso en el espacio público

Una vez concluida la previa revisión del entramado constitucional peruano en materia de Derecho eclesiástico del Estado, la sentencia pasa a analizar si la presencia del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales del Poder Judicial es compatible con él.

A mi juicio, de lo visto ya podría adelantarse que del examen del contenido de la libertad y la igualdad religiosas, no parece que la mera presencia de símbolos religiosos en el espacio público entrañe lesión de los derechos fundamentales de la persona. Es decir que, en contra de lo que sostiene el recurrente, *no representa un hecho discriminatorio con respecto a los ciudadanos que no profesan el culto católico.* Así las cosas, resta examinar con mayor detalle si la exhibición de los símbolos citados *no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa,* como aduce el solicitante, que en este punto no podría considerarse lesionado, pues la laicidad –como la colaboración con las confesiones– no es un derecho sino un principio de organización del Estado.

De igual modo, queda claro que el recurrente posee un concepto errado de la laicidad del Estado peruano. Su afirmación, ya consignada, de que *el Estado tiene derecho de 'preferir' una religión sobre otras*, lo acredita. El Tribunal Constitucional no se detiene en esta cuestión, pero como hemos tenido ocasión de ver, sus argumentos son concluyentes. La laicidad supone que el Estado es incompetente para pronunciarse acerca de la religión en cuanto tal, no es sujeto de libertad religiosa. Su función se reduce a reconocerla y garantizarla, supone una valoración. Precisamente esa connatural laicidad ha de llevarle a tener en cuenta las creencias presentes en la sociedad y a actuar en consecuencia, nada más y nada menos.

4.2.1. Símbolos, religión y cultura en la STC 06111-2009-PA-TC

La sentencia considera que la presencia del crucifijo y de la Biblia se explica por la *importancia histórica, sociológica y notorio arraigo* de la Iglesia católica en el país (cfr. n. 35).

> «No es extraño –afirma en el n. 38–, sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la identidad que como país nos caracteriza».

Esto se ha materializado en varios campos (cfr. nn. 39-42). En materia de días festivos, además del domingo, día habitual de descanso laboral semanal,

hay otros días feriados de origen religioso católico. Tampoco faltan procesiones públicas vinculadas a la religión católica, como la del Señor de los Milagros o las procesiones de Semana Santa. La cruz figura en el escudo de muchas instituciones públicas y corona el cerro San Cristóbal en la capital. El crucifijo y la Biblia están presentes en las tomas de posesión de los cargos públicos, incluidas las más altas autoridades del país, para quienes optan por prestar juramento puedan hacerlo[74]. Este mismo derecho de elección explica la presencia de esos símbolos en los estrados judiciales, cuando se exige juramento o promesa de decir verdad antes de prestar declaración (cfr. nn. 52-53), cuestión que ya vimos.

En definitiva, nos encontramos ante la inculturación de la fe, de una religión que se hace cultura. Y así se entiende la conclusión que de esas manifestaciones extrae el Tribunal Constitucional:

> «A la luz de todo ello, puede afirmarse que la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afectan los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado, en tanto que la presencia de esos símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce la Constitución» (n. 43).

De todos modos, el Colegiado prosigue su exposición dando entrada a otros argumentos, incluidos algunos tomados de las sentencias del TEDH en el caso *Lautsi y otros contra Italia,* n.º 30814/2006, en el que se solicita la retira de los crucifijos del aula de una escuela pública[75]. En las líneas que siguen tendré en cuenta también otros pronunciamientos de la misma Corte europea y de otros tribunales, así como algunas opiniones de diversos autores sobre la materia.

[74] La Ley de Libertad Religiosa contempla la opción entre jurar y prometer (art. 3.g), que su Reglamento desarrolla (art. 7).

[75] Me refiero a la Sentencia de 3 de noviembre de 2009, de la Sección 2.ª del TEDH, y a la Sentencia de 18 de marzo de 2011, de la Gran Sala del TEDH, que resuelve el caso definitivamente. Sobre este caso existe una abundante bibliografía, aunque aquí bastará con citar unos pocos trabajos: R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia,* Madrid, Iustel, 2012, 2.ª edición revisada y ampliada, pp. 401-413; I. Martín Sánchez, *El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XXVIII (2012), pp. 215-252; y G. Puppinck, *El caso Lautsi contra Italia,* en «Ius Canonicum», 52 (2012), pp. 685-733;

4.2.2. Algunas cuestiones previas

Me parece que cuando se cuestiona la presencia de un símbolo en un espacio público, sea una sala o un despacho judicial, un aula escolar, un salón de plenos de una municipalidad, etc., previamente hay que formularse y tratar de dar respuesta a varias cuestiones. No basta preguntarse: ¿qué significa dicho símbolo? y ¿qué implica la aconfesionalidad o laicidad del Estado?, sino también: ¿desde cuándo está ahí? y ¿por qué? Asimismo es preciso responder a otros interrogantes: ¿quiénes piden la retirada del crucifijo?, ¿con qué legitimidad?, ¿qué consecuencias produciría en otras personas la retirada del crucifijo?, ¿quiénes están legitimados para decidir sobre él?, etc.

Diversidad de significados del símbolo

En contra de la postura adoptada por el Tribunal constitucional federal alemán en su Sentencia de 16 de mayo de 1995, sobre la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas de Baviera[76], el crucifijo tiene diversos significados y no existe uno que sea objetivo, válido para todos[77]. Pero pretender encontrar uno que sea decisivo o determinante para resolver la controversia de su retirada o de su mantenimiento, equivale a suponer que al final existe de hecho un único significado que se impone a todos lo demás. Sin embargo, a mi juicio resulta aún más inapropiado sostener que el significado relevante, que debe prevalecer, es el que le atribuye la persona que se confronta con el símbolo religioso y pide su retirada[78].

La dificultad de atribuir a los símbolos un significado unitario se pone de relieve en el recurso presentado Jorge Manuel Linares Bustamante, concretamente cuando contrapone los símbolos patrios a los símbolos religiosos:

[76] Cfr. el comentario de A. González-Varas Ibañez, *La polémica sentencia del crucifijo (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 47 (1996), pp. 349-356; y los trabajos de M. J. Roca, *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia,* en *«Il Diritto ecclesiastico»,* CVIII, 2 (1997), pp. 419-429, y *La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español,* en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XXIII (2007), pp. 257-291.

[77] Cfr. M. Borowski, *¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal,* en M. Elósegui Itxaso (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza 2012, pp. 30-31.

[78] Es lo que defiende Borowsky, cfr. *Ibídem,* pp. 32-36.

> «La bandera, el escudo, el himno, la Constitución representan a todos los peruanos por igual, siendo síntesis de una serie de valores respetados por todos. Los símbolos religiosos, de cualquier confesión que fueren, incluso la 'preferida', siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros sobre la base de un criterio que no es tomado en cuenta para establecer la ciudadanía» (cfr. apartado Antecedentes de la sentencia).

El Tribunal Constitucional explicará que la cuestión no es tan simple como parece y que, desde luego, su apreciación no es correcta:

> «Esta opinión no toma en cuenta que existen personas que pueden también sentirse afectadas en sus conciencias por la presencia en lugares públicos de símbolos como la bandera nacional o el escudo, al considerarlos idolátricos, por lo que tales personas, con el mismo argumento del recurrente, podrían pedir igualmente que se retiren dichos símbolos de los espacios públicos. Sin embargo, en tales supuestos, con argumentos similares a los aquí expuestos, *mutatis mutandis*, habría que responder que la presencia de tales símbolos patrios en espacios públicos no afecta la libertad de conciencia y de religión, por lo que no cabría obligar al Estado a su retiro» (n. 48)[79].

Las partes implicadas

En esta materia, como en todas en las que existen posturas enfrentadas y, sobre todo, diversos derechos en conflicto, la solución suele ser el resultado de la prudencia, tan propia de los jueces. Principios como el de la *razonable acomodación (reasonable accommodation)* y el *equilibrio de intereses (balancing process)* muestran que la solución más adecuada no es blanca ni negra, sino que se mueve en la línea de los grises[80]. En este campo las respuestas de los jueces de carrera suelen ser más ponderadas, en contraste con las soluciones de los jueces de corte academicista[81].

[79] El Colegiado ilustra su apreciación recordando sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre los llamados *flag salute cases*. Sobre esta cuestión, me remito a la visión panorámica comparada que ofrecen R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley,* cit., pp. 236-258.

[80] Una amplia, documentada y práctica exposición del papel que desempeñan estos principios en la resolución de los problemas de conciencia la encontramos en R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley,* cit., cfr. en especial las pp. 41-80. Cfr. también M. Elósegui Itxaso, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público,* Editorial Aranzadi, Pamplona 2013.

[81] En este sentido se mueve la crítica de Borrego, ex juez del TEDH, a propósito de la Sentencia *Lautsi I*. Señala que un buen número de jueces del TEDH y de los Tribunales Constitucionales, provienen de la Universidad y que cada vez con mayor frecuencia tienden a confundir las sentencias con lecciones

Desde luego, no me parece que la colisión se produzca exclusivamente entre la persona que es confrontada por la presencia del crucifijo y el Estado, que a su juicio, utiliza el símbolo o cuando menos lo mantiene[82]. El crucifijo es un símbolo para todos, no sólo para quienes se confrontan con él, y su retirada puede igualmente lesionar sus convicciones, sean éstas religiosas o ideológicas. Centrar la discusión entre quien pide la retirada del crucifijo y el Estado, ignora que, al menos en los casos planteados en Italia y en España, los consejos escolares de los centros públicos implicados se pronunciaron mayoritariamente por el mantenimiento de los crucifijos en las aulas de las respectivas escuelas públicas.

Un caso interesante es el que se planteó en Zaragoza, cuando la Asociación Movimiento hacia un Estado Laico (MHUEL) solicitó lo siguiente:

> «La retirada del crucifijo colocado en el salón de plenos del Ayuntamiento, así como cualquier otro símbolo religioso que se exhibe en dependencias y centros municipales de Zaragoza» (Sentencia del Jurado de lo Contencioso Administrativo N.º 3 de Zaragoza, de 30 de abril de 2010, Fundamento jurídico 1).

El Ayuntamiento se opuso por diversas razones. En cuanto al crucifijo, explicó que data del siglo XVII y que es uno de los elementos más importantes de la historia del municipalismo de la ciudad. Reconoció su valor y simbología religiosa, pero añadió que aúna otros valores y simbología de orden histórico, artístico y cultural (cfr. Fundamentos jurídico 4). Además planteó las consecuencias que tendría acceder a lo solicitado:

> «Si se accediese a la tesis actora, además de poderse generar un superior grado de conflictividad social a la que derivaría de la posibilidad de mantener el crucifijo como elemento decorativo y representativo de la historia del municipalismo de Zaragoza en el Salón de Plenos, se abriría un campo de combate frente a la simbología religiosa de todas las religiones cuyos límites serían muy difíciles de precisar. ¿Debieran eliminarse de las calles los templos religiosos, o al menos la simbología de sus fachadas? ¿Y los símbolos de las banderas, escudos y joyas oficiales? ¿Y todos los ubicados en el interior

magistrales, en las que en lugar de aplicar el Derecho al caso concreto tienden a expresar sus opiniones previas, convirtiendo al tribunal en legislador (cfr. J. Borrego, *Estrasburgo y el crucifijo en las escuelas,* en «El Mundo», de 17 de diciembre de 2009, p. 21).

82 En el caso de la escuela pública es interesante recordar que en el pasado, la instalación del crucifijo formaba parte del mobiliario de cada aula, reglamentariamente establecido, en un contexto de Estado confesional. Hoy en día, en la mayoría de los países no sucede así; de tal manera que en las escuelas de nueva creación no se incluye el crucifijo dentro de la dotación de cada aula y tampoco suele mantenerse el crucifijo cuando se remodela la escuela. En cualquier caso, con independencia del valor que se le atribuya al crucifijo para justificar su permanencia o su retirada de las aulas, la presencia inmemorial del crucifijo en los centros docentes más antiguos no puede ser ignorada.

de los centros oficiales? ¿Deberían suprimirse todas las llamadas a la divinidad escritas repetidamente en las paredes de la Alhambra de Granada? ¿Deben ser retirados del Museo del Prado el Cristo crucificado de Velázquez o el Funeral de San Buenaventura, de Zurbarán, o la Anunciación, de El Greco, o las numerosas obras religiosas de Goya? (…)» (Fundamento jurídico 7).

El fallo desestimó el recurso diciendo que no existe una norma que impida la presencia del crucifijo; que la Corporación municipal es libre para decidir lo que estime conveniente y que la Asociación MHUEL no está legitimada a imponer su voluntad sobre aquella. También recordó que el escudo de Aragón incluye hasta tres cruces en su diseño y si se retiraran dejaría de ser su escudo (cfr. Fundamento jurídico 7). Y concluyó diciendo:

«No existiendo una norma jurídica vigente que prohíba a la Corporación Municipal mantener símbolos de carácter religioso, sobre todo cuando se trate de símbolos con relevante valor histórico y artístico, como sucede en el caso que nos ocupa, no es dable a este Juzgador impedir que la voluntad mayoritaria de la misma decida en uno u otro sentido» (Fundamento jurídico 7).

4.2.3. Los argumentos de la STC 06111-2009-PA-TC y de otras sentencias

El crucifijo es un símbolo de significado predominantemente religioso, pero no exclusivamente religioso.

El Consejo de Estado italiano, en su Decisión de 13 de enero de 2006, sobre el *caso Lautsi* explica:

«En un lugar de culto el crucifijo es propiamente y exclusivamente un 'símbolo religioso', en cuanto se dirige a solicitar la adhesión reverente hacia el fundador de la religión cristiana. En una sede no religiosa, como la escuela, destinada a la educación de los jóvenes, el crucifijo podrá revestir para los creyentes los mencionados valores religiosos, pero para creyentes y no creyentes su exposición será justificada y asumirá un significado no discriminatorio bajo el perfil religioso si está en grado de representar de manera sintética e inmediatamente perceptible e intuible (como todo símbolo) valores civilmente relevantes, y especialmente aquellos valores que subyacen e inspiran nuestro orden constitucional, fundamento de nuestra convivencia civil. De tal modo el crucifijo podrá desarrollar, también en un horizonte 'laico', diverso de aquel religioso que le es propio, una función simbólica altamente educativa, prescindiendo de la religión profesada por los alumnos»[83].

[83] Y respecto a los valores, añade a renglón seguido: «Es evidente que en Italia, el crucifijo es apto para expresar, en clave simbólica pero de modo adecuado, el origen religioso de los valores de tolerancia,

El Tribunal Constitucional del Perú también hace suyo este parecer cuando afirma:

> «Si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios públicos no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica» (n. 44).

Asimismo la idea de valores culturalmente asumidos y que transcienden lo religioso también se hace presente en la Sentencia STC 06111-2009-PA-TC, en este caso a propósito de la presencia de la Biblia, cuando afirma:

> «Más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la Justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valor preciado en el que aquella se sustenta (n. 52).
>
> «En el contexto señalado queda claro que la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que (…) se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso (n. 53).

Volviendo sobre el crucifijo, conviene distinguir de una parte su origen y significado religioso y de otra las razones que justifican su mantenimiento en un lugar determinado. Para ello puede servirnos de ayuda volver sobre el fenómeno de los días festivos. En un buen número de países, occidentales y no occidentales (como la Federación Rusa y la República Popular China), el domingo es el día de descanso semanal, sea por tradición o por motivos prácticos. En España, por ejemplo el Tribunal Constitucional ha declarado que su origen es claramente religioso, pero su mantenimiento ya no responde a motivos religiosos sino a motivos de tradición[84]. Siguiendo con el caso español, de las 14 fiestas anuales de ámbito nacional, 9 coinciden con festividades religio-

respeto recíproco, valorización de la persona, afirmación de sus derechos, de respeto a la libertad, de autonomía de la conciencia moral en relación con la autoridad, de solidaridad humana, de rechazo de toda discriminación, que connotan la civilización italiana» (Decisión n. 556/2006, de 13 de febrero, del Consejo de Estado, sección VI, número 3 *in fine* del apartado *Diritto*).

84 Cfr. STC 19/1985, de 13 de febrero, Fundamento jurídico 3.

sas católicas; y algo parecido sucede con las fiestas locales y autonómicas, que en su inmensa mayoría tienen un origen claramente religioso. Si se mantienen no es por su significado religioso. Podrían cambiarse por otras fiestas, pero no porque las mencionadas colisionen con la aconfesionalidad o laicidad del Estado. Se trataría sencillamente de una decisión soberana del Gobierno central, de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento, según corresponda.

El crucifijo en la pared de un aula, en un despacho, en un escudo, etc., es un símbolo pasivo, no proselitista, que no influye claramente en quienes lo contemplan

Si seguimos la postura adoptada por el TEDH en algunos fallos deberemos concluir que el crucifijo es un símbolo pasivo de escasa fuerza, en contraste con el *caso Dahlab contra Suiza*, en el que el Tribunal calificó de *signo exterior fuerte* (*powerful external symbol)* el velo islámico de una profesora que impartía clases a niños de 4 a 8 años en una escuela pública. En consecuencia, declaró inadmisible la demanda que presentó ésta, entendiendo que la prohibición de llevar en el centro un símbolo religioso *ostentoso* limitaba su libertad religiosa, pero entraba dentro del margen de apreciación de la Administración y el Tribunal suizos de garantizar la neutralidad de la escuela y preservar a los alumnos del influjo que podría ejercer la profesora sobre ellos[85].

A mi juicio las diferencias entre el *caso Dahlab* y el *caso Lautsi* son de suficiente entidad como para considerar que los argumentos empleados en el primero difícilmente sirven para resolver el segundo[86].

Sin embargo, resulta mucho más apropiado recordar el *caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* o el *caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra*

[85] Cfr. Decisión de admisibilidad n. 42393/98, de 15 de febrero de 2001, del TEDH. Cfr. el comentario de M. B Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia,* Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid 2005, pp. 399-403; S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa y Laicidad del Estado,* Editorial Aranzadi, Pamplona 2005, pp. 84-91 y 175-176; y G. Eisenring, *La neutralidad del Estado en el ámbito colar suizo. Una especial consideración del cantón de Ginebra,* en «Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)», 4 (2006), pp. 65-73.

[86] Es indudable que el ascendiente de un docente sobre sus alumnos de temprana edad (de 4 a 8 años en el primer caso) y el hecho de que porte un símbolo religioso *fuerte* es de suyo apto para influir en ellos de modo mucho más intenso y eficaz que un símbolo estático, como es el crucifijo, colgado en la pared de un aula frecuentada por niños de 11 y 13 años, como sucede en el *caso Lautsi*. No obstante, incluso en el *caso Dahlab* el resultado no es tan evidente como a veces se pretende, porque la profesora ataviada con el velo islámico puede ayudar a sus alumnos a entender mejor la diversidad de la sociedad o puede influirles en sus creencias: dependerá si se sirve del símbolo en un sentido u otro. Pero me parece que no se puede parangonar a la función que desempeña un símbolo estático, incluso si se considera que trasmite un mensaje en favor de valores religiosos o seculares.

España en los que la objeción de varias familias a que sus hijos recibieran educación sexual obligatoria en la escuela pública fue rechazada por el TEDH, por entender que no existía un propósito adoctrinador por parte del Estado[87]. De igual modo, interesa mencionar el *caso Folguero y otros contra Noruega*, donde una familia se oponía por razones filosóficas a que su hijo asistiera a clases obligatorias sobre *Cristianismo, religión y filosofía*[88]; y el *caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, donde una familia alevita se oponía a que su hija fuera obligada a asistir a *Cursos de cultura religiosa y ética,* de inspiración chiíta[89] Las peticiones de ambas fueron atendidas por el Tribunal.

Volviendo al *caso Lautsi,* me parece importante el hecho de que no se ha probado que la sola presencia del crucifijo en la pared del aula influya en los alumnos, lo que corrobora que es un símbolo puramente pasivo, de escasa fuerza, y no activo, agresivo o misionero. Igualmente me parece evidente que el Estado italiano no considera el crucifijo como un medio educativo, sino que expresamente declara que no influye en el contenido de la enseñanza, y justifica su presencia, allí donde está, como símbolo de la cultura e identidad italianas[90].

Este mismo argumento del símbolo pasivo lo encontramos también la STC 06111-2009-PA-TC:

> «La sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones. En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo), cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia, que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de defender (…). Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo y como reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres» (n. 45).

87 Sentencia de 7 de diciembre de 1976 del TEDH en el *caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* y Decisión de admisibilidad de 25 de mayo de 2000, de la Sección 4.ª del TEDH, en el *caso Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España.*

88 Sentencia de 29 de junio de 2007, de la Gran Sala del TEDH, en el *caso Folguero y otros contra Noruega.*

89 Sentencia de 9 de octubre de 2007, de la Sección 2.º del TEDH, en el *caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía.*

90 Cfr. n. 36 de la Sentencia de 18 de marzo de 2011, de la Gran Sala del TEDH, en el *caso Lautsi y otros contra Italia.*

Las convicciones de quien se confronta con el crucifijo no puede ser el criterio determinante y tampoco sus emociones

Una subjetivización de lo religioso o ideológico, hace difícil, si no imposible, distinguir entre derechos y deseos, entre razones de conciencia y razones de conveniencia o meras impresiones subjetivas. Y así se ha podido afirmar:

> «El concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas– de contenido primordialmente religioso o ideológico»[91].

También es evidente que alguien puede sentirse lesionado en sus derechos y no tener razón. En *Lautsi I* se recoge la opinión de la demandante de que el crucifijo es un símbolo religioso católico y que los escolares *sentirán* que el Estado italiano está más próximo a los católicos que a los demás[92]. Abstracción hecha de que el crucifijo en cuanto símbolo religioso no es exclusivo de los católicos, sino que es común a los cristianos[93], el argumento emocional y subjetivo, resulta poco convincente. Cada persona tiene sentimientos y reacciones distintas y mudables. Pretender convertirse en intérprete de los sentimientos e impresiones de los escolares como hace *Lautsi I* es salirse del debate y olvidarse de la argumentación jurídica. Por lo demás, si entramos en ese tipo de razonamientos, la retirada del crucifijo situaría al Estado en una posición próxima a la de los ateos y a los agnósticos, lo que pondría en entredicho su neutralidad, respecto a los creyentes o no creyentes que quieren que el crucifijo siga en el aula.

Asimismo, al Estado *no le corresponde proteger emociones*, meramente subjetivas, sino derechos fundamentales. En este punto no cabe sino destacar la STC 06111-2009-PA-TC por abordar directamente la cuestión (cfr. n. 50).

Previamente el Colegiado ha confirmado que la presencia del crucifijo y la Biblia no atenta contra el derecho del recurrente a creer o no (cfr. n. 46), ni supone que se le dispensa un trato diferenciado injustificado (cfr. n 47). Ahora se cuestiona si habría que retirar aquellos y otros símbolos presentes

91 R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley*, cit., p. 37.

92 Cfr. nn. 30-32 de la Sentencia de 3 de noviembre de 2009, de la Sección 2.ª del TEDH en el *caso Lautsi contra Italia*.

93 La misma precisión, y ampliada, puede hacerse con la Biblia, en contra de lo apuntado por el recurrente, en el caso que nos ocupa, que no es un símbolo de la Iglesia católica, al menos no es exclusivo de ella, ni siquiera de los cristianos, sino que es compartida por los judíos y, parcialmente, por los musulmanes.

en los espacios públicos y suprimir las fiestas de origen religioso católico, con el argumento de que su presencia *podría resulta emocionalmente perturbadora* para los miembros de religiones no católicas, ateos o agnósticos. Y concluye diciendo:

> «Si el Estado procediera así, estaría 'protegiendo' en realidad 'emociones' de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa» (n. 50)[94].

Pues esto es lo que sucedió con la Sentencia del Jurado de lo Contencioso Administrativo N.º 2 de Valladolid, cuando resolvió favorablemente el recurso interpuesto por la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid, interesando la retirada de los crucifijos de las aulas de un colegio público cuya presencia se remontaba a cuando se inauguró, en 1930. Previamente el Consejo escolar del centro había decidido mantenerlos por considerar que no interferían en la labor docente y por formar parte del acervo cultural y social del país (cfr. Fundamento jurídico 4). El argumento decisivo, de corte subjetivo, que la sentencia invocó para ordenar su retirada fue el siguiente:

> «La presencia de estos símbolos en estas zonas comunes del centro educativo público, en el que reciben educación menores de edad en plena fase de formación de su intelecto, *puede provocar* en éstos el sentimiento de que el Estado está más cercano a la confesión con la que guardan relación (…), con lo que el efecto *que se produce, o puede producirse,* con la presencia de los símbolos religiosos es la aproximación a la confesión religiosa representada en el centro *por considerar que es la más próxima al Estado y una forma de estar más próximo a éste*» (Fundamento jurídico 4) (las cursivas son mías).

La decisión fue recurrida al Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, que dictó Sentencia el 14 de diciembre de 2009, asumiendo la tesis de *Lautsi I,* recién publicada, pese a que entonces ya se sabía que sería recurrida por

[94] Desde luego, algunas de las razones que aporta el recurrente participan de esta dosis de subjetivismo, tal y como consta en los Antecedentes de la Sentencia: «Su mente 'asocia' los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, delito del que fue absuelto». Desde luego, con el respeto debido a los padecimientos que el recurrente haya experimentado en el pasado, ya se comprende que su particular asociación no puede tener ninguna relevancia jurídica. Y, desde luego invocar a la Inquisición resulta anacrónico y simplista. Sobre este extremo cfr. la breve exposición de V. Messori, *Leyendas negras de la Iglesia,* Editorial Planeta, Barcelona 2004, 11.ª edición, pp. 13-45; y el completo estudio de H. Kamen, *La Inquisición española. Una revisión histórica,* Editorial Crítica, Barcelona 1999.

Italia ante la Gran Sala del TEDH. El fallo acentúa el subjetivismo, al hacer depender la retirada de las aulas y zonas comunes de que lo pidan los padres de un alumno, manteniéndolos en aquellas aulas donde nadie solicite que se retiren[95].

> *Las convicciones religiosas o ideológicas de quienes son partidarios de que el símbolo permanezca donde está también deben ser tenidas en cuenta.*

La retirada del crucifijo puede lesionar las convicciones de quienes quieren que el crucifijo siga en el aula. No parece razonable que en esas condiciones una minoría imponga su criterio sobre la mayoría. En un sondeo realizado por ISPO en Italia en 2009, el 84% de los encuestados se declararon a favor a la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, mientras que el 14% se mostró contrario a su mantenimiento[96].

Conviene tener en cuenta también, lo que dijo Weiler ante la Gran Sala del TEDH el 30 de junio de 2010:

> «Si la paleta social de la sociedad estuviera compuesta sólo de grupos azules, amarillos y rojos, entonces el negro –la ausencia de color– sería un color neutro. Pero una vez que una de las fuerzas sociales se ha apropiado del negro como su color, ese color ya no es neutral. El secularismo no prefiere una pared desprovista de todo símbolo del Estado. Son los símbolos religiosos los que son anatema»[97].

La retirada del crucifijo puede causar un mayor rechazo que su permanencia y puede provocar un conflicto mayor que el que se pretende evitar. Conviene no olvidar la afirmación del juez Bonello en su voto particular concordante en *Lautsi II* cuando afirma:

> «Mantener un símbolo allí donde siempre ha estado no es un acto de intolerancia de los creyentes o de los tradicionalistas culturales. Sacarlo de su sitio sería un acto de intolerancia de los agnósticos y los laicistas»[98].

[95] La solución resulta sorprendente pues se apoya exclusivamente en el argumento del *sentimiento de proximidad,* que reproduce (cfr. Fundamento jurídico 7); pero no afirma que la presencia de los crucifijos contradiga una norma jurídica o que sea contrario al principio de laicidad positiva, que la propia sentencia explica (cfr. Fundamento jurídico 4).

[96] Cfr. D. Contreras, *La mayoría de los italianos quieren crucifijos en las aulas,* en «Aceprensa», 4 de noviembre de 2009, pp. 3 y 4.

[97] N. 23 de la Intervención oral del profesor Weiler ante la Gran Sala del TEDH, el 30 de junio de 2010, en nombre de varios Estados intervinientes como terceros en el caso Lautsi, publicada en J. H. H. Weiler, *El crucifijo en las aulas: libertad de religión y libertad frente a la religión,* en «Scripta Theologica», 44 (2012), pp. 187-199.

[98] Cfr. n. 2.10 de la opinión concordante del juez Bonello en la Sentencia *Lautsi II*.

Precisamente en esta dirección parece alinearse Jorge Manuel Linares Bustamante en su recurso cuando afirma, tal y como consta en el apartado de Antecedentes de la Sentencia:

> «La confesión religiosa del funcionario jurisdiccional (juez o vocal) y la práctica o no de una religión determinada pertenece a su fuero íntimo, debiendo permanecer cualquier exteriorización de su condición confesional en un lugar privado (por ejemplo una medalla, una estampa, un rosario, etc.)».

Ya se comprende que en esta consideración transmite una idea de intolerancia. El despacho del magistrado, donde transcurre la mayor parte de su jornada laboral, es un ámbito en el que cabe conjugar la representatividad con el respeto de la intimidad y, como es lógico, nada le impide incluir algunos objetos personales, con el debido respeto al orden establecido. Y, volviendo del revés uno los argumentos del recurrente, podemos decir que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que prohíba o impida la colocación de símbolos religiosos, llámese crucifijo o Biblia, en los despachos de justicia.

¿Qué significa la aconfesionalidad o laicidad del Estado?

Buena parte de la argumentación para retirar los crucifijos de los espacios públicos se apoya en la laicidad del Estado, que no siempre recibe el mismo significado. Es interesante recordar que ninguno de los términos *laicidad* y *laico* figuran habitualmente en las Constituciones de los Estados contemporáneos[99].

Como vimos, el Tribunal Constitucional español en la STC 46/2001, de 15 de febrero, después de recordar su propia doctrina sobre la libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva, se refiere a la laicidad, calificándola de *positiva:*

> «Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener 'las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que 'veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales' (STC 177/1996)» (Fundamento jurídico 4)[100].

[99] Es cierto que tanto la Constitución francesa (art. 1), como la Constitución turca (art. 2) y, más recientemente la Constitución mexicana (art. 40) afirman que *el Estado es laico*, pero no es lo normal.

[100] Cfr., en el mismo sentido, STC 154/2002, de 18 de julio, Fundamento jurídico 6.

Este idea de *laicidad positiva*, resulta fundamental para marcar diferencias con *el laicismo* o *laicidad negativa*, caracterizado por un actitud de beligerancia u hostilidad hacia lo religioso o, cuando menos, por una visión que trata de confinar la religión al *santuario de la conciencia* y no reconoce o minimiza su dimensión pública. Esta ideología contrasta abiertamente con el contenido y la proyección que todos los textos internacionales de derechos humanos atribuyen al derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los que se contempla expresamente su dimensión social, como ya vimos.

Desde esta perspectiva y, a la luz del amplio reconocimiento de la libertad religiosa, se comprende que la aconfesionalidad o, si se prefiere, la laicidad del Estado está al servicio de los derechos y libertades de las personas y no al revés. Esto no significa, naturalmente, que la libertad religiosa no tenga límites, pero en primer lugar y sobre todo significa que esa libertad existe y que goza del *favor iuris,* por lo que deberá interpretarse a partir del principio *pro libertate* y no de su contrario[101].

A lo largo de la sentencia que venimos examinando el Alto Tribunal sostiene que ésta es la laicidad propia del Estado peruano. Así por ejemplo en el n. 49 dice:

> «El hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa.
>
> La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú».

4.2.4. Alcance de la decisión del Tribunal Constitucional del Perú

Al término de su extensa argumentación sobre los símbolos religiosos en general y sobre el crucifijo y la Biblia en particular, la sentencia concluye diciendo:

[101] Cfr. J Ferrer Ortiz, *La laicidad positiva del Estado. Consideraciones a raíz de la Resolución 'Mujeres y fundamentalismo',* en «Ius Ecclesiae», XV (2003), pp. 603-614.

> «En conclusión, este Colegiado considera desestimable el primer extremo del petitorio demandado, pues no se aprecia que resulte inconstitucional o lesiva de algún tipo de libertad la presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos, que se cuestiona mediante la presente demanda» (n. 55).

Y, dejando la cuestión en el lugar que a mi juicio le corresponde, inmediatamente antes afirma:

> «Por supuesto, a juicio de este Colegiado, que el Poder Judicial no deba quitar los crucifijos o Biblias de los despachos y tribunales porque alguien así lo reclame, no impide que el órgano correspondiente de dicho Poder del Estado pueda decidir que se retiren, pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos» (n. 55).

A la vista de todo lo expuesto, me parece de justicia reconocer la aportación de esta sentencia del Tribunal Constitucional del Perú no sólo en sí misma considerada, esclareciendo primero el problema y resolviéndolo luego con acierto, sino también como aportación al análisis general sobre la presencia de los símbolos religiosos en la esfera pública, presente en varios países. En este sentido sus consideraciones se proyectan más allá de sus fronteras y contribuyen a precisar el alcance del principio de aconfesionalidad o laicidad del Estado, como señal de identidad de la mayoría de los Estados occidentales. Es cierto que dicho principio no significa exactamente lo mismo en cada uno de ellos, pero en todos tiene un valor instrumental, al servicio de los derechos y libertades de las personas.

Uno de los indudables aciertos que, en mi opinión, tiene la STC 06111-2009-PA-TC es que permite distinguir junto al origen y significado, evidentemente religiosos, del crucifijo y de otros símbolos, su significado cultural e identitario, resultado de la inculturación de la fe en los pueblos de Occidente. Por eso la presencia del crucifijo y de otros símbolos o signos de origen religioso en la esfera pública, no se sustenta en razones de confesionalidad o de trato privilegiado de una confesión en particular, y se mantienen porque pertenecen a la herencia del país y porque así lo han querido quienes están legitimados para decidir en los distintos ámbitos: un consejo escolar, una ayuntamiento, un parlamento, etc.

Asimismo es de justicia señalar que esta sentencia que precede a *Lautsi II* en unos pocos días, los que van entre el 7 y el 18 de marzo de 2011, también viene a coincidir con ella en el fondo y, señaladamente, en la fuerza que da al contexto histórico y cultural para explicar la presencia de los símbolos religiosos en la esfera pública del país.

Baste recordar, entre muchas ya citadas, la afirmación del Tribunal Constitucional peruano recogida en el número 48 de la sentencia:

> «Ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país»[102].

En la sentencia del TEDH, aparece involucrada este mismo asunto, respecto a las señas de identidad de los Estados y a la importancia que cobra el principio del *margen de apreciación (margin of appreciation)* de cada Estado[103]. En un ámbito próximo, aunque diferenciado, resulta igualmente revelador que la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (2000) invoque expresamente en su preámbulo *el respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros,* afirmación esta última que también recoge el artículo 4.2 del *Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada* (2007) [104].

La importancia de estos principios se puso de manifiesto cuando se produjo la apelación de la Sentencia *Lautsi I:* diez Estados miembros del Consejo de Europa solicitaron intervenir como *tercera parte* ante el Tribunal a favor de la posición de Italia, mientras que ningún Estado solicitó hacerlo a favor de la sentencia apelada. Simultáneamente diez Estados más, también miembros del Consejo de Europa, se pronunciaron contra la misma sentencia. Es decir, que 21 de los 47 Estados firmantes del Convenio pidieron de un modo u otro que las identidades y tradiciones religiosas nacionales fueran respetadas[105].

En conclusión, con su Sentencia del 7 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional del Perú ha resuelto con rigor y acierto un problema complicado, y ha contribuido a esclarecer cuestiones de gran relevancia constitucional para el Perú y para otros países.

[102] En este caso el Colegiado recuerda la Sentencia *Marsh vs. Chambers* 463 U.S. 783 (1983), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que declaró: «A la luz de una historia sin ambigüedades y sin interrupción de más de 200 años, no cabe duda de que la práctica de abrir las sesiones legislativas con la oración se ha convertido en parte de nuestro entramado social. Invocar la guía divina en un organismo público encargado de hacer las leyes no es, en estas circunstancias, el 'establecimiento' de una religión (oficial) o un paso hacia su establecimiento; es simplemente un reconocimiento tolerable de las creencias ampliamente extendidas en el pueblo de este país» (n. 48).

[103] Cfr. los números 57 y 67-70 de la Sentencia de 18 de marzo de 2011, de la Gran Sala del TEDH, que resuelve definitivamente el *caso Lautsi y otros contra Italia*, n.º 30814/2006).

[104] Este mismo principio protege implícitamente el estatuto jurídico de las confesiones religiosas en los Estados de la Unión, y se ha materializado en el artículo 17.1 del *Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea,* que en su versión consolidada afirma: «La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas». Cfr. A. M. Rodrigues Araújo, *Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea. El artículo 17 del TFUE,* Eunsa, Pamplona 2012, pp. 73-112.

[105] A mi juicio esto no significa que *Lautsi II* sea una sentencia política, sino más bien que la Sentencia *Lautsi I* se extralimitó, puesto que no debía pronunciarse sobre la laicidad del Estado sino sobre si la presencia de los crucifijos en la escuela pública italiana lesiona o no la libertad religiosa e ignoró principios fundamentales del CEDH.

El Señor de los Milagros: religión y cultura. Comentario a la Sentencia 3372-2011-PA/TC

Mgtr. Martín Vinces Arbulú
Profesor de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú)
cvinces@usat.edu.pe

Sumario:

1. *Introducción*
2. *Consideraciones fundamentales*
   2.1. *El derecho a la libertad religiosa*
   2.2. *Los principios del Derecho eclesiástico del Estado: especial referencia al principio de laicidad*
   2.3. *El artículo 50 de la Constitución política peruana: la mención explícita de la Iglesia Católica*
3. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la declaración del Señor de los Milagros como Patrono de la espiritualidad religiosa católica del Perú y símbolo de religiosidad y sentimiento popular*
   3.1. *Los sucesos del caso: el Proyecto de Ley N.°* 4022/2009-PE
   3.2. *Apreciación crítica a los fundamentos jurídicos de la sentencia*
   3.3. *El contenido del voto singular: breve reflexión sobre la laicidad y el laicismo*
4. *A modo de conclusión*

1. Introducción

El Derecho eclesiástico del Estado presenta una serie de temas cuyo análisis por parte de los tribunales tiende a convertirse en verdaderos desafíos, a fin de precisar lo justo, lo que corresponde otorgar o reconocer a alguien, en el caso concreto. Uno de esos temas a los que se deben enfrentar los tribunales es el relativo a la declaración de determinados símbolos de origen religioso como patronos de determinadas asociaciones, comunidades y hasta ciudades o regio-

nes de un país. En él se entrecruzan, por lo menos, dos aspectos fundamentales de la materia eclesiástica contemporánea: el derecho a la libertad religiosa y el principio de laicidad del Estado.

Se trata de conflictos cuya línea de solución para alcanzar lo justo es muy delgada y fácilmente permeable hacia la decantación excesiva de uno u otro aspecto de los dos señalados. En estos casos, se pone de relieve la prudencia que deben tener los juzgadores para alcanzar el equilibrio, el justo medio, entre la libertad religiosa de los ciudadanos y la laicidad de los poderes públicos.

El conflicto subyacente en la sentencia que ahora se analiza pertenece al género descrito. El demandante presenta una acción de amparo contra el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE que buscaba declarar al Señor de los Milagros[1] como *Patrono del Perú*, alegando que dicha iniciativa legislativa era un atentado contra el derecho a la libertad religiosa de quienes, como él, no profesan la religión católica, y contra el principio de laicidad, en cuya virtud el Estado peruano no es un Estado confesional, sino que se sustenta en la separación entre confesiones religiosas y poderes públicos.

El Proyecto terminó por convertirse en la Ley N.° 29602, que declara al Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú* y *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*, pero ello no fue óbice para que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) solucionara el conflicto –aunque, como se tendrá ocasión de mostrar más adelante, su razonamiento sólo tomará en cuenta una parte de esta Ley–, pronunciándose nuevamente sobre cuál es el sentido en que debe entenderse el principio de laicidad estatal, de modo que cumpla con su función de coadyuvar a la vigencia del derecho a la libertad religiosa de las personas.

En el año 2011 el TC ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre estas materias, al solucionar un conflicto de simbología religiosa estática[2]. En este marco, expuso que las normas constitucionales vigentes permiten concluir que en el Perú el principio de laicidad ha de interpretarse en clave positiva, como instrumento que permite la real vigencia de la libertad religiosa. En la sentencia

[1] El Señor de los Milagros, conocido también como Cristo Morado, Cristo de Pachacamilla, Cristo Moreno o Señor de los Temblores, es una imagen de Jesucristo crucificado pintada en una pared de adobe que se encuentra en el Altar Mayor del Santuario de las Nazarenas en la ciudad de Lima (Perú), cuyo origen se remonta a mediados del siglo XVII, confeccionada por un negro de Angola perteneciente a la Cofradía de Pachacamilla formada en esa época en Lima.

[2] Se trata del conflicto que suscitó la STC 06111-2009-PA/TC, en el cual se impugnaba la decisión de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de mantener la presencia de símbolos religiosos católicos como la biblia y el crucifijo en los despachos judiciales, y de seguir practicando el interrogatorio sobre la religión que profesare el procesado o declarante en general en un juicio.

que ahora se analiza, el TC vuelve sobre sus pasos y complementa lo que había mencionado en aquella ocasión, perfilando su doctrina de forma cada vez más concorde con la jurisprudencia comparada y la ciencia eclesiástica de nuestros días.

El presente trabajo pretende mostrar una visión crítica de los fundamentos jurídicos vertidos en la STC 03372-2011-PA/TC, de fecha 19 de marzo de 2013, sobre la base de los dos temas neurálgicos a que se hizo referencia: el derecho a la libertad religiosa y el principio de laicidad del Estado. A fin de ofrecer conclusiones acerca de la fundamentación realizada por el TC en esta sentencia, se ha considerado pertinente empezar el estudio exponiendo los principales rasgos del derecho a la libertad religiosa y del principio de laicidad –este último en el contexto más general de los principios del Derecho eclesiástico del Estado– a la luz de la doctrina y la jurisprudencia peruana y española. Asimismo, de modo previo al análisis de la fundamentación jurídica de la sentencia, se ha creído necesario brindar algunos comentarios críticos sobre el antecedente principal de la Ley N.° 29602, el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE.

2. Consideraciones preliminares

2.1. El derecho a la libertad religiosa

El estudio de la libertad religiosa en la actualidad no es una cuestión sencilla. Como señala Mantecón, se trata de «un concepto que puede estudiarse desde distintos puntos de vista, y con múltiples e intricadas implicaciones de todo tipo: psicológicas, filosóficas, ético-morales, religiosas, sociológicas, jurídicas»[3]. Así pues, bajo el manto del concepto de libertad religiosa subyacen diversas realidades. No obstante, desde la perspectiva jurídica, interesa poner de relieve aquellos datos que la configuran como un derecho de primer orden, un derecho humano, como se expondrá en las siguientes líneas.

El principal elemento subyacente en la libertad religiosa es la *religión*, ese conjunto de relaciones entre el creador (Ser superior) y la criatura, que se dan tanto en el fuero íntimo de la persona, es decir en el ámbito puramente personal de su conciencia, como en la dimensión social y pública. Así, la religión tiene una expresión interna y otra externa; esta última es personal y comunitaria, en

[3] J. Mantecón Sancho, *La libertad religiosa como derecho humano*, en Instituto Martín de Azpilcueta, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1994, p. 85.

la medida que el hombre tiende a asociarse con sus semejantes para vivir esa relación con el Ser superior[4].

La religión se relaciona con las libertades personales ya que es considerada un bien debido al hombre, que antecede al propio Estado y se funda en la dignidad de la persona[5]. Desde la perspectiva del realismo jurídico, la religión es la *cosa justa* debida al otro en virtud de una deuda de justicia, es el objeto de la libertad religiosa[6].

En esencia, el derecho a la libertad religiosa consiste en la facultad de la persona, inherente a su ser, de profesar una creencia religiosa y practicarla, tanto en público como en privado. Este derecho asiste además a las confesiones religiosas[7], pero sólo secundariamente, pues de modo primario el titular del derecho a la libertad religiosa es la persona humana.

Por otro lado, es menester resaltar que en el plano doctrinario y legal se tiende a confundir a la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia como un solo derecho; sin embargo, cada una de estas libertades tiene un objeto determinado que obliga a considerarlas como derechos distintos.

La libertad de pensamiento ampara la cosmovisión, el conjunto de ideas, de carácter no religioso, que tiene la persona sobre el mundo y la vida. La libertad religiosa, por su parte, tiene como objeto específico la religión o relación del hombre con Dios, y su práctica tanto en público como en privado[8]. Por último, la libertad de conciencia protege el juicio práctico de moralidad y la actuación consecuente con ese juicio; asimismo, la libertad de conciencia es consecuencial

4 Cfr. P. Lombardía y J. Fornés, *El Derecho Eclesiástico*, en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2007, 6ª ed., p. 21.

5 Cfr. A. Busso, *La libertad religiosa y su fundamento filosófico*, en Instituto de Derecho Eclesiástico, *Libertad religiosa. Actas del Congreso Latinoamericano de Libertad religiosa*, Lima Perú (setiembre 2000), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2001, pp. 78-79.

6 Cfr. A. Arrebola Fernández, *Derecho Eclesiástico. Apuntes ad usum manuscripti*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo 2008.

7 Por confesiones religiosas se entiende a las comunidades permanentes de personas vinculadas por una creencia religiosa común, que mantienen una organización propia y una regulación escrita de carácter jurídico, y persiguen unos fines religiosos determinados; así descritas, las confesiones religiosas son sujetos fuertes de Derecho eclesiástico y se diferencian de los grupos religiosos en tanto que éstos no presentan una organización jurídica estricta ni una estabilidad afianzada en el mundo jurídico. Cfr. M. López Alarcón, *Confesiones y entidades religiosas*, en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico*… cit., pp. 182-183.

8 En palabras de Hervada, la religión es una «realidad compleja que comprende diversos elementos, reducibles a cuatro: ideario, sistema moral, culto y *observancia* (conducta coherente con el ideario religioso). En todo caso, lo amparado por la libertad religiosa es radicalmente la religión, esto es, la relación o comunión del hombre con la divinidad. Este es el elemento central» (J. Hervada, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2002, 2ª ed., p. 129).

a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa, en tanto que la conciencia «es el juicio de conformidad de una acción concreta con una regla de moralidad que forma parte del sistema moral de una religión o de la ética natural»[9].

No obstante la diferencia de objeto de cada una de estas tres libertades, todas ellas están fundadas en la dignidad de la persona humana «en su dimensión más profunda y específica, aquélla donde actúa su racionalidad mediante la búsqueda y el establecimiento de su relación con la verdad, el bien y Dios»[10]. Por lo que se refiere a la libertad religiosa, ya que la persona posee razón y voluntad, tiene la responsabilidad personalísima de tomar decisiones en el campo religioso, es libre de creer o no creer en una fe religiosa, de modo que ni otra persona ni mucho menos el Estado puede inmiscuirse en estas decisiones[11].

Estas consideraciones permiten comprender que la libertad religiosa es un derecho humano y por ello se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales públicos[12]. Aparece recogido en el artículo 18 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, en el artículo 18 del *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos,* y fue objeto de desarrollo específico en la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* del año 1981[13].

9 *Ibídem,* p. 134.

10 P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores*…, cit., p. 94.

11 Cfr. J. M. González del Valle, *Derecho Eclesiástico Español*, Civitas Ediciones, Madrid 2002, 5ª ed., p. 238.

12 El reconocimiento internacional del derecho a la libertad religiosa implica que en nuestros días el marco jurídico de este derecho no se restringe sólo a su protección, sino que abarca también todas aquellas actividades necesarias para que tal derecho rija efectivamente en la sociedad. De este modo, la preocupación jurídico-política sobre la libertad religiosa se encuadra en la comunidad internacional como un objetivo de primer orden, en cuya virtud los Estados miembros están comprometidos a efectuar tantas acciones concretas sean pertinentes para la vigencia plena y real de la libertad religiosa de las personas. Cfr. J. Martínez-Torrón, *La protección internacional*…, cit., pp. 142-143.

13 Esta declaración es el documento internacional más relevante en materia de protección de la libertad religiosa en el contexto de la ONU, y aunque no presenta carácter jurídico vinculante, significa un avance notable en la promoción y tutela de la libertad religiosa, ya que su contenido tiene la virtud de ser fundamento para la interpretación y aplicación de este derecho en el ordenamiento de los países firmantes. Así, en su artículo 7 dispone: «Los derechos y libertades enunciados en la presente Declaración se concederán en la legislación nacional de manera tal que todos puedan disfrutar de ellos en la práctica». Martínez-Torrón comenta que el contenido de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación «se inspira en el principio de igualdad, lo cual significa –entre otras cosas– la equiparación entre las creencias religiosas y las no religiosas, que se muestra ya en el propio título de la Declaración […]. En su extenso preámbulo, junto a otras afirmaciones más habituales en textos del género, se alude a la religión o las convicciones como 'uno de los elementos fundamentales' en la vida de las personas, y se insiste en las 'guerras y grandes sufrimientos a la humanidad' causados directa o indirectamente por 'el desprecio y la violación de […] la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones'» (*Ibídem,* p. 155).

En el ordenamiento peruano la libertad religiosa es considerada un derecho fundamental según la Constitución política de 1993 (en adelante, CPP). El artículo 2.3 de esta norma señala:

> «Toda persona tiene derecho: 1. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

El artículo citado se encuentra en el Capítulo I «De los Derechos Fundamentales de la Persona» dentro del Título I «De la Persona y de la Sociedad» de la CPP. En consecuencia, la libertad religiosa es un derecho tan sólo reconocido a los ciudadanos por el Estado, anterior a éste. Además, como derecho fundamental tiene un carácter institucional en el ordenamiento, pues vincula a los poderes públicos y a los particulares, actuando como límites en la actuación de aquéllos y éstos[14].

De acuerdo al artículo 2.3 de la CPP, la libertad religiosa presenta una doble dimensión: una personal o individual, y otra colectiva, dirigida al reconocimiento y regulación de los grupos, confesiones y entidades religiosas. En ambas dimensiones, la libertad religiosa se configura, en esencia, como una inmunidad de coacción en materia religiosa, en el sentido de que nadie puede ser obligado a obrar contra su fe religiosa ni impedido de obrar conforme a ella, dentro de los límites constitucionales como la moral y el orden público[15].

El TC se ha referido al contenido del derecho a la libertad religiosa en los términos siguientes:

> «La libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto»[16].

[14] Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, a propósito de las implicancias de los derechos fundamentales, «los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales., en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)» (STC 01417-2005-PA/TC, fundamento jurídico 2).

[15] Cfr. L. Carpio Sardón, *La libertad religiosa en el Perú*, Colección Jurídica Universidad de Piura, Piura 1999, pp. 188-189.

[16] STC 0895-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

El mismo supremo intérprete de la Constitución, en su labor exegética del artículo 2.3 de la CPP, ha explicado cómo es que la libertad religiosa se articula en sus dimensiones individual y colectiva; así como el contenido de la libertad de culto, que se subsume en la libertad religiosa, y permite la visibilidad en la sociedad de las distintas creencias religiosas:

> «La libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, pues se predica tanto de la persona en sí misma como de la pluralidad de ellas asociadas en una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. En este último caso se expresa en el derecho a establecer lugares de culto, a formar y nombrar operadores religiosos, a divulgar y propagar la fe de la asociación religiosa, etc.
>
> La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a 'su' divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario»[17].

Para el TC, además, la libertad religiosa presenta una doble dimensión: subjetiva y objetiva. La dimensión subjetiva, a su vez, puede ser interna y externa.

Sobre la dimensión subjetiva de este derecho, el TC ha precisado en la sentencia objeto de este comentario:

> «En su dimensión subjetiva interna, según hemos dicho, la libertad religiosa 'supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa'. En su dimensión subjetiva externa, la libertad religiosa involucra la libertad para 'la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión', siempre que no se 'ofenda la moral ni altere el orden público', lo que genera el principio de inmunidad de coacción según el cual 'ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones'»[18].

[17] STC 3283-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 20 y 21.
[18] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 11.

Por lo que se refiere a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, el TC ha indicado:

> «De otro lado, el derecho de libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, contenida en el artículo 50° de la Constitución, que determinada, por un lado, el principio de laicidad del Estado y, de otro, el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas»[19].

Para finalizar este apartado, es pertinente resaltar que la libertad religiosa en Perú cuenta ya con una norma de desarrollo propio, la Ley N.° 29635, Ley de Libertad Religiosa. Esta norma supone un avance en el Derecho eclesiástico peruano, ya que ha ampliado el contenido del derecho a la libertad religiosa, en comparación con la interpretación que de este derecho se había realizado en las sentencias del TC. Como señala Rodríguez Campos, «la amplitud y el nivel de tutela y protección que se alcanza a partir de la promulgación de la citada norma es mayor a la protección que el Tribunal le había venido brindando a este derecho a través de su jurisprudencia, ya que […] amplía el marco de libertades y facultades que el hombre puede desplegar en ejercicio de este derecho»[20].

2.2. Los principios del Derecho eclesiástico del Estado: especial referencia al principio de laicidad

Antes de desarrollar de forma específica el principio de laicidad del Estado, conviene exponer *prima facie* qué son los principios del Derecho eclesiástico del Estado y cuáles son ellos, a la luz del contexto normativo peruano.

Siguiendo a Martín de Agar, los principios del Derecho eclesiástico son «la expresión jurídica de los valores supremos que el Estado se propone realizar, promover y tutelar en relación con la específica materia religiosa»[21]. Estos principios sirven como criterios de inspiración, suplencia e interpretación de las normas jurídicas que regulan la materia eclesiástica, y se derivan de los valores generales de cada ordenamiento jurídico particular.

En el ordenamiento peruano, el estudio de los principios informadores de la materia eclesiástica ha de partir necesariamente de los artículos 2.3 y 50 de la CPP. Este último precepto señala:

[19] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 13.

[20] R. Rodríguez Campos, *Religión y democracia. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa en el Perú*, en «Actualidad Jurídica», N.° 206 (2011), p. 196.

[21] J. T. Martín de Agar, *Los principios del Derecho eclesiástico del Estado*, disponible en http://bibliotecanonica.net/docsaa/btcaav.pdf, p. 3 (ubicado el 1 de julio de 2013).

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

A la luz de la interpretación hecha por el TC de estas normas, puede considerarse que el Derecho eclesiástico del Estado peruano se rige por cuatro principios: libertad religiosa, laicidad, cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, e igualdad religiosa y no discriminación[22]. Sucintamente, vale la pena referirse al contenido de cada uno de ellos, dejando al último, para un análisis pormenorizado, al principio de laicidad, cuya incidencia en la sentencia constitucional que motiva estas líneas es mayor.

El principio de libertad religiosa es aquel criterio de configuración de una determinada sociedad política, en que impera un respeto real de la libertad religiosa de las personas por parte de los poderes públicos. En virtud de este principio, el Estado se considera incompetente en la materia religiosa *stricto sensu*, no se interesa por el acto de fe de las personas y no se alinea con alguna confesión en particular[23]. No obstante, el Estado por medio de sus poderes públicos, se comporta al servicio de la persona, especialmente de su dignidad y de su capacidad racional y consciente para buscar la verdad en materia religiosa y conformarse o no con ella de un modo libre, sin ninguna coacción. La regla fundamental es garantizar la mayor libertad posible y la mínima restricción necesaria para que los ciudadanos y las agrupaciones de ellos puedan manifestar su religión.

El principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, por otro lado, parte de la consideración que hace el Estado de la religión como un fenómeno con utilidad civil, y en el reconocimiento de las confesiones religio-

[22] La STC 06111-2009-PA/TC, remitiéndose a la doctrina sentada en las STC 0256-2003-HC/TC y 3283-2003-AA/TC, reconoce a la libertad religiosa una dimensión objetiva, cuyo contenido sería el deber del Estado de generar las condiciones mínimas para que el derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos sea efectivo –que no sería más que el contenido de lo que en la doctrina se conoce como principio de libertad religiosa. Asimismo, recuerda el TC los principios de laicidad, de igualdad y no discriminación religiosa, y de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas (vid. STC 06111-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 14-33). Cabe resaltar que la construcción de estos cuatro principios del Derecho eclesiástico del Estado, es mérito de Viladrich, quien además, distinguió en el contexto español «entre *calificación* del Estado en materia religiosa y *principios* constitucionales del Estado en materia religiosa». (J. M. González del Valle, *Derecho Eclesiástico Español*, cit., p. 91).

[23] Según la doctrina del Tribunal Constitucional español, «el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso» (STC 24/1982, de fecha 13 de mayo, fundamento jurídico 1).

sas como sujetos colectivos de la libertad religiosa[24]. Las principales manifestaciones de este principio son, en primer lugar, el reconocimiento de las confesiones religiosas como sujetos colectivos del derecho a la libertad religiosa; y en segundo lugar, el mantenimiento de relaciones de colaboración con ellas, a fin de dotarlas de facilidades para el cumplimiento de sus fines, en tanto coadyuvan al bien de la sociedad.

Por su parte, el principio de igualdad religiosa y no discriminación, se traduce en una doble exigencia para el Estado: en primer lugar, el derecho a la libertad religiosa no debe ser negado o restringido en su ejercicio a ciertos sujetos individuales o colectivos según la fe que profesen; en segundo lugar, el reconocimiento y el disfrute de los demás derechos no pueden depender de las creencias religiosas de los ciudadanos. Es decir, el Estado debe tratar a los ciudadanos por su condición de tales, no por su situación de fieles de una determinada confesión religiosa. Pero la igualdad debe entenderse a la luz de la justicia que implica dar a cada uno lo suyo, no dar a cada uno y a todos lo mismo; en consecuencia, la igualdad exige tener en cuenta las diferencias reales que presenta cada una de las confesiones religiosas en relación con las demás, lo que no supone discriminación, sino un trato específico jurídicamente razonable para cada una de ellas por parte del Estado.

Firmes estas consideraciones, corresponde ahora explicar con mayor detenimiento el principio de laicidad estatal[25].

[24] Como expresa Martín de Agar, el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas «tiene como fundamento no la confusión de intereses, sino la común vocación de servicio a la persona cada uno en su ámbito, y la apreciación (por parte del Estado) de la religión como factor relevante de la vida social, así como de la función insustituible que cumplen las confesiones y las organizaciones confesionales» (J. T. Martín de Agar, *Los principios*…, cit., p. 11.)

[25] En opinión de Mosquera Monelos, el Estado peruano no es un Estado laico. La autora considera que el texto constitucional no menciona en absoluto la laicidad del Estado, del mismo modo enfatiza que no es propio de un Estado laico la presencia significativa de símbolos religiosos en la sociedad. A su juicio –que no se alinea con el del autor de este trabajo–, sería conveniente calificar al Estado peruano como un «Estado que tiene un pasado confesional que poco a poco está avanzando en la construcción de un modelo respetuoso de su pluralismo cultural, que incluye también al religioso, y lo hace garantizando que los derechos fundamentales y los principios vertebrales de un sistema de cooperación positiva entre poder político y religioso […]», pues la laicidad «implica que el poder político es autónomo y no precisa de la legitimación que le daba el poder religioso […]. Ese desapego laico en la toma de decisiones no se observa en Perú cuando por ejemplo contemplamos el preámbulo del Texto Constitucional con su invocación a Dios, recibimos sentencias que legitiman las prohibiciones de ley seca en Semana Santa en Huancayo, se impiden las reuniones y, por lo tanto, la celebración de oficios religiosos durante la jornada electoral, y verificamos la presencia de un factor religioso todavía significativo en la toma de decisiones políticas. Definitivamente, el proceso de laicidad del Estado peruano está en construcción y no es un hecho» (S. Mosquera Monelos, *Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado*, en «Gaceta Constitucional», 40 [2011], pp. 125-126).

Este principio remite a la distinción de los ámbitos secular y espiritual. En virtud de la laicidad, el Estado se define como neutral ante el fenómeno religioso, no asume como suya ni concurre con ninguna de las opciones religiosas presentes en la sociedad, en tanto que reconoce como sujetos del derecho a la libertad religiosa sólo a las personas, individual y comunitariamente consideradas.

Como sucede con los demás principios del Derecho eclesiástico del Estado, la laicidad contiene un poco de cada uno de los demás, y se acerca de una forma especial al principio de libertad religiosa. Para evitar posibles confusiones entre ellos, conviene tener presente lo expuesto por Viladrich y Ferrer: «La expresión *ninguna confesión tendrá carácter estatal* no es el *locus iuridicus* exclusivo de la laicidad porque, *aunque la implica, también hace referencia al principio de libertad religiosa*. Y mientras éste define la *esencia* o *identidad* del Estado, como ente, ante la fe y la práctica religiosa, el principio de laicidad define la *actuación* del Estado ante el *factor religioso*»[26]. Así pues, en virtud de la laicidad el Estado no puede comportarse como un sujeto de fe ante el fenómeno religioso, no puede valorar en sí mismo el ideario religioso de cada confesión en particular; tan sólo debe reconocer lo religioso como factor social y como parte fundamental del bien común que debe tutelar y alcanzar.

La primera consecuencia del principio de laicidad es la separación entre las confesiones religiosas y el Estado, y la consecuente neutralidad en las relaciones entre ellos. En consecuencia, el Estado no debe ponerse al servicio de una

En un sentido y en una dirección diferentes se pronuncia González del Valle en la doctrina española. Para este autor, es mejor evitar el uso del término *laicidad*, por cuatro razones: en primer lugar, porque obliga a distinguir entre laicidad y laicismo, correspondiendo a éste una acepción peyorativa; en segundo lugar, porque el término resulta prácticamente inteligible a plenitud sólo en la cultura francesa, siendo intraducible a otros idiomas como el inglés; en tercer lugar, porque hablar de laicidad remite al régimen de la enseñanza previsto en la Ley francesa de 1886, por la cual se excluía a los eclesiásticos y miembros de las confesiones religiosas de la función de enseñanza en las escuelas primarias; y, finalmente, porque la laicidad suele considerarse un principio del Derecho constitucional francés que significa beligerancia frente al catolicismo o frente a la religión en general, cuestión que no presenta correlato en el Derecho español (cfr. J.M. González del Valle, *Derecho Eclesiástico Español*, cit., p. 94-95). La misma línea es seguida por González Sánchez, quien observa que la Constitución española no afirma en ninguna parte que el Estado español sea laico, del mismo modo, esa calificación no aparece en la historia constitucional del Estado ibérico. Asimismo, para este autor, si bien el Tribunal Constitucional español ha utilizado el término laicidad en la STC 46/2001, de 15 de febrero, lo ha hecho añadiéndole el adjetivo *positiva* y vinculando dicho término al reconocimiento pleno de la libertad religiosa. Así pues, para González Sánchez, un principio del Derecho eclesiástico español no es el de laicidad, sino el de no confesionalidad del Estado, extraído del artículo 16.3 de la Constitución de 1978 que dispone: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal» (cfr. M. González Sánchez, *La incidencia de los Acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia de Derecho eclesiástico del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona 2008, pp. 38-41).

26 P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores*…, cit., p. 96.

confesión religiosa particular ni reconocer como verdaderos sus dogmas y su doctrina, ni tampoco puede esperar que determinada confesión religiosa esté a su servicio desde una perspectiva política instrumental. En el ordenamiento peruano, la no confesionalidad del Estado tiene fundamento constitucional, de ahí que en el artículo 50 de la CPP se exprese: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica […]», y más adelante: «El Estado respeta otras confesiones […]».

Pero el principio de laicidad no sólo se dirige a la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, que implica tan solo la vigencia de la no confesionalidad del Estado. El principio de laicidad va más allá: exige también un reconocimiento positivo del factor religioso presente en la sociedad desde la perspectiva de la pluralidad. Es decir, demanda asumir las ideas y los valores de las confesiones, no en su vertiente religiosa, en la medida en que forman parte del bien común, y además, pueden servir de base para la ordenación de la vida en la sociedad.

Al hilo de este argumento, se comprende por qué el término *laicidad* no es igual que el término *laicismo*. Este concepto hace referencia a aquellas actitudes de hostilidad hacia el fenómeno religioso cuya finalidad es hacer desaparecer de la vida social todo sesgo de religión por considerar a ésta como un factor nocivo. La laicidad implica, por el contrario, el reconocimiento del factor religioso en la vida social como parte integrante del bien común que el Estado debe tutelar y promover; por ello, exige una actitud estatal activa, no indiferente, de cara al fenómeno religioso. Más adelante se tendrá ocasión de exponer el tratamiento que ha merecido este tema en la doctrina del TC.

2.3. El artículo 50 de la Constitución política peruana: la mención explícita de la Iglesia Católica

Como puede haberse apreciado ya al citar el artículo 50 de la CPP, el constituyente democrático de 1993 ha mencionado expresamente en dicho precepto a la Iglesia Católica:

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración […]».

Esta especial mención debe ser comprendida en sus justos términos: no constituye una declaración de confesionalidad estatal. El modelo constitucional peruano instaurado por la CPP de 1993 ha mantenido el mismo régimen de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas diseñado en la Constitución

política de 1979 (en adelante, CPP de 1979). Ésta, en su artículo 86, reconocía a la Iglesia Católica en términos muy similares a como se la reconoce en la actualidad y especificaba también el mismo tratamiento que ahora se dispensa a las demás confesiones religiosas. Dicho precepto señalaba:

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante de la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones».

A mi juicio, la interpretación del artículo 50 de la CPP de 1993 debe partir de la exégesis de su antecedente inmediato, el artículo 86 de la CPP de 1979, ya que ambas normas presentan la misma sustancia.

Si bien la fórmula normativa del mencionado artículo 86 tuvo su origen en una propuesta de la Comisión principal para que fuera debatida en el Pleno de la Asamblea Constituyente[27], el texto definitivo del precepto constitucional fue aprobado e incorporado sobre la base de la propuesta de los Obispos Dammert y Metzinger, quienes presentaron dicho texto a la Comisión Especial de la Asamblea Constituyente sobre Estado y Territorio.

Esta iniciativa por parte de los Obispos obedeció a una exigencia impuesta en el seno de la propia confesión católica, para incorporar en los Estados un nuevo modelo de relaciones entre éstos y la Iglesia Católica. En palabras de Carpio Sardón: «Al proponer este texto […], las autoridades eclesiásticas ejecutaban una indicación del Concilio Vaticano II que reorientaba el planteamiento que había presidido las relaciones de la Iglesia con los Estados. Esta fórmula implicaba la renuncia por parte de la Iglesia a la protección del Estado y la renuncia por parte del Estado al ejercicio del Patronato»[28].

De este modo, el contenido del entonces artículo 86 de la CPP de 1979 y del vigente artículo 50 de la CPP de 1993, tiene como finalidad establecer un sistema de relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, así como con las demás

[27] El texto original propuesto por la Comisión Principal, bajo la representación del señor Townsend del Partido Aprista Peruano, para que fuera debatido en la Asamblea Constituyente, tuvo el siguiente contenido: «Artículo 74.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras entidades religiosas».
Un comentario riguroso sobre los debates posteriores de esta propuesta legislativa en el Pleno de la Asamblea Constituyente para la elaboración de la CPP de 1979, se muestra en L. Carpio Sardón, *La libertad religiosa*…, cit., pp. 113-125.

[28] *Ibídem,* p. 127.

confesiones religiosas, en el cual cada una de las partes reconoce y defiende su «independencia y autonomía». Además, este sistema de relaciones no puede ser más que de colaboración, como lo expresa claramente el artículo 50 mencionado. Así pues, en el ordenamiento peruano las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas responden a una exigencia constitucional.

La mención explícita de la Iglesia Católica, en el artículo 50 *sub exámine*, «como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú», se justifica en la histórica y tradicional confesionalidad católica de la mayoría del pueblo peruano. Debido a los rasgos de la sociedad peruana, «poco comprensible resultaría imponer un sistema de separación laicista que viniese a negar el hecho religioso dentro de la estructura social del Estado, pues eso implicaría negar o desconocer la realidad sociológica del país y la posición que el factor religioso ocupa como elemento de cohesión social»[29].

El precepto constitucional referido muestra que el constituyente ha tenido en cuenta la realidad nacional presente, consecuencia de vivencias pretéritas y actuales que no puede ni debe dejar de reconocer a fin de otorgar un *trato justo* a una determinada confesión religiosa. En el fondo, la mención explícita de la Iglesia Católica en el texto constitucional es una manifestación de «respeto de la historicidad católica de los pueblos»[30].

Aparte de estos argumentos, conviene tener presente que la mención de la Iglesia Católica en el artículo 50 de la CPP de 1993 se asemeja al inciso final del artículo 16.3 de la Constitución española de 1978, en el cual se expresa que «los poderes públicos (…) mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». En el contexto español, esta referencia directa a la Iglesia Católica ha sido interpretada en perfecta sintonía con el principio de laicidad, en el sentido de que no significa una declaración de confesionalidad del Estado español. Asimismo, se ha puesto de relieve que obedece al principio de igualdad, tal como han señalado Viladrich y Ferrer en los siguientes términos:

> «A nuestro juicio no existe atisbo de discriminación por motivos religiosos, sino *un ejemplo constitucional* del trato específico que impone el principio de laicidad atendida la situación real del factor religioso católico. En efecto, la Constitución menciona a la *Iglesia Católica, con nombre y apellido*, por su extensión sociológica y su tradición histórica; pero el reconocimiento de esta realidad no esconde ninguna discriminación del contenido de *las consiguientes relaciones de cooperación* que la Constitución extiende *a las demás confesiones*»[31].

[29] S. Mosquera Monelos, *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*, Palestra Editores, Lima 2005, p. 205.

[30] J. Pareja Paz-Soldán, citado en L. Carpio Sardón, *La libertad religiosa*…, cit., p. 128.

[31] P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores*…, cit., p. 103.

En mi opinión, estos fundamentos resultan plausibles para explicar lo que sucede en el ordenamiento constitucional peruano, pues esa «extensión sociológica» y «tradición histórica» que los autores predican de la Iglesia Católica en España para justificar su mención explícita en la Constitución española, las posee también esta confesión en la sociedad peruana.

Por último, no menos importante es tener en cuenta la especial posición jurídica de la Iglesia Católica, cuya personalidad jurídica internacional de carácter público la distingue y la coloca *en otro orden* respecto a las demás confesiones religiosas, por lo cual el tratamiento jurídico que debe dispensarse a ella debe ser distinto, único en su especie, sin perjuicio de que las otras confesiones religiosas vean en el tratamiento jurídico que recibe la Iglesia Católica un modelo de correcta aplicación del principio de igualdad que en el futuro pueda resultar aplicable a ellas, *mutatis mutandis*[32].

3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la declaración del Señor de los Milagros como Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú y símbolo de religiosidad y sentimiento popular

3.1. Los sucesos del caso: el Proyecto de Ley N.º 4022/2009-PE

En la STC 03372-2011-PA/TC, objeto de este comentario, el TC resolvió el recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 6 de abril de 2011, que confirmó la resolución emitida por el Sexto Juzgado Especializado Civil de Trujillo de la Corte Superior

[32] En esta línea, comentando la Constitución española, Viladrich y Ferrer consideran que «la mención expresa a la Iglesia Católica resulta beneficiosa para todas las confesiones porque sienta el fundamento constitucional del *paradigma extensivo de trato específico del factor religioso*: es decir, que *de tanta libertad y de tanto reconocimiento jurídico de su especificidad diferencial como goce la Iglesia Católica* –la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad española–, *de otro tanto podrán gozar el resto de las confesiones*. Es importante advertir que con este concepto queremos indicar una cantidad y calidad de trato específico, pero no la aplicación a las demás confesiones ni del *mismo contenido* del *status* jurídico de la Iglesia Católica, ni tampoco la de *un único status*, tan rico como él pero unitario –para todo lo *acatólico*–, porque entonces estaríamos ante un paradigma *uniformador*. Muy al contrario, como el trato que recibe la Iglesia Católica –modelo paradigmático– no sólo se compone de un máximo de contenido sino también de una máxima atención a su *singularidad*, las demás confesiones tienen derecho al reconocimiento de su *especificidad diferencial* en la misma paridad de calidad y respeto que la Iglesia Católica» (*Ibídem,* pp. 103-104).

de Justicia de la Libertad, de 25 de agosto de 2010. Esta última resolución declaró improcedente de plano la demanda de amparo planteada por el señor Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas contra el Presidente del Consejo de Ministros, el Presidente del Congreso de la República y otros, a fin de que se ordene a la Presidencia del Consejo de Ministros que retire el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, presentado por el Poder Ejecutivo, en virtud del cual se pretende declarar como *Patrono del Perú* al Señor de los Milagros.

El recurrente sustenta su pedido en los siguientes argumentos:

1°.- El Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE que busca declarar como *Patrono del Perú* al Señor de los Milagros amenaza su derecho a la libertad religiosa como cristiano evangélico, pues se trata de un símbolo perteneciente a la Iglesia Católica.

2.º- El Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo contraviene el texto constitucional conforme al cual el Estado peruano no es un Estado confesional; por el contrario, existe una separación entre las confesiones religiosas y el Estado.

El Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, presentado por la Presidencia de la República del Perú al Congreso de la República, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 107 de la CPP, con fecha 12 de mayo de 2010, presentaba la siguiente fórmula legislativa:

> «Artículo 1.°- Declárese al "Señor de los Milagros" como Patrono del Perú».
>
> «Artículo 2.°- Deróguese toda norma que se oponga a lo dispuesto por la presente Ley».

En la Exposición de Motivos del referido Proyecto, se presentan, a mi juicio, dos grupos de argumentos con los que se pretende avalar la declaración del Señor de los Milagros como *Patrono del Perú*: en primer lugar, se presentan argumentos históricos de marcado carácter religioso católico; y en segundo lugar, se exponen argumentos cuyo tinte, si bien se funda en los anteriores, buscan poner de relieve el aporte que representa la festividad del Señor de los Milagros a la cultura peruana.

Dentro del primer grupo de argumentos, que enfatizan el carácter sagrado que representa el Señor de los Milagros dentro de la confesión católica, merece la pena citar los primeros de ellos, en los cuales se narra el origen de la devoción a la imagen referida:

«Según la tradición, a mitad del siglo XVII, un negro de Angola del cual no se tiene mayor dato, pintó en un muro de adobe la imagen que ahora se guarda en el templo de las Nazarenas. Tiempo después, en el año 1650, al pasar junto a una acequia y basural, don Antonio de León vio la pintura de Jesús crucificado sobre este muro, que era lo único que quedaba de una antigua defensa militar. Años más tarde, en 1655 un fuerte terremoto asoló a la ciudad de Lima; no obstante, el muro quedó en pie y olvidado por todos. Quince años después, a pesar de lo húmedo y olvidado que estuvo el mural, seguía en pie con la pintura como si nada hubiese pasado. Sorprendido por este hecho, don Antonio de León dispuso arreglar el lugar, construyó un altar y tuvo que detener su obra por un extraño mal que lo aquejó. Una vez curado de manera milagrosa del mismo, con mayor fervor acudió donde la imagen milagrosa, para honrarla con arpa, cajón y músicos.

»En 1671, más de un centenar de personas se reunían para alabar con sus cantos y fiestas al muro donde yacía la imagen del Señor de los Milagros. En vista del tumulto y bullicio producido por la población de aquel entonces, las autoridades dispusieron la destrucción del muro, pero con gran sorpresa vieron que se producían diversos fenómenos que hacían imposible derribarlo. El día 14 de septiembre del mismo año se celebró, por primera vez, la Misa ante el Cristo de Pachacamilla. En estos años, se añadieron las imágenes de la Virgen y San Juan, así como las del Padre y del Espíritu Santo».

A continuación, la Exposición de motivos del Proyecto de Ley objeto de impugnación en sede constitucional, detalla los acontecimientos posteriores que surgieron en los siglos XVII y XVIII alrededor de la imagen del Señor de los Milagros, hasta que se establecieron las fechas definitivas en que se desarrolla la procesión de esta imagen por las calles de la ciudad de Lima y otras ciudades importantes del Perú.

Adicionalmente, llama la atención el apartado dedicado al análisis costo-beneficio contenido también en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley bajo comentario, cuando en él se señala:

«La iniciativa legislativa propuesta […] pretende *proteger y promover la difusión de los valores, costumbres y creencias religiosas propias del culto al Señor de los Milagros*, permitiendo conocer y preservar las creencias religiosas y manifestaciones del arte popular, ante lo cual el beneficio que se tendrá será inmenso pues *se reconocerá a nivel legislativo la importancia del culto al Señor de los Milagros*»[33].

En mi opinión, este último argumento justificativo no resulta acorde con el principio de laicidad, pues en ellos se manifiesta que el Estado peruano, en este caso a través del Poder Ejecutivo, ha entrado a valorar un acto de culto

[33] Las cursivas son del autor.

de una específica confesión religiosa. Si bien se trata de una festividad propia de la confesión religiosa mayoritaria, conforme anotamos *supra*, en virtud de la laicidad el Estado no puede actuar como un sujeto de fe. No corresponde al Estado peruano *proteger y promover la difusión de los valores, costumbres y creencias religiosas propias del culto al Señor de los Milagros*, ni tampoco elevar a rango legal el reconocimiento de *la importancia del culto al Señor de los Milagros*.

Por otro lado, como argumentos que resaltan el aporte cultural de la festividad del Señor de los Milagros en la sociedad peruana, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley *sub exámine* muestra los siguientes:

> «Detrás de la procesión en sí, hay todo un conjunto de elementos desde los hábitos morados con los cordones blancos de los devotos, hasta las figuras de las zahumadoras que son las carismáticas guardianas de la tradición y todo lo que rodea la celebración.
>
> »El fervor religioso de los católicos peruanos con sus diferentes manifestaciones como es el caso de la procesión en sí y todo ese mundo que gira a su alrededor, son sin lugar a dudas *una inyección de vitalidad en las costumbres y tradiciones de nuestro país*.
>
> »A ello, cabe considerar que el Instituto Nacional de Cultura-INC, mediante Resolución Directoral Nacional N.° 1454/INC, de fecha 27 de octubre de 2005, declaró como *Patrimonio Cultural de la Nación a la 'Festividad del Señor de los Milagros'* que se celebra en la ciudad de Lima en el mes de octubre de cada año, *dada la trascendencia de dicha festividad, su importancia a nivel nacional e internacional*, pues además de ser una expresión pura de fervencia religiosa, *es una de las muestras más grandes de fe religiosa y atracción turística*»[34].

Estas últimas citas de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, a mi juicio, sí muestran una perspectiva neutral del Estado, fiel al contenido del principio de laicidad estatal. En ellas, el Poder Ejecutivo resalta las implicancias que produce en el ámbito cultural la celebración de la festividad del Señor de los Milagros y la presentación de ésta, ante la sociedad secular, como una actividad que también presenta un fuerte componente de atracción turística. El Ejecutivo pudo haber resaltado también en este punto, la repercusión económica favorable que genera la feria procesional del Señor de los Milagros, al permitir ocupaciones laborales temporales y representar una ocasión de importante flujo económico.

Ahora bien, aunque la demanda de amparo fue inicialmente planteada contra el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, al momento de la emisión de la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la iniciativa legislativa ya se había convertido en la Ley N.° 29602, publicada el 19 de octubre de 2010, por lo cual esta Sala declaró

[34] Las cursivas son del autor.

improcedente la demanda de amparo, al haber operado la sustracción de la materia.

La Ley N.° 29602, en sus artículos 1 y 2, dispone lo siguiente:

> «Artículo 1.°- *Objeto de la Ley*. La presente norma tiene por objeto declarar a la imagen del Señor de los Milagros como Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú y como símbolo de religiosidad y sentimiento popular».
>
> «Artículo 2.°- *Declaración*. Declárese al Señor de los Milagros como Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica de la República del Perú, cuya festividad se celebra dentro y fuera del país en el mes de octubre de cada año».

3.2. Apreciación crítica a los fundamentos jurídicos de la sentencia

Debido a las últimas razones anotadas en el epígrafe precedente, el TC pronuncia la sentencia a la luz del contenido de la Ley N.° 29602. Según el TC, ésta persigue una finalidad similar a la pretendida en el Proyecto de Ley. Así, empieza su argumentación mostrando por qué debe pronunciarse sobre el fondo de la competencia, a pesar de que la sentencia recurrida había optado por declarar improcedente *ad limine* la demanda de amparo:

> «A juicio de este Tribunal, comparado el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, materia del amparo de autos, con la Ley N.° 29602, puede afirmarse que la imputación de inconstitucionalidad formulada por el recurrente se mantiene. En efecto, a pesar de que dicha Ley no declara al Señor de los Milagros Patrono del Perú, sino declara, en su artículo 1°, al '*Señor de los Milagros Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*', este mismo artículo seguidamente y sin hacer ya referencia a una confesión religiosa específica, lo declara también, de modo general, '*símbolo de religiosidad y sentimiento popular*' […], se entiende que del pueblo del Perú, por tratarse de una ley del Congreso de la República, que no especifica un ámbito de aplicación concreto.
>
> »En opinión de este Tribunal, de la demanda se desprende que lo que el recurrente considera lesivo es que por ley se declare como signo de identidad de toda la Nación (sea como *Patrono* en el Proyecto de Ley, como *símbolo* en la Ley) a un símbolo religioso católico, a pesar de la laicidad del Estado y de quienes, como él, no profesan la religión católica»[35].

Sin embargo, en mi opinión el contenido de la Ley N.° 29602 difiere de la propuesta original planteada por el Poder Ejecutivo. Mientras que el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE buscaba declarar al Señor de los Milagros sólo como Patrono del Perú, la Ley N.° 29602 realiza dos declaraciones del Señor de los

[35] STC 03372-2011-PA/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7.

Milagros: en primer lugar, como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*; y, en segundo lugar, como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*. No obstante, como se tendrá ocasión de exponer en las siguientes líneas, el Tribunal reduce su análisis sólo a la declaración del Señor de los Milagros como símbolo de religiosidad y sentimiento popular.

A continuación, el TC expresa la doble dimensión del derecho a la libertad religiosa –subjetiva y objetiva– en los términos a que se hizo referencia *supra*[36], a fin de determinar si la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular* afecta dicho derecho fundamental del recurrente.

Sobre el fondo de la controversia, el TC esgrime sus razonamientos señalando el carácter integrador que debe percibirse en los signos de identidad que suelen adoptar las organizaciones, aun cuando en su origen dichos signos respondan a factores en esencia religiosos. Asimismo, el TC resalta que en la sociedad peruana la Iglesia Católica es la confesión sociológicamente mayoritaria y presenta una influencia distinta a la que puede reconocerse a otras confesiones, al punto de ser reconocida constitucionalmente en el artículo 50 de la CPP. En esta línea expresa el TC:

> «Así se explica que diversos signos de identidad del Estado, como escudos o nombres de municipios o instituciones públicas, así como conmemoraciones o actuaciones institucionales (por ejemplo, la tradicional Misa y Te Deum por el aniversario de la independencia nacional) se encuentren vinculadas a la religión católica o resulte reconocible su origen religioso cristiano»[37].

Pero más allá de que varios signos de identidad de instituciones públicas –y también, valga decir, privadas– puedan tener su origen en la religión católica por ser ésta la religión mayoritaria y la más profundamente arraigada en la sociedad peruana, el TC sostiene que debe tenerse en cuenta si la declaración por Ley del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular* contiene un significado mayormente religioso, que no se ajusta al principio de

[36] Sobre este punto, nos remitimos a las ideas vertidas en el acápite 2. 1 del presente comentario.

[37] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 17. En similar sentido ya se había pronunciado el TC al afirmar que «no es extraño, sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la identidad que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen como elementos vivenciales de nuestra propia realidad. La fusión de tales elementos con lo que representa el Estado no hace otra cosa que reflejar parte de un decurso histórico imposible de ignorar por más neutralidad que se quiera predicar» (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 38).

laicidad del Estado, al proyectar una adhesión estatal a dicho contenido religioso[38]. En esta línea, el TC afirma:

> «Conviene tener presente en este análisis que el Estado ha declarado anteriormente un patrono religioso. Es el caso del Decreto Supremo N.° 0027-89-IN, que declaró a Santa Rosa de Lima *'Patrona de la Policía Nacional del Perú'*»[39].

Luego de estas premisas, el TC trae a colación en la sentencia la Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, haciendo especial hincapié en la Resolución Directoral N.° 1454/INC del Instituto Nacional de Cultura, por la cual se declaró la *Festividad del Señor de los Milagros* como *Patrimonio Cultural de la Nación*. Resulta particularmente relevante la cita hecha por el TC de uno de los fundamentos del acto administrativo mencionado, en el cual se expresa:

> «Alrededor de la fiesta religiosa católica, la fiesta popular se expresa en la música de claras raíces negras y mestizo-criollas, en el consumo de productos gastronómicos característicos y otras especialidades, como la cerería y la imaginería, que se agregan a la manifestación de misticismo religioso. Igualmente, como en otras ferias y festividades que ligan lo religioso y lo festivo popular, las corridas de toro de la 'Feria del Señor de los Milagros' o la 'Feria de Octubre' se han venido haciendo parte de la tradición.
>
> »Por estas características la Festividad del Señor de los Milagros, a través de un muy largo proceso, expresa la integración de diversas tradiciones culturales (afro-peruana, andina e hispanoamericana), en torno a la veneración de la imagen del 'Cristo Morado' y en torno a una fiesta popular que se ha convertido en parte de la tradicionalidad en el país»[40].

[38] Este razonamiento del TC sigue la línea marcada en la jurisprudencia constitucional española, en la cual se afirma que la adopción de determinado elemento de origen religioso como signo de identidad de una comunidad o institución no tiene por qué significar, en todos los casos, una merma al derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos ni al principio de laicidad. En concreto, la sentencia que ahora es objeto de análisis sigue la doctrina del Tribunal Constitucional español establecida en el marco de un proceso de amparo cuya finalidad era impugnar la declaración de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada como Patrona del Colegio de Abogados de Sevilla: «Debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso. […] Fácilmente se comprende que cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad» (STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011, fundamento jurídico 4).

[39] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 22.

[40] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 24.

Por estos motivos, el TC concluye que en la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular* hecha por la Ley N.° 29602, no predomina la significación religiosa católica de este símbolo, sino su significado secular, en armonía con el principio de laicidad del Estado. En opinión del TC:

> «La secular tradición del Señor de los Milagros constituye actualmente una expresión cultural, que se encuentra enraizada en la sociedad peruana […]. Por tanto, que se declare por ley al Señor de los Milagros como *'símbolo de religiosidad y sentimiento popular'* del Perú no representa una transgresión al principio de laicidad del Estado contenido en el artículo 50° de la Constitución»[41].

La conclusión a la que arriba el TC sobre este primer aspecto resulta correcta, pues la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*, en el fondo, no es más que la verificación de una realidad multisecular presente en la sociedad peruana; se trata de un hecho social, religioso en esencia, pero con una clara proyección cultural en el pueblo peruano. Si bien las actividades propias de esta tradición tienen su origen en una festividad religiosa católica, aquéllas son más que un acto de culto o devoción, pues representan una perfecta simbiosis de los elementos seculares y religiosos, cuyo resultado como factor cultural que se proyecta en la sociedad no puede ser desconocido por el Estado, antes bien, debe ser alentado en la medida en que forma parte de la cultura peruana.

El segundo aspecto sobre el cual el TC también debía emitir opinión es el referente a si la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular* resultaba atentatorio contra el derecho a la libertad religiosa, en su vertiente subjetiva, del recurrente, que afirma profesar la fe cristiana evangélica. Para el TC, la declaración realizada por la Ley N.° 29602 no supone violación ni amenaza alguna de violación a este derecho fundamental:

> «En nada perturba la capacidad del recurrente de autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, ni le obliga a actuar contra sus creencias religiosas, ni le impide la práctica de su religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión»[42].

En virtud de estas consideraciones, el TC declaró infundada la demanda de amparo, pues no halló elemento alguno de violación al principio de laicidad

[41] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 27.
[42] STC 03372-2011-PA/TC, fundamento jurídico 32.

–dirigido a tutelar la dimensión objetiva de la libertad religiosa, según doctrina del propio TC– ni al derecho a la libertad religiosa en su dimensión subjetiva, en la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*, realizada por la Ley N.° 29602.

Ahora bien, como se anotó *supra*, la ley mencionada realiza dos declaraciones del Señor de los Milagros: en primer lugar, como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*; y, en segundo lugar, como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*. Queda claro que el TC sólo analizó la segunda declaración, dejando fuera de su estudio la primera.

En mi opinión, no corresponde al Estado peruano declarar al Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*, pues dicha declaración presupone aceptar que la espiritualidad religiosa de la sociedad peruana es solamente la católica, cuestión que no es acertada. Si bien la religión católica sigue siendo la mayoritaria –de ahí que se hable de una confesionalidad sociológicamente mayoritaria católica– también existen otras confesiones religiosas que no pueden ser ignoradas por el Estado peruano en su proyección como sujetos colectivos de Derecho eclesiástico –más aún si muchas de ellas se encuentran inscritas en el Registro de entidades religiosas–, que influyen también en la espiritualidad religiosa peruana, determinando que ésta *no sea en su totalidad una espiritualidad religiosa católica*, como se reconoce en la primera parte del artículo 1 y con mayor énfasis en el artículo 2 de la Ley N.° 29602.

A mi juicio, la declaración del Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú* se opone al principio de laicidad estatal, implícitamente reconocido en el artículo 50 de la CPP, y cuyo alcance ha fijado el propio TC en los siguientes términos:

> «Conforme al cual el Estado declara su 'independencia y autonomía' respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular»[43].

Adicionalmente, debe resaltarse que no es competencia del Estado peruano actuar en nombre de la *espiritualidad religiosa católica del Perú*, esto es algo que corresponde a la propia Iglesia Católica, en concreto, a través de la Conferencia Episcopal Peruana. El Estado puede declarar a un símbolo religioso como *patrono del Perú*, determinar las festividades, religiosas o no, en el Perú, pero siempre dejando a salvo la necesaria independencia y autonomía entre lo civil y lo reli-

[43] STC 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 24.

gioso. El yerro estriba, entonces, en la consideración del Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*, realizada por el Estado, porque en este caso ha actuado en una materia para la cual no es competente. Conforme se ha venido diciendo, en virtud de la laicidad, el Estado no puede comportarse ni como sujeto de fe ante el fenómeno religioso, ni valorar en sí mismo el ideario religioso de cada confesión religiosa; ni atribuirse la representación de una confesión religiosa. Tan sólo le interesa reconocer lo religioso como factor social y como parte fundamental del bien común. En esta línea, el Estado no es competente para declarar a un símbolo religioso –el Señor de los Milagros– como patrono de la espiritualidad religiosa de los católicos en el Perú.

Considero que la situación sería distinta, compatible con el principio de laicidad, si el Estado peruano hubiera declarado al Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Popular del Perú*, o si hubiera mantenido la fórmula del Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE («Artículo 1.°- Declárese al "Señor de los Milagros" como Patrono del Perú») , ya que en ambas hipótesis el Estado actuaría dentro de sus legítimas competencias y no *en nombre de lo católico del Perú*.

3.3. El contenido del voto singular: breve reflexión sobre la laicidad y el laicismo

Vale la pena comentar el voto singular emitido por el magistrado Mesía Ramírez, en el cual se presenta una línea interpretativa del principio de laicidad distinta a la defendida por los demás magistrados en la sentencia principal.

El voto particular parte por reconocer que el artículo 50 de la CPP ha establecido el carácter laico del Estado peruano. El magistrado define al Estado laico, siguiendo la doctrina de Bidart, como aquel Estado que desconoce totalmente la presencia del factor religioso espiritual en el terreno social y político, al adoptar una postura indiferente y agnóstica, en síntesis, neutral absoluta:

> «Al Estado no le interesa lo religioso ni tiene por qué dar muestras o llevar a cabo exteriorizaciones normativas que impliquen un interés o una preferencia por un fenómeno religioso en lo particular.
>
> […] Lo religioso implica un tema personal donde el Estado no interviene en lo absoluto ni positiva ni negativamente. No promociona, no alienta, tampoco prohíbe ningún tipo de creencia salvo aquellas que estén reñidas con la paz o la seguridad […]. Se trataría pues de una libertad negativa en virtud de la cual la labor del Estado se circunscribe 'a un no hacer'»[44].

[44] STC 03372-2011-PA/TC, Voto singular.

Asumiendo esta perspectiva, el magistrado considera que la Ley N.° 29602 es inconstitucional ya que convierte a un símbolo de la Iglesia Católica en un conductor de todos los peruanos, quebrando la neutralidad que debe iluminar la actividad estatal.

Considero que las premisas del razonamiento de este voto singular son imprecisas. En concreto, el concepto utilizado de laicidad, sinónimo de una neutralidad absoluta e incluso de agnosticismo, siembra una fuerte dosis de confusión, al acercar peligrosamente la laicidad a su antónimo por excelencia, el laicismo.

Como se puso de relieve *supra*, el principio de laicidad en nuestros días, en países como el Perú, debe interpretarse en clave positiva, cuyo correlato inmediato es el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, sobre la base de que el fenómeno religioso es considerado un factor con utilidad civil. El propio TC ha comentado en su jurisprudencia este principio en los términos siguientes:

> «Según el principio de laicidad, el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos.
>
> »Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico»[45].

Asimismo, el máximo intérprete constitucional ha resaltado que el principio de laicidad debe ser interpretado positivamente, para no equipararlo erróneamente con el laicismo:

> «Esta radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso*. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado 'laicista', hostil a lo religioso»[46].

En el escenario jurídico español, es relevante la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de laicidad en la STC 46/2001, de

[45] STC 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 25.
[46] STC 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 28.

15 de febrero, en la cual puso de relieve que este principio ha de ser entendido en clave positiva para una efectiva vigencia del derecho a la libertad religiosa. De modo expreso, este Tribunal afirmó:

> «El contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 LOLR y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del mencionado art. 2 LOLR […]. Y como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones", introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que 'veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales' (STC 177/1996)»[47].

El principio de laicidad, entonces, no significa una ruptura absoluta entre los fenómenos secular y religioso; por el contrario, defiende una visión integradora de la realidad, en la cual el Estado, si bien no debe intervenir calificando como verdadera una religión particular ni ponerse al servicio de alguna confesión específica, ha de ocuparse del factor religioso en la medida en que se proyecta como factor social específico y contribuye al desarrollo de valores humanos compartidos por el orden secular y el orden religioso[48].

[47] STC 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4.

[48] Sobre el particular, es importante lo expresado en su momento por Juan Pablo II, quien al defender la necesaria distinción entre factor civil y factor religioso, indicó también que «distinción no quiere decir ignorancia. Laicidad no es laicismo. Es únicamente el respeto de todas las creencias por parte del Estado, que asegura el libre ejercicio de las actividades del culto, espirituales, culturales y caritativas de las comunidades de creyentes. En una sociedad pluralista, la laicidad es un lugar de comunicación entre las diversas tradiciones espirituales y la nación. Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, por el contrario, pueden y deben llevar a un diálogo respetuoso, portador de experiencias y valores fecundos para el futuro de una nación. Un sano diálogo entre el Estado y las Iglesias -que no son adversarios sino interlocutores- puede, sin duda, favorecer el desarrollo integral de la persona humana y la armonía de la sociedad» (Juan Pablo II, *Discurso a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede*, 12 de enero de 2004, en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/

Esto último es resaltado por Viladrich y Ferrer, en el contexto español, quienes sostienen que la «laicidad del Estado español significa también una *estimación positiva del factor religioso en el contexto general del bien común:* que los poderes públicos comprenden que la presencia y el reconocimiento del complejo de valores espirituales, éticos y culturales, ligados a la religiosidad de los ciudadanos y de las comunidades, son beneficiosos para la sociedad»[49].

Sin duda el principio de laicidad se asienta en la necesaria neutralidad que debe existir entre el Estado y las confesiones religiosas. Pero esta neutralidad debe entenderse en sus justos términos: un Estado neutral no es un Estado que se comporta *como si no existiera el fenómeno religioso*. La neutralidad significa que el Estado debe ser, de cara al fenómeno religioso, sólo Estado, es decir, no debe adoptar una actitud de tipo confesional, agnóstica o atea. Así pues, se opone tanto a la laicidad un Estado que realiza acciones para favorecer a una determinada confesión religiosa en desmedro de las demás, como un Estado materialista ateo, que busca hacer desaparecer o reducir al mínimo posible la proyección del fenómeno religioso en la sociedad. Por lo tanto, en un Estado laico «las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la neutralidad religiosa de los poderes públicos. De esta manera se debe rechazar cualquier interpretación que preconice una neutralidad como ausencia de cualquier muestra o indicio de religiosidad del ámbito público»[50].

Firmes estas consideraciones, debe defenderse entonces que el Estado peruano, como Estado laico, tiene el deber de desarrollar, a través de sus poderes públicos, cuantas acciones sean necesarias para reconocer el valor y los aportes generados por el factor religioso –en concreto, por los grupos, confesiones y entidades religiosas– en orden al bien común de la sociedad en su conjunto, así como para favorecer la proyección exterior del fenómeno religioso de modo que ésta sea efectivamente perceptible.

speeches/2004/january/documents/hf_jp-ii_spe_20040112_diplomatic-corps_sp.html (ubicado el 22 de julio de 2013).

49 P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores*…, cit., p. 98.

50 S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa del menor y simbología religiosa en la escuela*, en I. Martín Sánchez y M. González Sánchez (coords.), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid 2009, p. 339.

4. A modo de conclusión

La adopción de un símbolo religioso como signo de identidad de alguna institución, inclusive como patrono de inspiración para la actuación de sus miembros –si no todos, por lo menos la mayoría–, es una realidad frecuente en las sociedades[51]. Sin embargo, esta situación, al trasladarse al plano mayor del Estado, puede generar –como ocurrió en el conflicto que suscitó la sentencia ahora criticada– una confusión entre el derecho a la libertad religiosa que corresponde en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, y el deber estatal de relacionarse con las confesiones religiosas en un régimen de laicidad, basado en la neutralidad entre fenómeno social y fenómeno religioso.

A mi juicio, el punto de quiebre en estas situaciones es el modo de comprender la neutralidad propia de un Estado laico. Este concepto bien puede interpretarse de forma absoluta, como sinónimo de ausencia total de cualquier indicio de religiosidad en el ámbito público, o bien de forma matizada, admitiendo como válida la utilización de símbolos religiosos inclusive como signos de identidad en la forma de patronazgo, siempre y cuando en dicha utilización no predomine la connotación religiosa de tales símbolos. En el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el peruano, ciudadanos y poderes públicos deben contribuir para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, dentro de ellos el derecho a la libertad religiosa, para lo cual deben respetar y promover que el fenómeno religioso se proyecte en la sociedad.

No obstante, esta situación que parece clara se oscurece cuando el que recurre a un símbolo religioso para utilizarlo como *Patrón* o *símbolo* de la comunidad representada es el Estado –como ocurre con la declaración hecha por la Ley N.° 29602 del Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú* y *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*. En mi opinión, el Estado peruano no ha respetado a través de esta Ley la necesaria neutralidad para la vigencia del principio de laicidad, por lo menos no de forma íntegra, ya que ha asumido implícitamente que la espiritualidad religiosa de la sociedad peruana en su conjunto se encuentra alentada por la religión católica y que por

[51] Así ha señalado el Tribunal Constitucional español que «es propio de todo ente o institución adoptar signos de identidad que contribuyan a dotarle de un carácter integrador ad intra y recognoscible ad extra, tales como la denominación –elemento de individualización por excelencia–, pero contingentemente también los emblemas, escudos, banderas, himnos, alegorías, divisas, lemas, conmemoraciones y otros múltiples y de diversa índole, entre los que pueden encontrarse, eventualmente, los patronazgos, en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo» (STC 34/2011, de 28 de marzo de 2011, fundamento jurídico 4).

ello puede tomar como Patrono a una imagen religiosa católica: el Señor de los Milagros. Llama la atención que el TC no haya advertido esta situación, pues toda su argumentación jurídica la dirige al análisis de la declaración del Señor de los Milagros como *símbolo de religiosidad y sentimiento popular*, que –como se indicó *supra*– resulta perfectamente constitucional, al responder a la constatación de una realidad multisecular presente en la sociedad peruana, a un hecho social con una clara proyección cultural en el pueblo peruano, más allá de su origen religioso católico.

Considero que el TC ha dejado pasar una buena oportunidad para poner de manifiesto el límite entre la neutralidad, sustrato del principio de laicidad, y la decantación de una decisión pública a favor de una confesión religiosa determinada. Si bien la religión católica sigue siendo aún la mayoritaria en la sociedad peruana, el Estado no debe alinearse con ella, ni siquiera remotamente al recurrir a un símbolo religioso católico para declararlo como Patrón de la espiritualidad religiosa de los peruanos en su conjunto.

Finalmente, conviene resaltar que la declaración del Señor de los Milagros como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú* es distinta a la utilización de símbolos religiosos de origen cristiano católico en los lugares públicos, como sucede con la presencia de la biblia y los crucifijos en los despachos judiciales, cuestión que el TC en su momento resolvió como acorde al principio de laicidad estatal. Mientras que dichos símbolos religiosos no suponen una valoración religiosa por parte del Estado, ya que su presencia obedece a motivos de raigambre histórico tradicional[52], la declaración del Señor de los Milagros

[52] En palabras del TC, «si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica» (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento jurídico 44). De forma opuesta a la línea interpretativa del TC sobre este caso, y a mi juicio desde una perspectiva reñida con el auténtico sentido de la laicidad, se manifiesta Oporto Patroni: «Los edificios públicos –es decir, los lugares donde los órganos del Estado desempeñan sus funciones administrativas y de gestión– constituyen espacios íntimamente relacionados con la vida de la sociedad jurídicamente organizada. En consecuencia, el despliegue de simbología religiosa no puede permitirse en estos lugares, principalmente por el respeto del principio de pluralidad: el Estado reconoce la existencia de diversas expresiones del fenómeno religioso en condiciones de igualdad, sin mayor análisis valorativo sobre su relevancia histórica, cultural o moral. En el caso de edificios o espacios públicos, la sola presencia de estos símbolos sí tiene implicancias constitucionales y quiebra el principio de laicidad del Estado desde el momento en que solo se tolera la presencia de los símbolos de una religión. En ese sentido, […] la mejor manera de reafirmar la separación entre el Estado peruano y la Iglesia católica es a través del retiro de estos símbolos» (G. Oporto Patroni, *Simbología de origen religioso, Estado laico y derechos fundamentales. Comentarios a la STC Exp. N° 06111-2009-PA/TC*, en «Revista Jurídica del Perú», N.º 123 [2011], p.79).

como *Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú*, supone una injerencia del Estado en una cuestión que concierne propiamente a la Iglesia católica. El Estado no puede ni debe arrogarse una representación del Catolicismo en el Perú, que no le corresponde. Lo que resulta explicable en un contexto de Estado confesional[53], no se aviene con el solemne reconocimiento de la *independencia y autonomía* entre la Iglesia y el Estado que proclama el artículo 50 de la CPP. Sí habría resultado coherente con el principio de laicidad la declaración contenida en el Proyecto de Ley N.° 4022/2009-PE, del Señor de los Milagros simplemente como *Patrono del Perú*, porque ello sí que entra dentro de las competencias del Estado peruano, como sucedió en la declaración de Santa Rosa de Lima como Patrona de la Policía Nacional del Perú, en virtud del Decreto Supremo N.° 0027-89-IN.

[53] Desde el Reglamento Provisional de Huaura dictado por José de San Martín en el año 1821 hasta la Constitución de 1920, el Perú reconoció como religión oficial a la religión católica. A partir de la Constitución de 1933 el Estado peruano acoge el modelo de Estado aconfesional, que se ha mantenido hasta nuestros días, perfilado ahora de una manera positiva a la luz de los principios de laicidad y de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas.

Orden público y celebraciones religiosas. Comentario a la STC 3283-2003-AA/TC

Gonzalo Flores Santana
Profesor de Derecho eclesiástico
Universidad Católica San Pablo, Arequipa (Perú)
gafloress@gmail.com

Sumario:

1. *Antecedentes*
2. *Los antecedentes del hecho*
3. *Comentario de la sentencia*
4. *El principio de colaboración, eje de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado peruano*
   4.1. *El principio de independencia y autonomía jurídica*
   4.2. *El principio de incompetencia recíproca*
   4.3. *La colaboración mutua*
5. *La posibilidad de motivar las normas sobre la base de costumbres de raíz religiosa*

1. Antecedentes

El 29 de marzo del año 2001, la Municipalidad Provincial de Huancayo (Junín) dictó la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM, cuyo artículo 1 prohíbe la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde las 00:00 horas del Viernes Santo hasta las 06:00 horas del Sábado Santo

Las empresas *Taj Mahal Discoteque* y *El Jeque Discoteque* interpusieron una acción de amparo contra la mencionada Municipalidad, por considerar que al impedir el funcionamiento de sus establecimientos comerciales durante la Semana Santa, amenazaba sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Los demandantes alegaron que la Ordenanza impone la denominada *Ley seca* por razones religiosas a pesar que el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución se reconoce el derecho a la libertad de culto, imponiendo los dogmas

y costumbres de la Iglesia católica sobre todas las personas, creyentes, o no. También expresaron que de igual manera se restringe la libertad de trabajo y de empresa de quienes se ven obligados a acatar la Ordenanza, por lo que dicha norma es inconstitucional.

El proceso concluyó con la sentencia N.° 3283-2003-AA/TC, dictada por el Tribunal Constitucional que declaró infundada la acción de amparo por considerar que la Ordenanza fue emitida dentro de las facultades ediles de control o fiscalización municipal y gestión de los intereses propios de la colectividad.

2. Contenido de la sentencia

El Tribunal consideró que para dilucidar la controversia era necesario analizar tres aspectos: 1) las condiciones de procedibilidad de la demanda; 2) la determinación de las competencias de los gobiernos municipales respecto a las empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones; y 3) el carácter vinculante, o no vinculante, de las costumbres religiosas en la determinación de la limitación de algunos derechos constitucionales.

En razón al objeto del presente trabajo, solo detallaremos el análisis que realizó el Tribunal respecto del tercer punto referido al carácter vinculante o no vinculante de las costumbres religiosas. En los considerandos de la mencionada sentencia, sobre este tercer aspecto, destaca el desarrollo de dos grandes temas: 1) el contenido del derecho a la libertad religiosa; y 2) la protección del orden público.

El Colegiado inicia su análisis citando a algunos connotados especialistas en derecho constitucional, derecho eclesiástico y filosofía del derecho como son Carlos Santiago Nino, Javier Hervada y Gregorio Badeni, entre otros, indicando sus aportes sobre los conceptos de libertad y de religión, pasando a recordar el contenido de la libertad religiosa:

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.

A continuación se indica que el reconocimiento de la profesión religiosa genera por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. Finalizando con la indicación que dichas facultades generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación y desarrollando los mismos.

El Tribunal de esta manera va desarrollando el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, tal como es comprendido a nivel doctrinal. En esta lógica precisan que la libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, y que dicho derecho se expresa positivamente como el derecho a creer pero también el derecho a practicar lo que se cree. De esta forma el culto no puede ser reglamentado en cuanto a su contenido positivo, solo puede ser limitado en cuanto debe ser vedado si lesiona los derechos de terceros.

Acto seguido, la sentencia desarrolla los conceptos de Estado confesional y de Estado aconfesional, para luego explicar el rol de la Iglesia católica en nuestro país, y el reconocimiento que de ella se hace en el artículo 50 de la Constitución.

El numeral 25 de los considerandos de la sentencia, que a continuación transcribimos, resulta de particular importancia en el análisis del Colegiado para dilucidar si las costumbres religiosas tienen un carácter vinculante o no vinculante:

> «Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público».

Luego de este desarrollo conceptual que culmina con el conclusivo numeral transcrito, el Tribunal señala:

> «Ni en la parte considerativa, ni en la parte resolutiva de la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM, expedida por la Municipalidad Provincial de Huancayo, se aprecia como fundamento de la prohibición del consumo de licor durante la denominada Semana Santa, la invocación o justificación de las costumbres religiosas del lugar. Por el contrario, la *ratio juris* de dicha disposición se sustenta en la defensa del orden público» (n.° 27).

De este modo señala que el Estado puede limitar o restringir la libertad de los ciudadanos con el objeto de preservar valores como la paz o de principios como la seguridad, para evitar actos que los puedan afectar. Y en este caso con-

creto se consideró que era para resguardar el orden material (parte integrante del orden público).

Por lo antes indicado concluyen los magistrados, que la Ordenanza tuvo como fin contribuir a que las celebraciones de la Semana Santa se lleven a cabo en armonía con el orden material:

> «De allí que la prohibición de consumo de alcohol en esa particular circunstancia obtenga justificación jurídica» (n.º 30).

De esta forma, los miembros del Tribunal determinaron conceptualmente que lo que motiva la ordenanza es el resguardo del interés público y no motivos de índole religioso, señalando respecto al interés público que es lícito que un gobierno local busque asegurar la paz material, especialmente en aquellas situaciones en que podría ponerse en peligro el orden público.

3. Comentario de la sentencia

Es importante tener presente que esta sentencia fue una de las primeras que desarrolla con detalle los alcances de la libertad religiosa, desde el modelo constitucional peruano. Resulta novedosa en cuanto los Magistrados realizan un ejercicio didáctico para aclarar doctrinalmente los conceptos y principios que contiene dicho derecho humano, y se constituirá en un precedente para futuras sentencias, aun cuando este caso se haya dilucidado, luego del análisis realizado, que el asunto en controversia no versaba sobre un tema de libertad religiosa, sino más bien sobre la protección del interés público.

A este respecto, de la lectura de la sentencia se advierte que los miembros del Tribunal no tuvieron en cuenta o, al menos, no hicieron explícito, que la ordenanza es dictada sin ampararse en hechos precedentes que sirvieran de fundamento razonable para impedir –solo en uno de los días de la Semana Santa–, la apertura de bares y discotecas por ser causa de acciones que podrían poner en peligro la paz material. La prevención debía haber estado basada en comportamientos previsibles y demostrables. Hasta donde se desprende de la sentencia, el Municipio no puso sobre el tapete que en años anteriores hubo antecedentes de exceso de alcohol, en Semana Santa o en celebraciones análogas en otro momento del año. Asimismo, hubiera sido importante que la municipalidad sustente porqué no hubiera sido suficiente disponer de un resguardo policial que vele por la seguridad pública en caso de disturbios, sin tener que prohibir la apertura de locales de expendio de bebidas.

Resulta también llamativo que solo se prohibieran estas actividades durante el Viernes Santo y solo las seis primeras horas del sábado, denominado Sábado de Gloria. Si el objetivo era proteger la paz material, no se explica por qué hacerlo parcialmente, cuando el día jueves, el resto del sábado y el domingo se celebran actividades litúrgicas y espirituales de la misma importancia o valor que las del viernes, que también se podrían haber visto afectadas por la alteración del orden público.

Esta prohibición de 30 horas sin la debida sustentación, debilita el sentido de la Ordenanza porque reflejaría que no fue elaborada con un criterio técnico. Lo antes indicado lleva a preguntarnos si la protección del orden público fue la única motivación para dictarla, tal como se concluye en la sentencia bajo comentario.

El núcleo de la Semana Santa es el denominado Triduo Pascual, que se inicia el Jueves Santo y concluye con el Domingo de Resurrección. El Viernes Santo es un día de luto porque se conmemora la muerte de Jesús y conlleva en la práctica católica, la vivencia del ayuno y la abstinencia, siendo en muchos lugares del Perú un día de penitencia y reparación, que se hace explícito evitándose todo tipo de celebración festiva. Esta costumbre que ha ido perdiendo seguimiento en las grandes urbes de nuestro país, se encuentra aún muy arraigada en las provincias y zonas rurales, contrastando también con cierta costumbre, en dichos lugares, de aprovechar esta fecha para consumir alcohol de forma excesiva, en muchos casos por un sector de fieles que por modos ancestrales considera a la bebida un medio para vivir el luto propio del viernes Santo, provocando una distorsión de la experiencia religiosa católica.

Por lo antes señalado, consideramos que sería válido plantear la hipótesis de que el legislador municipal no solo tuvo como objetivo, al dictar la Ordenanza, garantizar la paz material sino también proteger la tradición cultural religiosa de Semana Santa.

Ante este escenario hipotético consideramos provechoso plantearnos qué razonamiento jurídico habría cabido, de haberse expuesto en la Ordenanza este objetivo adicional, a la luz del régimen establecido en nuestra Constitución.

La reflexión jurídica que debemos hacer partirá de preguntarnos si en un sistema aconfesional fundado en la independencia y autonomía del Estado y de la Iglesia y confesiones religiosas, es posible motivar ordenanzas u otras normas en criterios, costumbres o principios culturales de raíz religiosa. Para este fin, resulta esencial profundizar en el sistema de colaboración que ha adoptado el Perú, específicamente con la Iglesia católica, cuáles son sus alcances y qué compromisos conlleva para el Estado peruano.

4. El principio de colaboración, eje de las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado peruano

Para comprender los alcances de este principio en nuestro sistema jurídico, debemos partir por recordar que la relación entre el Perú y la Iglesia católica tiene cerca de quinientos años y ha pasado por distintos procesos históricos. Haciendo un balance general se podría decir que ha sido una relación fructífera dado que el acento de la reciprocidad ha estado puesto en el servicio a la persona y en la forja de la cohesión de la sociedad sobre fundamentos morales sólidos, elementos indispensables para el desarrollo de una sociedad sana y próspera.

El Perú tiene suscrito un Acuerdo Internacional con la Santa Sede que data desde el 19 de julio de 1980. Con la celebración de dicho tratado internacional el sistema de relación entre la Iglesia católica y el Perú tuvo una modificación sustancial, por cuanto culminó el sistema confesional y el Patronato, también conocido como Patronato Nacional.

Dado que es una relación paritaria, el Perú ha reconocido a la Iglesia como autónoma e independiente[1]. En razón de ello, el Estado peruano, aceptando el status internacional de la Iglesia católica –y por tanto el de ser una sociedad jurídicamente organizada–, se ha obligado a respetar su libertad de desenvolvimiento en aquellos asuntos que califiquen como propios.

Con la firma del Acuerdo y la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, empieza el sistema de relación actual denominado de colaboración, cuyos pilares son distintos a los del patronato. Este cambio de sistema no ha sido exclusivo del Perú sino que se ha producido de manera análoga en todos los países de Occidente con los que la Iglesia católica mantiene relaciones, salvo raras excepciones.

Esta relación de colaboración se venía dando en los hechos desde su origen. Las mismas partes declaran en la introducción del Tratado internacional que la cooperación ha sido tradicional y fecunda pero se daba en el marco de un sistema distinto. Al derogarse el patronato, el Perú teniendo en cuenta las nuevas condiciones históricas, rediseñó el sistema de relación con la Santa Sede, adoptando aquel sistema que reflejara el espíritu que los ha mantenido unidos durante siglos y que es la cooperación mutua.

En concreto, en el sistema de colaboración subyacen tres principios que constituyen los ejes de la relación entre el Perú y la Iglesia católica y que deben

[1] Acuerdo Internacional. Artículo I: «La Iglesia Católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía...».

ser respetados[2]. Estos son: independencia y autonomía jurídica, incompetencia recíproca y colaboración mutua.

4.1. El principio de independencia y autonomía jurídica.

Este principio expresa que tanto los Estados como la Iglesia católica son independientes y autónomos en su ámbito propio. Significa que la Iglesia es una sociedad jurídicamente organizada, autosuficiente e independiente, de modo que no está subordinada al Estado, en el terreno religioso y moral; y, por su lado, el Estado no está subordinado en el terreno político y social a la Iglesia[3].

De parte del Estado que es aconfesional, no implica que el factor religioso deba ser ignorado por éste, en razón a que dicho fenómeno constituye una dimensión fundamental de la persona. El Estado laico –rectamente entendido– tiene como fin el propiciar las condiciones para que la persona humana se desarrolle dignamente y, si bien su labor se centra en las realidades temporales, no puede ignorar aquellas otras realidades inherentes al ser humano, debiendo preocuparse porque sean debidamente atendidas (como, por ejemplo, garantizar la educación religiosa de los mismos en las escuelas públicas). En el Perú este principio se sustenta en el mismo artículo 50 de la actual Constitución Política. En el propio Acuerdo Internacional se indica en su primer artículo que la Iglesia católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía[4].

4.2. El principio de incompetencia recíproca.

Al consagrarse que el Estado y la Iglesia son independientes y autónomos entre sí, se implica que cualquiera de ellos es incompetente en el ámbito del otro. El Estado lo es en materia religiosa y la Iglesia en materia política. Pero su trabajo por la persona no debe verse como compartimentos estancos, o peor aún en oposición o enfrentamiento, sino más bien en una estrecha armonía y cooperación para lograr ambas el bien integral de las personas.

[2] Cfr. J. Hervada Xiberta, *Diálogo en torno a las relaciones Iglesia-Estado en clave moderna, en sus Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. II, Pamplona 1991, pp. 1160-1161.

[3] Cfr. L. Spinelli y G. Dalla Torre, *Il Diritto Pubblico Ecclesiástico dopo il Concilio Vaticano II,* Milano 1985, 2.ª ed., pp. 85-86.

[4] Se entiende que el Perú como país soberano también lo es, no siendo necesario mencionarlo en el Acuerdo porque no se encontraba ni se encuentra en discusión.

Al ser el Estado incompetente para pronunciarse sobre el contenido religioso, deberá dejar espacio libre a las instituciones religiosas para que cumplan su labor en la sociedad civil, y puedan ser factores en la construcción de la vida social.

4.3. La colaboración mutua.

Este principio encuentra su fundamento no en la confusión de intereses, ni en que la Iglesia puede ser entendida como instrumento auxiliar del Estado, ni viceversa[5], sino en que ambos sujetos, el Estado aconfesional o laico y la Iglesia, tienen la común vocación de servir al hombre, cada cual desde el ámbito que le es propio. Por tanto, los principios anteriormente mencionados (independencia jurídica e incompetencia recíproca) no conllevan separatismo o indiferencia.

Subyace entonces una concepción positiva del fenómeno religioso como un valor de la persona y de la sociedad que incide de manera positiva en la vida del Estado de muy diversos modos, lo que lleva a éste a colaborar con las Iglesias y confesiones religiosas en el común servicio a los hombres. En el orden público, esta colaboración mutua con la Iglesia católica puede revestir diversas formas, la más clásica es su plasmación en acuerdos o convenios que tienen el rango de tratados internacionales. Con las otras confesiones religiosas las relaciones se plasmarán en convenios de derecho interno o su actuar se regulará en leyes por carecer de esa personalidad internacional, no existiendo por tanto una razón de discriminación para esta diferenciación, sino una razón estrictamente jurídica.

La colaboración encontrará un motivo más patente en las llamadas *cuestiones mixtas* que son aquellos asuntos en que ambas sociedades tienen competencia: como por ejemplo la educación, la familia, etc., y se busca la colaboración de una con la otra para lograr de la manera más efectiva el bien de la persona.

Apreciamos que el artículo 50 de la Constitución peruana señala que el Estado peruano reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración[6]. Asimismo, el preámbulo del Acuerdo Internacional indica que el deseo de la Santa Sede y la República del Perú al suscribir dicho Tratado Internacional, es seguir garantizando la fecunda colaboración que se prestan la Iglesia católica y

[5] Cfr. V. Prieto Martínez, *Relaciones Iglesia-Estado La perspectiva del Derecho Canónico,* Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 2005, p. 109.

[6] Constitución Política del Perú. Artículo 50: «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

el Estado peruano. El artículo primero del Tratado lo hará explícito indicando que la Iglesia recibe del Estado la colaboración conveniente para la mejor realización de su servicio a la comunidad nacional.

Los ámbitos de colaboración de la Iglesia católica al Estado peruano se expresan en muchos campos como por ejemplo: la educación escolar pública y privada, la educación superior, la promoción de la salud a través de hospitales y demás establecimientos, la nutrición mediante comedores populares y programas de seguridad alimentaria, los programas de emergencia social, de prevención de desastres y reconstrucción social y económica[7], la implementación de bibliotecas y de centros culturales, la creación y dirección de puericultorios y asilos, la promoción de microempresas y microindustrias, el desarrollo agrícola, la formación integral en establecimientos públicos como centros penitenciarios y centros militares, la promoción del turismo con participación comunal, la promoción del arte constituyendo patrimonio cultural de la Nación, la tecnificación profesional a jóvenes y madres, etc, etc., que no sólo han permitido atender necesidades básicas de los peruanos en situación de emergencia[8], sino también promover el desarrollo humano y social de muchos habitantes de centros poblados[9].

De otro lado, el Estado peruano también brinda una colaboración económica a la Iglesia católica con asignaciones económicas a los Prelados y a las jurisdicciones que representan, así como exenciones tributarias.

Pero, la colaboración no solo se da en materia económica. Como bien ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0256-2003-HC/TC, el Estado debe generar las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa. Condiciones mínimas que se pueden dar a través de políticas y normas jurídicas de distinto rango.

7 Cáritas y otras instituciones de la Iglesia también promueven programas de reconstrucción por friaje e inundaciones en el sur del Perú comprendiendo Abancay, Chuquibambilla, Sicuani, Cusco, Puno, Juli y Ayaviri.

8 Históricamente la Iglesia católica siempre ha brindado una ayuda gravitante en todas las situaciones de emergencia social y económica que ha sufrido el Perú. Para citar algunos ejemplos se puede mencionar el colapso económico por la Guerra del Pacífico; el redoblamiento de la asistencia social que se brindó a los sectores de menores recursos por el paquete económico de 1990; o, la ayuda integral que viene dando a los damnificados del terremoto ocurrido el 15 de agosto de 2012.

9 Cfr. *Informe de la Conferencia Episcopal Peruana a la Secretaría Técnica del Acuerdo Nacional el 26 de diciembre de 2006*: «La Iglesia Católica trabaja permanentemente en una acción social que busca promover al ser humano, buscando su enriquecimiento como personas que descubren su dignidad y valor, a la vez que se les ayuda mejorando las oportunidades y condiciones de empleo y autoempleo, tecnificándolos. Especialmente a los jóvenes, a los agricultores de las áreas rurales altoandinas y a las mujeres, existen también proyectos para fomentar el turismo, desarrollar la pequeña y mediana industria etc.».

5. La posibilidad de motivar las normas sobre la base de costumbres de raíz religiosa

Explicado el sistema de cooperación que se aplica a las relaciones entre el Estado peruano y la Iglesia católica, corresponde ahora analizar si resulta compatible con el marco jurídico descrito, que una norma, en este caso una Ordenanza, pueda tener una motivación de raíz religiosa.

Como ya hemos indicado, el Estado está comprometido a generar las condiciones mínimas para que se materialice un recto ejercicio de la libertad religiosa por los individuos y las instituciones. Para lograr este propósito, una de los medios será emitir normas que permitan proteger o promover el ejercicio de dicho derecho.

En el caso que está bajo análisis, se puede constatar que la celebración de la Semana Santa constituye un hecho religioso de profundo valor para los fieles católicos, pero además ha adquirido un arraigo social y cultural de enorme magnitud, en la gran mayoría de pueblos de las distintas regiones del Perú. Al punto, que dichas poblaciones ya no se entienden sin dicha festividad, porque ha marcado su identidad y en muchos casos incluso, ha trascendido el interés local para pasar a convertirse en un lugar de interés turístico, como la Semana Santa en la ciudad de Ayacucho por dar un ejemplo.

Así como la Semana Santa, existen otras festividades y costumbres religiosas católicas que forman parte de la identidad del Perú, como es el caso de la procesión del Señor de los Milagros en el mes de octubre, o las distintas advocaciones Marianas a lo largo del país. Por ello y muchos otros aspectos vinculados a valores y principios de larga data, la Constitución reconoce que la Iglesia católica es un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral de la Nación.

Esto significa, como indica el propio Tribunal en su Sentencia 6111-2009-PA/TC, que dichos eventos si bien son religiosos, también revisten un carácter histórico y cultural, como lo son también las danzas y el arte de las culturas precolombinas que habitaron estas tierras antes de la llegada de la cultura occidental. Todo ello, que forma hoy parte de la identidad cultural del Perú, es sin duda un patrimonio que debe ser protegido por sus autoridades.

En ese sentido, proteger la recta vivencia de la Semana Santa en muchos lugares de nuestro país, no solo sería proteger una costumbre religiosa sino también velar y promover su patrimonio histórico y cultural. Por ello, consideramos que bajo el modelo constitucional peruano, señalado en el artículo 50 de la Constitución, sería perfectamente válido que una norma pueda tener como sustento y objetivo la protección y promoción de actividades que, si bien son

de naturaleza religiosa, se encuentran arraigadas en nuestra cultura y se han constituido en expresión de la identidad del Perú.

En el caso de la Ordenanza analizada por la sentencia bajo comentario, consideramos que si la Semana Santa en Huancayo, cumple con estos requisitos de arraigo y valor histórico y cultural, nada hubiera obstado para que el legislador señale en los considerandos de la norma, su interés de proteger los actos litúrgicos y espirituales propios de dichos días, lo que hubiera sido una razón, distinta pero complementaria a su objetivo de proteger la paz material. Como consecuencia de lo anterior, la protección buscada no tendría que haberse limitado al Viernes Santo y las primeras horas del Sábado de Gloria, sino a todos los días que componen el Triduo Pascual.

Un tema a analizar más a fondo es el impedimento de que discotecas y bares vendan licor esos días. Como hemos señalado anteriormente, la ordenanza no fundamenta adecuadamente por qué se adopta medida tan extrema. No se hace mención a precedentes de abuso en el consumo de alcohol que haya afectado el orden público, ni explica por qué no se utilizan otros mecanismos que podrían haber sido igual de efectivos como por ejemplo dotar de la debida protección policial las actividades más importantes de dicha semana.

Esto en cuanto al objetivo de preservar la paz material. Pero, ¿en el caso de la protección de la Semana Santa como patrimonio cultural e histórico de la ciudad de Huancayo, hubiera estado justificado prohibir la venta de alcohol?

Para responderlo, el análisis debe hacerse desde una óptica distinta que la del otro objetivo que buscaba preservar la paz. En este caso, lo que sería considerado un patrimonio histórico y cultural son las actividades propias de la Semana Santa, por lo que significan ellas mismas para la sociedad y el Estado. Dichas actividades, por la razón antes indicada, habrían adquirido un enorme valor por ser de interés público.

Asimismo, no hay que perder de vista que el Estado debe garantizar las condiciones mínimas para que la población pueda ejercer plenamente su libertad religiosa. En este caso, para que puedan vivir sin contratiempos su piedad católica. Siendo ello así, el consumo excesivo de alcohol podría constituir un factor de distorsión e incluso de desnaturalización de las actividades sacras, más aún si los consumidores de alcohol participan de las mismas y podrían generar desmanes debido a su estado etílico.

Por lo antes indicado, tendría una mayor justificación que el Estado protegiera actividades arraigadas en la cultura y de profunda importancia para un alto sector de la población, prohibiendo la venta de licor durante esos días, por ser de interés público su recta realización. De esta forma, se lograría preservar dichas actividades religiosas, culturales e históricas, conforme a su naturaleza y tradición.

La retirada de la autorización para enseñar religión católica. Resoluciones judiciales recientes en el Perú y marco doctrinal

Dr. Jorge Otaduy Guerín
Profesor ordinario de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Navarra (España)
jorotaduy@unav.es

Sumario:

1. *Itinerario judicial de la demanda*
2. *Cuestión central de la controversia*
3. *El modelo de la enseñanza religiosa escolar en el Perú*
4. *El modelo del régimen del profesorado de religión católica en el Perú*
5. *La configuración de la enseñanza religiosa y del régimen de su profesorado según el Derecho canónico*
   - 5.1. *La enseñanza religiosa*
   - 5.2. *Régimen del profesorado*
   - 5.3. *Calificación canónica del encargo del profesor de religión*
6. *La revocación de la licencia para enseñar*
   - 6.1. *Observancia de los requisitos fijados por la ley (canon 804 § 2)*
     - 6.1.1. *El testimonio de vida cristiana. Referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2007*
     - 6.1.2. *Control jurisdiccional de la decisión del Obispo según la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2007*
     - 6.1.3. *Interpretación alternativa del testimonio de vida cristiana en la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de abril de 2011*
     - 6.1.4. *La revocación de la licencia del Obispo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de mayo de 2012*
   - 6.2. *Observancia de las normas de procedimiento establecidas por el Derecho canónico*
7. *Reflexión conclusiva*

1. Itinerario judicial de la demanda

El Tribunal Constitucional del Perú admitió a trámite el recurso de agravio interpuesto por Melvin Rildo Céspedes contra la Sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de 23 de noviembre de 2009, que declaró infundada la demanda de amparo.

El actor ejerció durante quince años como profesor contratado de educación religiosa católica en centros docentes públicos[1]. En 2009, el Obispo de la diócesis retiró la autorización preceptiva, según el Derecho peruano, para ejercer como profesor de educación religiosa, decisión que fue recurrida ante la jurisdicción civil en demanda de amparo por violación del derecho al trabajo y del derecho a la libre contratación[2].

El Primer Juzgado Mixto de Huánuco, mediante Resolución de 31 de agosto de 2009, declaró fundada la demanda y reconoció el derecho del demandante a permanecer en su puesto de trabajo. No niega el Tribunal que el obispo diocesano tenga la facultad de presentar a los profesores de educación religiosa ante las instituciones públicas ni que la continuidad de estos se encuentre supeditada al mantenimiento de la aprobación episcopal:

> [Todo ello, sin embargo], «debe ser interpretado en concordancia con los principios constitucionales, pues de no ser así, el actuar del demandado [el Obispo] resultaría ser un acto enteramente discrecional en tanto devendría en un acto arbitrario, lo que supone un supuesto de desigualdad injustificada cuando no de discriminación, lo cual, de acuerdo con nuestra Constitución (art. 2, inciso 2) está proscrito».

[1] El actor participó en 2009 en un concurso público para obtener una plaza de profesor contratado de religión en secundaria y superó la prueba.

[2] El tenor literal del Decreto mediante el que el Ordinario retira al profesor la autorización es el siguiente:
DECRETO OBISPAL N.º 002-2009
«Considerando:
»Que, según el Canon 804, se faculta al Obispo u Ordinario del lugar a ejercer vigilancia sobre la educación religiosa en su Diócesis, a cargo de un designado o representante con funciones a atribuciones (sic) conferidas por la Iglesia.
»Que, el Acuerdo entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, Decreto Ley 23211-80, en su artículo 19º faculta al Obispo del lugar, a otorgar licencia a los profesores de Religión de todos los Centros Educativos del país y en todas las modalidades educativas que los acreditan ante la autoridad educativa como personal de confianza;
»Que, de acuerdo a los acontecimientos registrados que obran en poder del Obispo y prueban que el profesor Melvin Rildo Céspedes Sobrado ha incurrido en falta grave y anti-testimonio cristiano
»SE RESUELVE:
»RETIRAR en forma definitiva la licencia que le autoriza desempeñarse como profesor de Educación Religiosa, por encontrarse suficientes argumentos para quitarle la confianza.
»De acuerdo a lo indicado el profesor Melvin Rildo Céspedes Sobrado no podrá ejercer como docente de religión, en todo el ámbito de la Diócesis de Huánuco».

Denuncia la Sala seguidamente la ausencia de motivación de la decisión episcopal así como la falta de prueba de los hechos imputados[3]. La retirada de la licencia, además, constituye, según su parecer, una sanción no sustentada en una norma, por lo que resultaría contraria al principio de legalidad. Tampoco se ha justificado –continúa– la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, principios de obligada observancia, que actúan como límite de la arbitrariedad.

La Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia revocó la apelada y declaró infundada la demanda. A su parecer, la prerrogativa concedida a los obispos de otorgar licencia eclesiástica a nombre de la Iglesia católica, como requisito indispensable para que los profesores de educación religiosa ejerzan su tarea, implica que el cargo es de confianza. Y añade:

> [Corresponde exclusivamente] «a la potestad autónoma de la Iglesia delimitar los modos, procedimientos y parámetros convenientes de la enseñanza religiosa, en base al criterio dogmático o de fe de la religión católica a nivel mundial, regulado por el Derecho canónico; y en donde el Estado no tiene injerencia».

Añade aún la Sala que la retirada de la confianza por parte del Obispo al profesor de religión, según los términos en que aparece reconocida en el Ordenamiento:

> «No contiene la obligación formal de motivar la decisión del representante eclesial (Obispo), ni mucho menos la de habilitar, previo a la decisión, un procedimiento disciplinario o sancionador, como requisito *sine qua non* para hacer uso de las facultades que le otorga el Tratado».

Por lo tanto, concluye:

> «No puede invocarse pautas jurídicas del ordenamiento interno del Estado, con la finalidad de interpretar los términos de un Tratado o condicionar su aplicación, ni mucho menos justificar su eventual incumplimiento».

Residenciada la causa en el Tribunal Constitucional, el actor presentó con fecha 6 de marzo de 2012 escrito de desistimiento del Recurso de Agravio, que fue aceptado mediante Resolución del Tribunal del 15 del mismo mes y año, poniendo así punto final al proceso de amparo.

[3] La lectura del Decreto permite comprobar que no se indican –siquiera de modo sintético– los motivos de la decisión, sino que se habla genéricamente de *falta grave* y de *antitestimonio cristiano* derivado de la desconocida conducta el demandante. Del desarrollo del proceso se colige que no se aportaron pruebas convincentes de los actos imputados al actor.

2. Cuestión central de la controversia

La falta de pronunciamiento del Tribunal Constitucional amplía en cierto sentido el espacio de nuestra reflexión, al no hallarnos vinculados por un texto específico del alto intérprete de la Constitución. Por otra parte, las resoluciones inferiores no carecen de valor, pues los tribunales de la justicia ordinaria también actúan mediante el proceso de amparo en la tutela de los derechos constitucionales, aunque siempre en lógica subordinación al órgano que ostenta la más alta cualificación en la materia. En efecto, como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional:

> «En un Estado como el peruano, acorde con el modelo de Justicia Constitucional dual o paralela que reconoce nuestra Carta Política, la responsabilidad de defensa de la norma fundamental no sólo recae en este supremo intérprete de la Constitución, como parece obvio decirlo, sino también en la justicia ordinaria. Mientras que el Poder Judicial es el juez natural de los derechos fundamentales, en tanto conoce de los procesos de tutela desde sus primeras etapas, el Tribunal Constitucional es el juez excepcional de los derechos, en tanto su intervención se produce sólo cuando la tutela a nivel judicial no ha sido posible» (Exp. N.º 06111-2009-PA/TC. Fundamento 4).

En el caso que estudiamos, el recurrente denuncia la violación del derecho al trabajo y a la libre contratación, sin referirse a la lesión de la libertad de religión. En el fondo de asunto hay, sin embargo, un elemento religioso. La retirada de la licencia se funda sobre una motivación de esta naturaleza –cosa distinta es que en el curso del proceso no llegara a demostrarse– y no responde a una cuestión meramente laboral. La libertad religiosa del recurrente se ve afectada, así como la de la propia Iglesia, que es también titular de esta libertad en su dimensión colectiva. La estrategia procesal, con todo, aconseja seguir una u otra vía para la defensa de los propios intereses, y en este caso la parte recurrente se ha inclinado por invocar a su favor el derecho al trabajo. Pero ello no excluye la raíz religiosa del conflicto.

Después de la sucinta descripción de los hechos y de los fundamentos jurídicos de las dos resoluciones objeto de análisis, tratemos de fijar el *dubium* del proceso para sugerir las pautas de la resolución del caso.

A mi parecer, el núcleo de la controversia se encuentra en determinar si la jurisdicción del Estado puede someter a control la decisión del Obispo de retirar la licencia docente a un profesor de religión católica en la enseñanza secundaria; y en caso afirmativo, en qué grado.

La cuestión no admite una respuesta en abstracto o universal, sino que ha de encontrarse en las normas específicas del estatuto del profesor de religión en un concreto ordenamiento jurídico positivo. Téngase en cuenta, además, que el

régimen jurídico del profesorado de religión depende en gran medida del modelo de enseñanza religiosa establecido en cada nación. Por tales motivos, me parece que el precedente lógico del análisis crítico de las sentencias referidas es la reflexión sobre los dos aspectos enunciados, comenzando por el de alcance más general, a saber, el modelo de enseñanza religiosa escolar que establece el Derecho peruano, para continuar seguidamente con el relativo al modelo del régimen del profesorado.

3. El modelo de la enseñanza religiosa escolar en el Perú

No es mi propósito exponer detalladamente el régimen jurídico de la enseñanza religiosa escolar en el Perú, sino detectar los principios y normas fundamentales determinantes del modelo para interpretar adecuadamente las opiniones de la jurisprudencia que están en el origen de estas reflexiones.

Pues bien, una primera afirmación constitucional relevante se encuentra en el artículo 3, según el cual:

> «La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana».

Una formación plena, objetivo último de la enseñanza según la Constitución peruana, comporta la apertura a la trascendencia, lo que justifica y reclama la presencia del elemento religioso en el marco de sistema educativo. La Constitución, en efecto, da cabida a la educación religiosa y a ella, como realidad pacíficamente asumida y de ninguna manera polémica o discutida, se refiere el artículo 14, según el cual:

> «La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias».

Lo peculiar o específico de esta enseñanza, correspondiente a la dimensión espiritual de la persona, es la voluntariedad con la que se recibe, manifestación particular del derecho de libertad religiosa, que el artículo 2.3 formula en términos generales:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual y asociada».

El artículo 8 de la Ley N.º 29635, de Libertad Religiosa, de 2010, por su parte, precisa el alcance del respeto de la libertad de las conciencias en el ámbito educativo cuando señala:

> «Las instituciones educativas, en todo sus niveles y modalidades, respetan el derecho de los alumnos a exonerarse de los cursos de religión por motivos de conciencia o en razón de sus convicciones religiosas sin verse afectado su promedio académico».

Inseparable de la libertad religiosa es el principio de laicidad del Estado, que encuentra fundamento en el artículo 50 de la Constitución del Perú. Se trata de una clara y respetuosa fórmula de distinción entre los ámbitos propios del Estado y de las confesiones religiosas, a la vez que propone la colaboración entre ambas instituciones:

> «Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del país, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas».

El amplio espacio que el Derecho peruano reserva a la libertad de elección en la esfera educativa se expresa rotundamente en el artículo 13 del texto constitucional, que establece el deber de los padres de educar a sus hijos «y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo».

Una derivación –particularmente relevante para nuestro estudio– de esta amplísima facultad paterna se localiza en el artículo 3.d de la Ley N.º 29635, de Libertad Religiosa:

> [Que garantiza el derecho de toda persona] «a elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Este derecho al que acabo de referirme ofrece, a mi juicio, el fundamento jurídico más importante del fenómeno de la enseñanza religiosa escolar. En ocasiones, esta actividad viene presentada equívocamente como una facultad reconocida en favor de las confesiones religiosas, si no es que se califica como un *privilegio* de la Iglesia. Ciertamente, la libertad colectiva de las iglesias y grupos religiosos es una realidad merecedora de protección y que encuentra reconocimiento en las normas de un sistema jurídico democrático como el peruano. El artículo 2.3 hace notar que la libertad religiosa se puede ejercer no solo en forma individual sino también asociada, y la Ley N.º 29635, de Libertad Religiosa, por su parte, ratifica el derecho colectivo de las entidades religiosas «a divulgar y propagar el propio credo» (artículo 6.d).

Sin embargo, y es lo que pretendo subrayar en este momento, la institución de la enseñanza religiosa escolar no responde a la necesidad primaria de satisfacer el derecho de las confesiones ni es una consecuencia del deber de colaboración con las iglesias asumido por el Estado en el artículo 50 de la Constitución sino que deriva primariamente, como ya se ha hecho notar, de un derecho del que son titulares las personas, en este caso los estudiantes o quienes ejercen su patria potestad.

A la vista de las normas constitucionales y legales enunciadas, nada extraña que el Acuerdo celebrado entre el Estado peruano y la Santa Sede en 1980 se refiera a la asignatura de religión como *materia ordinaria* (artículo 19) dentro de los planes de estudio oficiales vigentes en el Perú. La enseñanza religiosa escolar se concibe, en suma, como una asignatura que forma parte del currículo académico, impartida en condiciones de igualdad con las restantes de carácter fundamental.

4. El modelo del régimen del profesorado de religión católica en el Perú

El estatuto jurídico del profesorado de religión depende en gran parte, como he advertido antes, del modelo de enseñanza religiosa. De tal manera que una asignatura de religión extracurricular impartida fuera del horario lectivo apuntaría, probablemente, hacia un régimen de libre acceso del profesorado al centro, del que no se seguiría relación jurídica entre el personal docente y la entidad escolar; una enseñanza religiosa considerada materia ordinaria –como es el caso del Perú– conduciría probablemente hacia formas de integración del profesorado en el sistema educativo y al establecimiento de una verdadera vinculación jurídica entre los docentes y la autoridad escolar.

Ciertos términos empleados por la legislación peruana en la materia confirman que el modelo previsto para el profesorado de religión católica responde al esquema de integración en el centro y a la configuración de una relación de servicios estable y bien delimitada jurídicamente[4].

Orientan en esta dirección las expresiones literales del artículo 19, inciso 3, del Acuerdo vigente entre el Estado peruano y la Santa Sede, según el cual:

[4] El recurrente, como se ha dicho, participó en un concurso público para su contratación, superando la prueba.

> «Para el nombramiento civil de los profesores de Religión Católica de los centros educacionales públicos, en los que continuará impartiéndose, como materia ordinaria, la enseñanza religiosa, se requiere presentación del Obispo respectivo. El profesor de Religión podrá ser mantenido en su cargo mientras goce de la aprobación del Obispo».

La referencia al *nombramiento civil* de los profesores de religión pone significativamente de manifiesto que la relación jurídica de este personal traspasa la frontera canónica para penetrar en la esfera del Ordenamiento secular, como corresponde a la realidad de que es en el seno de una institución civil donde se desarrolla de modo efectivo la acción educativa. Difícilmente la asignatura de religión católica mantendría la condición de materia ordinaria que el Derecho peruano le otorga si la docencia fuera dispensada por un tipo de personal eventual, que pudiera ser considerado ajeno al centro o *venido de fuera*. La naturaleza confesional de la disciplina, por otra parte, no solo justifica sino que reclama la intervención del Obispo en el momento de la selección del candidato y durante el decurso de la relación, de donde se sigue la ineludible *presentación* de la autoridad, así como su anuencia acerca de la idoneidad religiosa del docente para que éste pueda continuar desempeñando el cargo.

5. La configuración de la enseñanza religiosa y del régimen de su profesorado según el Derecho canónico

La esquemática alusión a los *modelos* vigentes en materia de enseñanza religiosa escolar y de su profesorado, perfilados por las normas básicas del Derecho peruano, permite comprobar su congruencia sustancial con la concepción de la Iglesia católica sobre la misma materia, que se expone seguidamente, porque constituye un elemento decisivo para la interpretación del sistema. En efecto, mediante el Concordato las instituciones canónicas se reciben en el ordenamiento del Estado de acuerdo con su propia naturaleza, mientras no se establezcan salvedades o reservas en el Tratado. El intérprete de la ley –incluido el juez constitucional del Estado– ha de conocer y tomar en consideración la realidad canónica previa para la correcta comprensión de la figura en sede civil. Se comprende, entonces, que la exposición que sigue no es un mero ejercicio de erudición ni una referencia más o menos oportuna a una solución determinada de Derecho comparado, sino que refleja la mente de una de las partes del Tratado acerca de una de las instituciones jurídicas objeto del pacto, y cuyo conocimiento deviene un elemento necesario para su adecuada interpretación.

5.1. La enseñanza religiosa

La Iglesia entiende que –aparte la libertad de ejercer por sí misma tareas de formación académica y profesional en el ámbito secular, como un sujeto más de la sociedad civil– cuenta con unas competencias específicas –y en cierto sentido exclusivas– sobre la enseñanza religiosa católica. El Código de Derecho Canónico, en efecto, contiene las siguientes afirmaciones sobre el particular:

> «Depende de la autoridad de la Iglesia la enseñanza y educación religiosa católica que se imparte en cualesquiera escuelas» (c. 804 § 1).
>
> «Cuide el ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza religiosa en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica» (c. 804 § 2).
>
> «El ordinario del lugar, dentro de su diócesis, tiene el derecho de nombrar o aprobar los profesores de religión, así como de remover o exigir que sean removidos cuando así lo requiera una razón de religión o moral» (c. 805).

El legislador canónico no habla aquí de la educación en general, que es competencia de la sociedad civil aunque de interés también para la Iglesia en virtud de diversos títulos, de índole natural y sobrenatural. En los cánones citados se alude a la enseñanza específicamente religiosa, que la Iglesia reconoce como tarea propia *ratione materiae* y para la que reclama una competencia exclusiva e irrenunciable, sea cual sea la naturaleza de la escuela en la que se imparta. No cabe conflicto con el ordenamiento estatal. En una lógica de libertad religiosa la pretensión canónica es irreprochable: ¿qué Estado no confesional podría alimentar algún tipo de interés por controlar –fuera de los aspectos de orden público– los contenidos de los programas, los métodos didácticos o la cualificación religiosa de los docentes de una asignatura de índole confesional?

La reivindicación eclesial del principio de competencia exclusiva sobre la enseñanza religiosa católica no resulta caprichosa, sino que se funda sobre la realidad de la conexión que ésta mantiene con la misión de transmitir la verdad revelada que corresponde a la Iglesia. Aunque la enseñanza de la religión en el marco escolar no es una acción que implique, explícita y formalmente, un acto de transmisión de la palabra divina –calificación reservada a la predicación y a la catequesis, como manifestaciones específicas del ministerio de la palabra– «puede implicarla, y de hecho así lo hace, desempeñando un papel de primer plano en la formación de la opinión y de la conciencia, particularmente en la sociedad contemporánea»[5].

[5] J. L. Illanes, *Teología y facultades de teología,* Eunsa, Pamplona 1991, p. 26.

La enseñanza religiosa escolar no se confunde con la catequesis –actividad conectada con el ejercicio jerárquico del *munus docendi*– pero tampoco se reduce a una actividad destinada a la transmisión de unos meros contenidos culturales. La enseñanza religiosa escolar trata de dar a conocer lo que constituye la identidad del cristianismo, subrayando el aspecto de la racionalidad; sin embargo, cuando se dirige a creyentes, no puede dejar de reforzar su fe, como, a su vez, la experiencia religiosa de la catequesis refuerza el conocimiento del mensaje cristiano[6].

5.2. Régimen del profesorado

La regulación jurídica del estatuto de los profesores de religión resulta, como se viene advirtiendo de manera reiterada, una derivación de la fisonomía propia de la enseñanza religiosa escolar, pues éstos son los agentes de una actividad configurada por la jerarquía religiosa y reconocida como tal por el Derecho del Estado.

No puede afirmarse que el Código de Derecho Canónico haya establecido propiamente un *estatuto jurídico de los profesores de religión* preciso y suficientemente desarrollado. Los cánones 804 y 805 apenas enuncian los principios básicos sobre el particular: 1) Dependencia de la autoridad de la Iglesia de la enseñanza y educación católica; 2) Cualidades del profesorado de religión católica: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica; y 3) Derecho del ordinario de nombrar o aprobar los profesores de religión así como de remover o exigir que sean removidos cuando lo requiera una razón de religión o moral. Estos principios –como corresponde a su naturaleza normativa– acotan los márgenes del régimen canónico, pero no determinan unívocamente los perfiles de la relación jurídica resultante en los diversos ordenamientos jurídicos civiles.

La parquedad normativa no ha de interpretarse en este caso como resultado de la desidia del legislador canónico, sino que responde más bien a la autoconsciencia de la Iglesia del limitado ámbito de competencia de su propio ordenamiento sobre la relación jurídica de los profesores de religión, que presenta una doble vertiente, canónica y civil, no estrictamente equiparables. En efecto, la relación jurídico-canónica que vincula al profesor de religión con el Obispo no es autónoma o autosuficiente, en cuanto que está destinada a integrarse en otra relación jurídica, de carácter civil, pues la actividad que tiene por objeto se desarrolla en el ámbito secular. La relación canónica se subordinada

[6] Más ampliamente sobre la enseñanza religiosa escolar según el pensamiento de la Iglesia en J. Otaduy Guerín, *La enseñanza religiosa escolar durante el pontificado de Juan Pablo II*, en «Anuario de Historia de la Iglesia», 15 (2006), pp. 111-126.

intrínsecamente a la relación civil –es de naturaleza instrumental– y al mismo tiempo tiene carácter previo respecto de aquélla. La relación jurídico-canónica es el presupuesto de la relación civil. La *parcialidad* y *falta de plenitud* que por su propia naturaleza denota no está reñida con su condición de elemento esencial de la relación plena. Ciertamente, sin el horizonte de la relación civil en la que incide, la relación canónica entre el profesor de religión y el ordinario resultaría ineficaz, pero sin ella la relación civil no se constituye; y si la relación canónica desaparece, la civil decae[7].

Ambas relaciones, en suma, se reclaman mutuamente, si bien, una vez integrada la relación plena, despliega sus efectos propios –la efectiva impartición de la enseñanza religiosa escolar– en la esfera civil. En este sentido, es lógico que la mayor parte de la regulación jurídica corresponda al Derecho del Estado. La dependencia que la Iglesia reclama de la enseñanza y educación religiosa católica que se lleva a cabo *en cualesquiera escuelas* (canon 804 § 1) –es decir, también en aquéllas de titularidad no eclesiástica– no se extiende a las cuestiones de tipo organizativo, sino a lo que podríamos llamar *los aspectos espirituales* de la prestación profesional. Éstos consisten, fundamentalmente, en los *contenidos* de la enseñanza religiosa y en las *orientaciones* y *modo de ejercicio* de la docencia, en la medida en que guarden relación con la competencia específica de la autoridad de la Iglesia, que es la salvaguardia de la *genuinidad* católica de la enseñanza. En definitiva, la contención normativa del Código de Derecho Canónico en la materia podría responder al prudente propósito de facilitar la adaptación de los concretos regímenes de Derecho particular a las soluciones que, en cada lugar, resulten más congruentes con lo que establezcan los ordenamientos estatales.

La perspectiva de la relación jurídica del profesor de religión como *de doble vertiente*, según se ha expuesto aquí, puede ayudar a enfocar con más nitidez situaciones difíciles de resolver con los criterios teológico-pastorales al uso, o mediante la aplicación unilateral e irrespetuosa del Derecho administrativo del Estado.

5.3. Calificación canónica del encargo del profesor de religión

Desde la perspectiva canónica –con independencia de su calificación civil–, la docencia religiosa constituye un *munus* eclesial, que justifica la designación del candidato por parte del ordinario. A mi juicio, éste habría de designar mediante decreto al profesor destinado a la enseñanza religiosa escolar, aunque tal *munus* no constituya un oficio eclesiástico.

[7] He desarrollado estos argumentos en J. Otaduy Guerín, *Relación jurídica de los profesores de religión en España. La dimensión canónica*, en «Ius Canonicum», 46 (2006), pp. 445-484.

La doctrina canónica discute acerca del grado de vinculación del docente de religión católica con la jerarquía en los niveles inferiores de la enseñanza, que sería diferente según se articulara la dependencia mediante la concesión de una *missio canonica* o de un mandato. Personalmente, me inclino a favor de la tesis del mandato, que me parece figura mejor acomodada para la regulación de la actividad de los docentes de ciencias sagradas, en general, aunque no es el momento de detenerse en los detalles de este debate. Los profesores de teología católica, en efecto, aunque ejerzan su actividad en estructuras civiles –universidades o centros educativos de otra naturaleza, privados o públicos– desarrollan sin duda una función eclesial y se encuentran, en ciertos aspectos, sujetos al ordenamiento canónico. Tales profesores no forman parte de la organización de la Iglesia, ni su actividad entraña el ejercicio de la potestad sagrada. Desarrollan una actividad profesional en virtud de su competencia propia en el ámbito científico, que resultaría ajena a la Iglesia si no fuera porque «se presentan autorizadamente como docentes de una disciplina, teología católica, cuyos confines, según esa misma teología, no son determinables según el juicio particular de los cultivadores de la ciencia, sino que es una función de quien ejerce en la Iglesia la función de magisterio»[8].

El concepto que el Código de Derecho Canónico utiliza para referirse a la concesión del encargo docente relativo a las ciencias sagradas es el *mandato*. Esta figura se utiliza, estrictamente hablando, en el ámbito de la enseñanza superior. Así aparece en el Canon 812:

> «Quienes explican disciplinas teológicas en cualquier instituto de estudios superiores deben tener mandato de la autoridad eclesiástica competente».

El canon 229 § 2, por su parte, reconoce a los laicos:

> «El derecho a adquirir el conocimiento más profundo de las ciencias sagradas que se imparte en las universidades o facultades eclesiásticas o en los institutos de ciencias religiosas, asistiendo a sus clases y obteniendo grados académicos».

Y añade en el párrafo siguiente:

> «Ateniéndose a las prescripciones establecidas sobre la idoneidad necesaria, también tienen capacidad de recibir de la legítima autoridad eclesiástica mandato de enseñar ciencias sagradas».

[8] J. Hervada, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001, p. 138.

La conexión del mandato con la actividad académica en los grados más altos también resulta clara en este pasaje codicial.

No hay duda de que mediante el mandato se oficializan, de alguna manera, las obligaciones deontológicas que tal encargo lleva consigo, pero de ahí no se sigue, a mi parecer, una actuación del profesor *in nomine Ecclesiae*. El profesor no se convierte automáticamente y de manera necesaria en un enviado de la Iglesia o en un representante del obispo que le confiere el mandato.

En la esfera de la enseñanza en niveles inferiores la dependencia del profesorado se acentúa en comparación con la específica del nivel universitario, pero, a mi juicio, ello no permite hablar de una transformación de la figura del mandato en *missio canonica*. En los niveles inferiores, en efecto, la garantía de la catolicidad no se rige exactamente conforme a los baremos propios del nivel superior. Este es el motivo por el cual el Código de Derecho Canónico no menciona explícitamente la figura del mandato cuando trata de los profesores correspondientes a los grados educativos inferiores. El mandato hace referencia al respeto de la ortodoxia católica desde el punto de vista, sobre todo, de los contenidos doctrinales, de manera que no pase por enseñanza católica lo que no sea congruente con lo que el magisterio proclama. El mandato que recibe el profesor universitario, sin embargo, no condiciona el método, ni los programas, ni los objetivos, ni el estilo de la docencia, siempre que estos elementos no den lugar a una incompatibilidad con la doctrina de la Iglesia, lo que, en principio, parece difícil que suceda. Son aspectos amparados por la libertad de cátedra, que en el ordenamiento canónico encuentra ciertas equivalencias en la libertad de investigación, reconocida como uno de los derechos fundamentales del fiel en el canon 218. Como ya he hecho notar, los dos únicos cánones que mencionan el mandato de enseñar –cánones 812 y 229– se refieren al ámbito de la enseñanza superior. En los niveles inferiores no se habla de mandato porque la dependencia del profesorado respecto de la autoridad eclesial es mayor. Aquí no se considera suficiente la garantía de una catolicidad estricta o exclusivamente doctrinal; la *catolicidad* no quedaría salvaguardada simplemente por el hecho de que una tesis teológica sea susceptible de interpretarse de manera congruente con el magisterio, como podría estimarse allí donde el experto proyecta los resultados de su investigación en un ámbito de especialistas. La intervención de la autoridad eclesiástica en los niveles inferiores se extiende, en definitiva, a otros aspectos de la actividad del profesor de religión, como también la autoridad educativa secular, por su lado, incide drásticamente sobre la acción, contenidos y métodos de todos los docentes, sin estimarse lesionado por ello el derecho de libertad de cátedra que a todos ellos asiste. En el ámbito universitario tales intromisiones no serían tolerables. Pero, repito, la mayor dependencia del profesor de religión católica respecto de

la autoridad eclesial en los niveles inferiores no modifica *el rango canónico* de su presencia en el seno de la institución escolar civil, ni se transforma en un *enviado* de la Iglesia. Su vinculación continúa respondiendo a la realidad del mandato recibido y no a la correspondiente de una *missio*.

6. La revocación de la licencia para enseñar

La referencia a los perfiles esenciales del modelo de enseñanza religiosa escolar y de su profesorado, según el Derecho peruano, así como la exposición de la concepción canónica sobre la materia, prestan los apoyos suficientes para realizar el análisis crítico de las resoluciones judiciales específicamente relativas al caso de la revocación de la licencia para enseñar religión, cuyos elementos esenciales –de hecho y de derecho– han sido enunciados al inicio de estas páginas.

La resolución de 31 de agosto de 2009, del Primer Juzgado Mixto, identifica correctamente, según mi parecer, el fondo de la controversia, a saber: si la intervención del Obispo que propone la persona autorizada para recibir el nombramiento civil como profesor de religión –o que retira la licencia concedida– debe ser juzgada desde la perspectiva de su conformidad con los principios constitucionales o no[9].

El principio de igualdad y de no discriminación es el que, entre todos ellos, se alza en primer lugar suscitando la duda. La falta de motivación suficiente de la actuación episcopal y la carencia de prueba de los hechos imputados al demandante aparecen inicialmente como un obstáculo no pequeño para la legitimación del proceder del Obispo. Y podemos adelantar que insuperable para el juzgador en primera instancia, que se pronuncia en contra de la constitucionalidad de la retirada de la licencia por parte de la autoridad religiosa. En la apelación, como se sabe, la solución fue distinta, y el tribunal invocó la independencia plena la Iglesia para justificar la ausencia de motivación de sus decisiones en este terreno.

[9] El acierto señalado no impide que en el curso de la resolución aparezcan otros argumentos discutibles. Entiende el Juzgado Mixto que la retirada de la licencia del profesor de religión por parte del Obispo constituye una sanción no *sostenida por una norma* y que resultaría en consecuencia contraria al principio de legalidad penal. A mi parecer, la retirada de la licencia por parte del Obispo no puede considerarse una sanción sino la declaración de la pérdida de determinadas cualidades de signo religioso –doctrinales, de modo de vida o de capacidad pedagógica– que se habían previamente constituido como requisitos de índole profesional. De la desaparición de tales cualidades se sigue la pérdida objetiva de la cualificación laboral exigible, que genera una verdadera y propia *ineptitud* para el trabajo, y de ningún modo podría estimarse la retirada de la licencia como ejercicio de potestad sancionadora.

La opinión sostenida en la primera instancia no carece de sentido a la vista de la matizada distinción de competencias entre la Iglesia y el Estado que el Código de Derecho Canónico introduce al ocuparse del régimen del profesorado de religión.

La designación de un profesor de religión destinado a la escuela pública no es equivalente al nombramiento de un oficio eclesiástico –de un párroco, por ejemplo–, porque no se trata de una relación *puramente interna,* que se desarrolle en exclusiva *intra muros Ecclesiae*. De la designación de un profesor de religión se sigue un nombramiento civil y una actividad en la esfera secular en la que la jurisdicción del Estado está concernida. El acto canónico de presentación del candidato produce unos efectos civiles que justifican una cierta competencia secular, pues la autoridad del Estado se implica seriamente en esa relación, mediante la contratación y retribución del profesorado. Se comprende que la retirada de la licencia eclesial para la enseñanza, de la que se seguirá probablemente la resolución del contrato civil, se someta a un cierto control jurisdiccional, no entendido éste en clave *jurisdiccionalista* o *laicista* sino respetuoso de los derechos de la Iglesia. En efecto, el control estatal no consiste en imponer la solución que derive de la aplicación unilateral de normas civiles, sino que debe ejercerse tomando también en consideración el Derecho canónico. Se pretende constatar que la retirada de la licencia responde en el caso concreto al criterio del ordenamiento eclesial y no constituye un acto arbitrario. El Estado, en definitiva, tiene la obligación de comprobar que la decisión del Obispo es efectivamente ejercicio del derecho de libertad religiosa de la Iglesia –que el ordenamiento estatal garantiza– y no un acto de la autoridad religiosa ajeno a cualquier criterio de legalidad.

El planteamiento que aquí sostengo es congruente, en mi opinión, con la tesis de la doble vertiente de la relación jurídica de los profesores de religión. La terminación de la relación canónica –presupuesto de la establecida en el ámbito secular– priva de sustento a la relación civil, que, sin la primera, decae. Pero obviamente la terminación de la relación en sede canónica debe en todo caso realizarse con arreglo a Derecho, lo que obliga a analizar si el Obispo ha observado efectivamente a la ley canónica, tanto en el fondo cuanto en el procedimiento. Es decir: si la decisión de retirar la licencia ha respondido a los motivos legales del canon 804 § 2, de manera que el Estado pueda comprobar que los motivos son estrictamente religiosos y que por tanto escapan a su capacidad de control; y si el Obispo ha ajustado su decisión al procedimiento establecido por el Ordenamiento canónico para asegurar la tutela de los derechos de los fieles. Si no fuera así, el orden público constitucional del Estado no admitiría la eficacia civil de la decisión.

Detengámonos brevemente en la consideración de cada uno de estos dos aspectos.

6.1. Observancia de los requisitos fijados por la ley (canon 804 § 2)

La norma canónica de carácter universal más relevante sobre las condiciones de los profesores de religión es la contenida en el ya citado canon 804 § 2. Enumera tres grandes categorías en las que agrupar los concretos requisitos exigibles: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica.

El Derecho canónico particular de cada nación está llamado a intervenir en esta materia. A la Conferencia Episcopal corresponde, según el canon 804 § 1, dar normas generales sobre la educación religiosa católica, mientras que la tarea del Obispo diocesano es organizarla y ejercer la vigilancia. Las Conferencia Episcopales establecerán, en consecuencia, normas uniformes en todo el país sobre los requisitos de cualificación técnica de los encargados de la enseñanza religiosa así como también acerca de sus condiciones personales, con vistas a que reciban la preceptiva *Declaración Eclesiástica de Idoneidad* (que puede recibir en cada nación diversas denominaciones[10]).

Esta tarea de delimitación normativa por el Derecho canónico particular de las condiciones exigibles al profesor de religión es de suma importancia –y nada sencilla, por cierto–, sobre todo cuando de la propuesta episcopal se siga una relación estable entre el profesor y el centro. La terminación de una relación de servicios estable, si no se produjera con el asentimiento del trabajador, obligaría a una estricta justificación de causa, es decir, de prueba de la pérdida de las específicas facultades previstas en la ley para el ejercicio del trabajo. Si se tratara de una relación temporal, destinada a decaer con el mero transcurso del tiempo, esas cautelas quizá podrían relajarse, pero no es ese el caso en el Perú.

El arreglo según el criterio de la Iglesia de los problemas suscitados en materia doctrinal suele ser aceptado sin grandes dificultades por parte del Estado. Un poder secular que asume el principio de laicidad se abstiene de imponer planes de estudios confesionales o de juzgar acerca del dogma religioso y respeta en estas materias la autonomía de las confesiones. Como se ha dicho antes, no

[10] En España se ha revisado la regulación de los criterios de idoneidad de los profesores de religión en 2007. Vid. *Acuerdo de la LXXXIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, de 27 de abril de 2007, sobre la regulación de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad para la designación de los Profesores de Religión Católica*. Se establece una nueva *Declaración Eclesiástica de Competencia Académica* (DECA), expedida por la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, que se añade, como requisito previo, a la *Declaración Eclesiástica de Idoneidad,* expedida por el Ordinario diocesano de la localidad donde se pretenda impartir clase de religión. El contenido íntegro del documento disponible en http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/requisitos-deca/a-partir-de-2008.html.

tendría sentido que el Estado aconfesional pretendiera controlar –fuera de los aspectos de orden público– los contenidos de los programas, los métodos didácticos o la cualificación religiosa de los docentes de una asignatura de índole confesional. La aptitud pedagógica de los profesores, a la que también se refiere el canon 804 § 2 del Código de Derecho Canónico, queda asimismo sujeta al criterio eclesial, sin que el Estado tenga competencia para su valoración. Más problemática puede resultar la aceptación de motivos relacionados con la conducta del profesor.

6.1.1. El testimonio de vida cristiana. Referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2007

La precisión de las condiciones en que se materializa el adecuado *testimonio de vida cristiana* del docente de religión se presenta, en efecto, como una cuestión muy delicada con vistas a su aceptación por parte del Estado, que permite y garantiza la libre actuación de los ciudadanos mientras se ajusten a los parámetros legales, aunque determinadas conductas puedan ser consideradas inmorales desde una perspectiva religiosa. Vale la pena, por ello, prestar una mayor atención a este aspecto particular.

A mi modo de ver, ciertas dimensiones de la conducta personal del profesor pueden llegar a ser relevantes para el ejercicio de la enseñanza religiosa, hasta el punto de determinar la ineptitud profesional del docente.

Pueden contribuir a arrojar luz en esta difícil materia los argumentos esgrimidos por del Tribunal Constitucional español, que ha conocido recientemente cuestiones análogas a las aquí tratadas[11].

[11] La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español sobre esta materia ha generado una serie de comentarios cuya consulta puede resultar útil. Entre ellos, cabe destacar: S. Cañamares Arribas, *El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia católica en la designación de los profesores de religión*, en «Revista Española de Derecho Canónico», vol. 66, núm. 166 (2009), pp. 289-291; Á. López-Sidro López, *Idoneidad del profesorado de religión y derecho a la intimidad: en torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 17 de julio de 2007*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 16 (2008), disponible en: www.iustel.com; G. Moreno Botella, *Idoneidad del profesor de religión católica y despido: Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2000 del Juzgado de lo Social número 3 de Murcia,* en «Derecho y opinión», 8 (2000), pp. 411-430; J. Otaduy Guerín, *Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional,* en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 14 (2007), disponible en: www.iustel.com; A. I. Ribes Suriol, *Reflexiones en torno a la idoneidad de los profesores de Religión Católica en los centros docentes públicos*, en

Declara el órgano juzgador, en efecto, que no sólo el contenido del currículo queda a la definición de la Iglesia:

> [Sino que] «también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable» (Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, Fundamento jurídico 5).

Me parece interesante subrayar, en primer término, que para el Tribunal Constitucional español el testimonio de vida remite al terreno de la cualificación profesional. El criterio que impulsa el pronunciamiento de los magistrados –como no podría ser de otro modo– es estrictamente neutral y técnico. La prestación de la enseñanza religiosa escolar es una cuestión de carácter civil: se trata de una parte del servicio educativo oficial, la actividad se desarrolla en el ámbito secular, los poderes públicos garantizan la oferta, que se configura como el derecho fundamental a recibir la formación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones personales (o de los padres, si los hijos son menores).

El Ordenamiento jurídico es competente para tratar acerca de todos aquellos aspectos que permitan que el servicio resulte viable. Entre ellos, la capacitación profesional del profesorado, en todas sus vertientes, incluida, en este caso, la adecuación religiosa de su conducta. No nos encontramos en el territorio de los privilegios de la Iglesia, disfrazados de ciertas exigencias de *colaboración* por parte del Estado para que resulten aceptables. Se trata de reconocer que la cualificación profesional se mide por dos elementos, la capacidad y la idoneidad religiosa. Esta última se relaciona de manera directa con las con-

«Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», núm. 3 (2003), disponible en: www.iustel.com; M. Rodríguez Blanco, *Breves consideraciones sobre la idoneidad de los profesores de religión en centros docentes públicos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2007*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 16 (2008), disponible en: www.iustel.com.

diciones personales y en consecuencia con el testimonio de la propia conducta. Competencia académica e idoneidad, en suma, son elementos distinguibles pero no separables.

Sostiene asimismo el Tribunal Constitucional español que el testimonio personal puede ser un instrumento relevante para la transmisión de valores. A nadie puede extrañar esta referencia cuando las modernas orientaciones educativas insisten en que la enseñanza oficial no apunta a la simple transmisión de conocimientos sino que se propone, entre los objetivos de cada área, el desarrollo de ciertas actitudes y valores. La natural exigencia del reflejo de tales valores en la conducta del profesorado no se percibe, normalmente, como un punto problemático. Se comprende que una cierta ejemplaridad del maestro es inseparable de cualquier proyecto formativo digno de tal nombre.

Lo peculiar del caso al que aquí nos referimos es que los valores en juego son de signo religioso, sin perjuicio de que un alto porcentaje de los mismos sean estimados a la vez por la mayoría de las personas como valores humanos. La enseñanza religiosa escolar es una materia singular por la confesionalidad de su contenido. Este es el único punto que la distingue y que explica su condición de asignatura voluntaria. En lo demás no se distingue de las restantes. No es una anomalía, por eso, que junto con la transmisión de contenidos apunte a fomentar actitudes o valores que, obviamente –como los contenidos–, serán de signo religioso.

Cabe suponer que la argumentación hasta aquí desarrollada sirva para justificar la afirmación de que la exigencia de una *declaración eclesiástica de idoneidad* que abarque también ciertas cualidades personales de los profesores de religión no es arbitraria y que las cualidades acreditadas al inicio deben mantenerse a lo largo de toda la vida de la relación. En palabras del Tribunal Constitucional español:

> «La exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesiástica de idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica» (Fundamento jurídico 9).

Más aún, añade:

> [Sería] «irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las conviccio-

nes religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva» (Fundamento jurídico 12).

6.1.2. Control jurisdiccional de la decisión del Obispo según la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2007

Con todo, las decisiones del Obispo sobre contratación del profesorado de religión, continúa el Tribunal español, no son inmunes al control jurisdiccional. Las propuestas episcopales, en efecto, pueden ser revisadas tanto desde la perspectiva de la estricta legalidad como desde la consideración del respeto de la cláusula de orden público.

El ejercicio de la competencia que el Ordenamiento español reconoce al Ordinario en esta materia, dice el Tribunal:

> «No implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad, como sucede con todos los actos discrecionales de cualquier autoridad cuando producen efectos en terceros» (Fundamento jurídico 7).

La eficacia del mencionado control de legalidad se refiere tanto al procedimiento como a la motivación religiosa de la decisión:

> «Los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo» (Fundamento jurídico 7).

La acogida en sede civil de la decisión episcopal sobre la propuesta o no de un profesor de religión católica puede hacer necesario, además, un juicio de ponderación acerca de eventuales derechos fundamentales en conflicto. No es difícil imaginar supuestos de este tipo, fruto del contraste entre la doctrina o las actitudes del docente y la doctrina y la moral religiosas. La armonización de derechos no puede ser, ordinariamente, objeto de una estimación apriorística o realizada en abstracto, sino que requiere la consideración de las circunstancias concretas del caso.

6.1.3. Interpretación alternativa del testimonio de vida cristiana en la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de abril de 2011

Es de lamentar que la razonable doctrina del Tribunal Constitucional español expuesta, bien formulada teóricamente y aplicada con corrección en algunos casos concretos, haya sido mal interpretada, a mi parecer, al resolver un proceso de amparo mediante sentencia de 14 de abril de 2011.

En el supuesto al que me refiero, la profesora de religión recurrente había contraído matrimonio civil con un divorciado, lo que motivó la no renovación de la propuesta para el curso siguiente. No es cuestión de extenderse en todos los pormenores del caso; baste decir que, sorprendentemente, el Tribunal declaró:

> «Haber contraído matrimonio civil con persona divorciada no guarda relación con la actividad desempeñada por la demandante»,

Y concluyó diciendo:

> «Ese criterio religioso no puede prevalecer».

En consecuencia, el Tribunal decidió acoger el amparo y negó la validez de la retirada de la propuesta del Obispo.

Esta opinión introduce, a mi juicio, una contradicción en la doctrina del propio Tribunal, según la cual la valoración de las convicciones religiosas y de la conducta moral determinante de la idoneidad de los profesores de religión corresponde a la jerarquía. Otro modo de proceder –es decir, el ejercicio de la actividad de control sobre las razones de carácter religioso o moral invocadas para revocar la declaración de idoneidad docente– conduciría a la infracción del principio de laicidad del Estado y lesionaría el derecho de libertad religiosa de la Iglesia católica.

Este párrafo del Fundamento jurídico 9 de la Sentencia de 15 de febrero de 2007, a la que me he referido ampliamente en el epígrafe anterior, resulta clarificador:

> «Por impedirlo el deber de neutralidad del art. 16.3 CE, una vez constatada la naturaleza religiosa de los motivos en los que se ha fundado la no propuesta del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas, este Tribunal nada ha de decir (…). La apreciación de tal justificación entraña un juicio de valor, que no puede hacerse, en su caso, sino con criterios de índole religiosa. (…)
>
> »La posible diferencia valorativa de unos mismos hechos según el marco axiológico en que se consideren no puede suscitar así recelo alguno. La doble esfera valorativa de

> unas mismas situaciones es consecuencia lógica de la coexistencia en el ámbito social regulado por las leyes del Estado de concepciones religiosas distintas. Sería contrario al deber de neutralidad del Estado impuesto por el art. 16.3 CE (…) que el Estado pretendiese negar el carácter religioso de la valoración de unas conductas en el seno intraeclesial, por el hecho de que esas mismas conductas puedan merecer una valoración diferente en un ámbito extraeclesial" (STC 128/2007, Fundamento jurídico 9)».

Pues bien, en la sentencia de 2011 el Tribunal razona de manera opuesta. A pesar de que en 2007 declara expresamente la legítima coexistencia en la vida social de concepciones éticas distintas, ignora en 2011 una norma moral de carácter religiosa –la celebración de matrimonio civil subsistiendo vínculo canónico anterior– porque no encuentra su equivalencia en el ordenamiento secular.

Según la doctrina de la Iglesia católica, en efecto, la celebración de matrimonio civil por parte de una persona bautizada que ha contraído previamente matrimonio canónico válido constituye una conducta ilícita, que coloca a la persona interesada en un situación de irregularidad. Se trata, además, de un acto objetivamente inmoral, porque, según la misma doctrina de la Iglesia, la unión posterior daría lugar a un adulterio.

Los principios morales de contenido religioso, irrelevantes quizá para la visión secularizada del mundo, arraigan hondamente en la conciencia personal y encuentran reflejo en una conducta que puede contrastar con ciertos valores presentes en la cultura mayoritaria. Desde la perspectiva católica así acontece en casos como el ya citado del adulterio, o en la unión conyugal posterior al divorcio, las uniones no matrimoniales, la unión de personas del mismo sexo, la práctica del aborto, la conducta homosexual o el cambio de sexo.

El dato de que una conducta se encuentre despenalizada o incluso legalizada –la práctica del aborto o el matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo– no es factor determinante de su obligada aceptación por parte de las personas y del conjunto de la sociedad. La aprobación parlamentaria no produce una suerte de *sanación moral* de esas conductas, de manera que quien en adelante se atreva a manifestar una opinión contraria haya de quedar estigmatizado como elemento potencialmente peligroso para el pacífico desarrollo de la vida social.

Este tipo de enfoques responden a un nuevo *moralismo civil* totalmente inaceptable, sobre todo cuando se emplean por quienes se han opuesto tradicionalmente a cualquier vinculación entre Derecho y Moral. Tiempo atrás, en efecto, se cargaba contra planteamientos moralizantes, que pretendían consagrar en la vida social, mediante el Ordenamiento jurídico, determinadas concepciones éticas. Hoy parece que algunos pretenden cometer un abuso semejante, pero de signo contrario, para consagrar y hacer inatacables sus particulares convicciones. No conformes con la legitimidad legal –que se reconoce, en el fondo,

frágil y poco consistente– parecen reclamar una plena y universal aquiescencia ética. Lo que llaman *jurídico* sería automáticamente *moral* y de obligado pacífico acatamiento, si se desea formar parte de la nueva ciudadanía.

La postura del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de abril de 2011 parece responder a esta visión de las cosas, que amenaza el verdadero sentido del pluralismo, uno de los grandes principios constitucionales. No cabe, en efecto, condenar a la irrelevancia social unas valoraciones éticas de signo cristiano por el hecho de que fuera de la Iglesia católica las conductas en cuestión tengan una consideración diferente.

La sentencia que comentamos ha merecido una severa y fundada crítica por parte de la doctrina. López-Sidro habla de una verdadera *suplantación de competencias* por parte del Estado en el ejercicio de su función de control jurisdiccional[12] y subraya que el Tribunal pierde de vista la razón misma de la enseñanza confesional:

> [Que se presta] «en interés de la Iglesia y de unos padres que la han elegido para sus hijos confiando en que quien la imparte tiene el aval de esa confesión»[13].

Martínez-Torrón, por su parte, denuncia que el criterio del Tribunal Constitucional parece reivindicar una suerte de monopolio del Estado sobre la moral[14] y añade:

> «Declarar casi automáticamente la primacía de los derechos civiles en estos casos equivale a negar que las confesiones religiosas –o las personas individuales– puedan tener juicios éticos basados en principios diversos de aquellos que inspiran las leyes del Estado»[15].

La argumentación del Tribunal Constitucional español en este caso denota una notable insensibilidad hacia la realidad religiosa, tributaria de una concepción del hombre, de la vida, del mundo, plenamente legítima pero diversa en ciertos aspectos de la reconocida en una legislación que responde –al menos formalmente– a criterios de neutralidad religiosa e ideológica. El enfoque de la sentencia responde a esa especie de nuevo moralismo denunciado antes, que no admite excepciones a la concepción del Estado acerca de la vida social.

12 A. López-Sidro López, *Virtualidad de la motivación religiosa en la pérdida de la idoneidad del profesorado de religión católica,* en «Ius Canonicum», 51 (2011) p. 649.

13 *Ibidem.*

14 Cfr., J. Martínez-Torrón, *La enseñanza de la religión en el sistema educativo español,* en «Rivista di Storia del Cristianesimo», 9 (1/2012), p. 124

15 *Ibidem.*

6.1.4. La revocación de la licencia del Obispo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de mayo de 2012

El 15 de mayo de 2012 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió por vez primera –en el caso Fernández-Martínez contra España– un supuesto de no renovación de la preceptiva propuesta episcopal para ejercer como profesor de religión. Los jueces de Estrasburgo han entendido que el Obispo de Cartagena se encontraba amparado por el derecho de libertad religiosa en el acto de prescindir de los servicios de quien había ejercido como profesor de religión durante años, pero que había dejado de reunir los requisitos de idoneidad para mantenerse en ese puesto por sus posiciones doctrinales y la publicidad que había hecho de algunos de sus pareceres.

En la resolución del caso Fernández-Martínez contra España, la Corte Europea toma en consideración, naturalmente, los elementos religiosos presentes en la relación jurídica sometida a examen. Los jueces europeos argumentan a partir del principio de la *autonomía de las iglesias,* concepto ampliamente desarrollado a lo largo de los últimos años por la jurisprudencia del Tribunal. Este principio conduce a excluir que el Estado valore las legítimas creencias de las confesiones religiosas, así como cualquier forma de injerencia de los poderes públicos en el régimen de gobierno de estas organizaciones.

Presta ulterior apoyo a la tesis de la autonomía de la Iglesia, en este caso, el principio de aconfesionalidad tal como lo formula la Constitución española, en cuanto que un Estado neutral en este terreno no puede entrar a corregir o invalidar un criterio episcopal relativo a materias religiosas.

La actuación de los jueces en el ámbito secular, entonces, se circunscribe a constatar el fundamento de la decisión de la autoridad eclesiástica –si es verdaderamente religioso o no– para desechar razonablemente cualquier intencionalidad espuria que oculte motivos injustificables de represión de los trabajadores[16].

6.2. Observancia de las normas de procedimiento establecidas por el Derecho canónico

La decisión del Obispo de retirar la licencia de los profesores de religión, que pretende alcanzar efectos civiles, no es inmune al control jurisdiccional

[16] La Corte europea, en suma, viene a confirmar lo que el Tribunal Constitucional español sostuvo en 2007, cuando resolvió ese caso, y en otros, a propósito de que la apreciación de la idoneidad de los profesores de religión, en su núcleo, corresponde a la autoridad de la Iglesia y es inmune al control del Estado, fuera de las cuestiones de la observancia de las normas legales de procedimiento y del respeto al orden público.

del Estado, a quien corresponde velar por el respeto de orden público como expresión de un sistema de valores y principios constitucionales de obligada observancia.

El Derecho canónico, por su parte, reconoce el principio de legalidad y ajusta el ejercicio de la potestad sagrada al imperio de la ley, porque el uso del poder no puede resultar arbitrario; lo impide no solo el Derecho divino, que el ordenamiento eclesial reconoce, sino también el Derecho natural, que contribuye asimismo a configurar el ordenamiento de la Iglesia.

El Derecho canónico ha desarrollado en época reciente, al calor de una comprensión más profunda de los derechos de los fieles, una cultura de la legalidad, que ha cristalizado en el reconocimiento de nuevas garantías normativas y del establecimiento de recursos técnicos específicos para la tutela de los derechos subjetivos en el ámbito eclesial. En tal sentido, cuando se habla de la vinculación de la Administración a la legalidad no ha de entenderse como la mera sumisión a la ley formal sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, con sus criterios y principios para la tutela de los intereses legítimos de los fieles. Las potestades discrecionales tienen un espacio en la actividad administrativa canónica, naturalmente, pero bien entendido que la discrecionalidad es facultad de opción entre varias posibilidades igualmente legítimas, según criterios de oportunidad, utilidad, conveniencia etc., y no ha de entenderse como ejercicio alegal del poder. El ejercicio de la potestad discrecional es en realidad una actuación conforme a Derecho, como lo es la práctica de la potestad reglada. Por lo demás, en cualquier acto discrecional se contienen ciertos elementos reglados[17].

Con estas afirmaciones pretendo salir al paso de la confusión a veces producida entre discrecionalidad y vacío normativo. Ciertas omisiones legislativas deben ser colmadas para no propiciar conductas arbitrarias disimuladas bajo el rótulo de la discrecionalidad. Pensemos en el caso que nos ocupa, la retirada de una licencia eclesiástica para ejercer la enseñanza. Sería legítimo que la norma canónica reguladora estableciera una causa indeterminada para justificar la retirada de la autorización, pero en tal caso el respeto del principio de legalidad exigiría verificar la efectividad de la causa y por lo tanto la justicia de la decisión administrativa. Si se presentara posterior recurso ante tribunal eclesiástico, éste examinaría la realización o no de los presupuestos de hecho para calificar el acto de ejercicio de potestad conforme a la legalidad.

[17] Sobre el principio de legalidad y la administración eclesiástica son de gran valor las consideraciones de J. Miras en J. Miras, J. Canosa, E. Baura, *Compendio de Derecho administrativo canónico,* Eunsa, Pamplona 2001, pp. 51-73.

En relación, concretamente, con el tema tratado en estas páginas, sería oportuno que el Derecho canónico –en el ámbito del Derecho particular– estableciera un procedimiento administrativo más desarrollado sobre propuesta de profesores de religión y retirada de la licencia. A mi parecer, lo que algunas normas concordatarias denominan la *propuesta* o la *presentación* de los profesores de religión debería ir precedido de un acto administrativo canónico que, de acuerdo con su tipología específica, se configuraría como decreto (de designación del profesor de religión). Como todo acto administrativo, sería un acto singular destinado a producir efectos jurídicos, dictado por la autoridad ejecutiva, con arreglo a un determinado procedimiento y manifestado por escrito. En todo procedimiento administrativo se presentan varias fases, una de las cuales es la de sustanciación o instrucción, en la que tiene lugar la verificación de los requisitos, mediante la aportación de certificaciones, entrevistas u otros medios. En el caso de los profesores de religión, habrían de acreditarse las titulaciones y los requisitos relativos a las condiciones personales de idoneidad. El procedimiento administrativo concluiría en este caso con la decisión del Ordinario de proceder, mediante decreto, a la designación del profesor, y a la concesión –frecuentemente implícita en el mismo acto– de las facultades correspondientes para el desempeño del encargo.

La observancia del itinerario procedimental sería una garantía de los derechos de los fieles implicados en la relación –los profesores de religión–, que podrían intervenir en las diferentes fases de su desarrollo. De manera análoga, la retirada de la licencia habría de contemplarse mediante un procedimiento reglado, que permita la participación de los interesados, confirme o desestime lo elementos de la necesaria motivación y garantice los derechos de todos.

Estoy convencido de que un procedimiento reglado en el ámbito canónico contribuiría positivamente al reconocimiento de las decisiones de la autoridad eclesiástica en esta materia por parte de los tribunales civiles.

7. Reflexión conclusiva

La exposición del marco doctrinal de la materia induce a pensar que las resoluciones judiciales que han dado origen a estos comentarios afrontan el problema de manera más bien pobre.

A la vista de lo dispuesto por el Derecho canónico sobre la retirada del mandato de enseñar y de su aceptable recepción por el ordenamiento jurídico peruano, existe una base más que suficiente para la defensa de la autonomía de la Iglesia en los conflictos sobre el control de la catolicidad de la enseñanza religiosa que se planteen en el Perú. Pero no cabe entender que la Iglesia pueda

obviar en esos casos la alegación de los motivos ni prescindir de todo género de argumentación jurídica. No se pone en duda la competencia del Obispo para juzgar la idoneidad religiosa del docente, pero tal valoración ha de llevarse a cabo con arreglo a Derecho (canónico, en primer lugar). En el caso al que se refieren las resoluciones comentadas, no sabemos, lamentablemente, las razones de la retirada de la autorización episcopal; si respondieron a motivos de carácter doctrinal, pedagógico o de conducta. Al amparo de cualquiera de estas categorías podría haberse procedido –como se ha explicado en páginas anteriores, con más detalle en lo que toca al aspecto del testimonio cristiano– a la retirada de la *venia docendi*.

La designación por el Obispo de un profesor para el ejercicio de la docencia de religión católica en la enseñanza pública no da lugar solamente a una relación canónica *interna*, sino que ésta adquiere una proyección civil, que justifica un cierto grado de control jurisdiccional del Estado en caso de retirada del encargo por parte del Obispo. Los poderes públicos están legitimados para confirmar, en los términos que he expuesto anteriormente, que la actuación episcopal responde realmente al ejercicio de la libertad religiosa y no se trata de una intervención arbitraria.

El planteamiento de este conflicto saca a la luz, en suma, una cuestión canónica esencial para la correcta solución del problema. El nombramiento y remoción del profesorado de religión católica tendría que ser objeto de un tratamiento jurídico–canónico específico, para someter a Derecho el conjunto de esta relevante actividad de gobierno. La llamada a la observancia en la materia de una verdadera regla jurídica –tanto en los aspectos sustantivos como de procedimiento– no ha de interpretarse como la imposición de *pautas jurídicas del ordenamiento secular a la Iglesia,* sino como exigencia de respeto del principio de legalidad en el orden canónico.

La aplicación del criterio seguido por el Tribunal Europeo y por el Tribunal Constitucional español al supuesto resuelto en apelación por la Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco conduciría seguramente a un resultado distinto a la incondicional acogida del parecer del Obispo apelante, en virtud de una interpretación literal de la norma concordataria. Nada se exige en la sentencia, en efecto, a propósito de la motivación del acto por parte del Obispo ni de la prueba de los hechos. Todo se resuelve invocando lo siguiente:

> «La potestad autónoma de la Iglesia [para] delimitar los modos, procedimientos y parámetros convenientes de la enseñanza religiosa, en base al criterio dogmático o de fe de la religión católica a nivel mundial, regulado por el Derecho canónico; y en donde el Estado no tiene injerencia».

Añade la Sala que la retirada de la confianza por parte del Obispo al profesor de religión, según los términos en que se encuentra reconocida en el Ordenamiento:

> «No contiene la obligación formal de motivar la decisión del representante eclesial (Obispo), ni mucho menos la de habilitar, previo a la decisión, un procedimiento disciplinario o sancionador, como requisito *sine qua non* para hacer uso de las facultades que le otorga el Tratado».

Por lo tanto, concluye:

> «No puede invocarse pautas jurídicas del ordenamiento interno del Estado, con la finalidad de interpretar los términos de un Tratado o condicionar su aplicación, ni mucho menos justificar su eventual incumplimiento».

El acentuado formalismo de la resolución judicial resta valor a su doctrina, según mi parecer. La literalidad de una norma positiva no agota la argumentación jurídica; menos aún cuando se invoca simplemente el silencio o la ausencia de previsión explícita de una cierta conducta (en este caso, la exigencia expresa de la motivación para proceder a la retirada de la presentación). Ciertamente, el ordenamiento interno de una de las Altas Partes contratantes no puede condicionar la aplicación de las normas del Tratado, como es el Acuerdo con la Santa Sede. Pero el Concordato remite al Ordenamiento canónico, que ha de ser respetado en su conjunto. Y es el propio Derecho de la Iglesia el que establece criterios jurídicos sustantivos y procedimentales para la provisión de oficios y para la remoción de cargos, que se extienden también a estos peculiares prestadores de servicios que son los profesores de religión. La observancia de tales exigencias canónicas puede y debe ser tomada en consideración antes de conceder el *placet* en sede civil a los actos de presentación y de retirada de la licencia de los profesores de religión.

La objeción de conciencia en el ámbito laboral. Comentario a la STC 895-2001-PA/TC*

Dr. Santiago Cañamares Arribas
Profesor titular de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid (España)
sca@der.ucm.es

Sumario:

1. *Consideraciones preliminares*
2. *Cobertura jurídica de la objeción de conciencia*
   2.1. *La objeción de conciencia en los textos internacionales de derechos humanos*
   2.2. *El reconocimiento de la objeción de conciencia en el Derecho español*
   2.3. *El reconocimiento de la objeción de conciencia en el Derecho peruano*
3. *La objeción de conciencia laboral en el Derecho peruano*
   3.1. *Consideraciones introductorias*
   3.2. *Presupuestos normativos*
   3.3. *La objeción de conciencia laboral en la doctrina del Tribunal Constitucional peruano*
      3.3.1. *Las circunstancias del caso*
      3.3.2. *La fundamentación jurídica de la sentencia*
      3.3.3. *Breve referencia al contenido de los votos particulares*
4. *A modo de conclusión*

1. Consideraciones preliminares

Existe un cierto consenso en admitir que uno de los mayores desafíos a que se enfrentan los ordenamientos jurídicos occidentales consiste en precisar qué solución debe darse a la negativa formulada por algunos individuos a

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: *Neutralidad ideológico-religiosa del Estado y espacio público,* financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-29385), y *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado: su incidencia en la Comunidad de Madrid,* financiado por la Comunidad Autónoma de Madrid (S2007/HUM-0403).

cumplir una obligación jurídicamente exigible, derivada de una norma o de un contrato, por razón de los dictados de su propia conciencia[1].

Nos encontramos ante una categoría de conflictos que han sido englobados por la doctrina bajo la denominación genérica de *objeciones de conciencia,* cuya respuesta jurídica exige partir tanto de la precisión de la naturaleza del propio instituto como de sus límites de actuación. Respecto al primero de estos presupuestos conviene distinguir, ante todo, la objeción de conciencia de otras figuras afines como la desobediencia civil. Con esta última se hace referencia a la negativa de un individuo a acatar una determinada norma con la pretensión de conseguir su modificación –o su derogación, en su caso– mediante la generación de una conciencia social de cambio derivada, principalmente, de la represión estatal de tal incumplimiento. Quizá uno de los ejemplos más claros de desobediencia civil sea el fenómeno de la *insumisión al servicio militar* ya que con dicha actitud, inasequible al cumplimiento de cualquier prestación sustitutoria, se suele pretender el establecimiento de un ejército profesional y, en algunos casos, más propiamente la desaparición del propio ejército.

Respecto al segundo de los presupuestos –la cuestión de los límites– la doctrina ha venido distinguiendo tradicionalmente entre la objeción de conciencia *secundum legem* y la objeción de conciencia *contra legem*. La primera se identifica con aquellos supuestos en que la propia legislación prevé una alternativa de comportamiento para aquellos casos de conflicto entre la conciencia y el deber jurídicamente exigible. La segunda, en cambio, la objeción *contra legem* es la pura y real objeción, en la que la ley no prevé ninguna alternativa de cumplimiento en caso de conflicto de conciencia. Consecuentemente la objeción aparece revestida, en estos últimos casos, de mayores dificultades en cuanto a su reconocimiento y posibilidades de actuación.

Dado que la objeción de conciencia es un instituto tendencialmente ilimitado en sus manifestaciones[2], pues resultan concebibles tantos desencuentros como sensibilidades presenta la conciencia, no resulta posible –ni tan siquiera deseable– que el legislador tenga en cuenta una solución para cada uno de los posibles conflictos que eventualmente pudieran llegar a plantearse. En este sentido se ha señalado[3], que la norma positiva sólo es capaz de contemplar ca-

1 Vid. R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia,* Ed. Iustel, Madrid 2011, p. 31.

2 Vid. V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli-Roma, 2009, pp. 6 y ss.

3 Vid. R. Navarro-Valls, *Las objeciones de conciencia*, en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 6.ª ed., Eunsa, Pamplona 2007, pp. 150-151.

tegorías abstractas que resultan poco permeables a las circunstancias de cada conflicto concreto por lo que, consecuentemente, resulta más oportuno diferir su solución al ámbito de los tribunales, donde pueden tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso para proporcionar la solución más ajustada a Derecho.

Sin embargo, la apuntada incapacidad de la ley para dar solución a la generalidad de estos conflictos no es óbice para que se contemple normativamente, con carácter general, un reconocimiento explícito de la misma ni para que en ella se puedan disponerse una serie de criterios que orienten la actuación de los tribunales de justicia cuando sean llamados a solucionarlos.

De hecho, como tendremos ocasión de referir en estas páginas, tal solución es identificable en el ámbito del Derecho comparado, ya sea con carácter general ya sea para una categoría concreta de conflictos.

Partiendo de estas iniciales consideraciones, el objeto de este trabajo se centrará en analizar la cobertura jurídica de la objeción de conciencia laboral a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 19 de agosto de 2002, que constituye el primer pronunciamiento del país andino sobre el encuadre constitucional de la objeción de conciencia en su ordenamiento jurídico. A tales efectos, se ha considerado necesario detenerse, previamente, en el estudio del reconocimiento de la objeción de conciencia en el ámbito de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, así como en el tratamiento que a este instituto se ha venido reconociendo en el Derecho comparado, centrando su atención en el Derecho español.

2. Cobertura jurídica de la objeción de conciencia

2.1. La objeción de conciencia en los textos internacionales de derechos humanos

Ciertamente no resulta frecuente que los textos internacionales de protección de los derechos humanos contengan referencias explícitas a la objeción de conciencia. Sin duda constituye una excepción la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, en cuyo artículo 10.2 se contiene un reconocimiento minimalista del instituto, ya que se supedita a lo dispuesto en el ordenamiento de cada uno de los Estados miembros en función de sus tradiciones constitucionales y de la evolución de las legislaciones

nacionales en la materia[4]. Otras referencias, aún de menor entidad, pueden encontrarse en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, donde al establecer la prohibición de trabajos forzados, se afirma que no tendrán tal consideración ni el servicio militar ni cualquier otro servicio sustitutivo en aquellos países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima[5].

La apuntada falta de reconocimiento explícito ha llevado a diversas organizaciones internacionales a tratar de incorporar la objeción de conciencia a sus respectivos ámbitos de protección de los derechos fundamentales. Así, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General n.º 22 al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) ha afirmado –refiriéndose a la objeción de conciencia al servicio militar–:

> «En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18[6], en la medida en

[4] El citado precepto tiene la siguiente redacción: «Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Sobre el alcance de este artículo puede verse las llamadas *Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales* del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El texto está publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOCE) de 14 de diciembre de 2007.
En todo caso, se ha observado con acierto que «aunque su interpretación no es del todo clara, particularmente por lo que concierne a la relación entre el derecho de objeción de conciencia y las leyes nacionales, no parece que ésta pueda ser entendida como un deseo de someter el reconocimiento de la objeción a la *interpositio legislatoris*: no sólo porque parece a todas luces irrazonable condicionar la existencia de un derecho fundamental europeo a la voluntad del legislador nacional, sino también por la elemental razón de que, si se hubiera querido hacer depender la tutela de la objeción de conciencia de las leyes nacionales, no tendría sentido alguno haberla incluido como derecho fundamental en la Carta». Vid. R. Navarro-Valls-J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley*…, cit., p. 44.

[5] El artículo 4.3 del Convenio de Roma dispone: «No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo: […] b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio».
Por su parte, el artículo 6.3 de la Convención de Costa Rica dispone: «No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: […] b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél».

[6] Artículo 18: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para

que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias».

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria ha puesto de manifiesto a través de distintas Recomendaciones[7] y Resoluciones[8] que la objeción de conciencia no constituye un instituto autónomo desligado de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, sino que es una consecuencia de la libertad religiosa e ideológica reconocida en su artículo 9[9]. Incluso se ha llegado a recomendar al Comité de Ministros[10] el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar como un derecho en el propio texto del Convenio, superándose, de esta manera, las dudas hasta ahora planteadas por la redacción de su artículo 4.

Dentro de esta tendencia conviene reseñar la evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, desde posiciones restrictivas hacia un reconocimiento más amplio de la objeción de conciencia en el marco del servicio militar obligatorio. En efecto hasta la sentencia Bayatyan, pronunciada por la Gran Sala en 2011[11], la interpretación del Tribunal había estado muy pegada a la literalidad del artículo 4.3 del Convenio, lo que determinaba la desestimación de los recursos de quienes consideraban que sus respectivos Estados vulneraban sus derechos fundamentales cuando no reconocían en su legislación interna la posibilidad de objetar en conciencia al servicio militar.

proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

7 Recomendación 1742 (2006), sobre derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas.

8 Resolución 337 (1967), sobre el derecho a la objeción de conciencia. En este documento se puso de manifiesto la conexión entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa e ideológica reconocido en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

9 El citado precepto dispone lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

10 Recomendación 1518 (2001), sobre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en los Estados miembros del Consejo de Europa.

11 Vid. Sentencia Bayatyán v. Armenia, de 7 de julio de 2011.

Hasta entonces, en los contados casos en que el Tribunal apreciaba una vulneración de los derechos fundamentales del objetor de conciencia militar lo hacía con base en la protección de su derecho a la igualdad y no discriminación, más que con fundamento en la libertad religiosa o ideológica en cuyo ejercicio, por lo demás, fundaba el recurrente su negativa al cumplimiento del servicio armado.

Sin embargo cabe apreciar un punto de inflexión en esta tendencia en el voto particular formulado por la Juez Power en la sentencia Bayatyan v. Armenia, pronunciada por la Sala en 2009. En ella se vino a resolver un recurso planteado por un Testigo de Jehová que, tras ser declarado útil para el servicio militar, comunicó a las autoridades nacionales su objeción de conciencia por motivos religiosos, manifestando al mismo tiempo su disponibilidad para el cumplimiento de un servicio civil alternativo.

Aunque Armenia, como paso previo a su incorporación al Consejo de Europa, había declarado su intención de establecer un servicio civil sustitutorio, en aquel momento no contemplaba la objeción de conciencia militar, lo que determinó que el recurrente –Bayatyan– fuera condenado, por su negativa a cumplirlo, con penas privativas de libertad.

El actor se dirigió al Tribunal reclamando una revisión de su restrictiva jurisprudencia en materia de objeción de conciencia al servicio militar, invocando que el Convenio Europeo es un *instrumento vivo* cuyas disposiciones han de ser interpretadas a la luz de las normas y estándares legales vigentes que se han ido abriendo al reconocimiento de esta objeción. En definitiva, solicitaba a la Corte que reconociera que la condena impuesta por Armenia vulneró su derecho de libertad religiosa en los términos contemplados en el artículo 9 del Convenio.

Aunque el Tribunal confirmó la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces, aduciendo que no pueden obviarse las disposiciones del artículo 4.3.b del Convenio –que deja al arbitrio de los Estados la decisión de reconocer el derecho a la objeción de conciencia–[12] parece que el referido voto particular constituyó el germen de un cambio de tendencia en la posición de Estrasburgo frente a la objeción de conciencia. En él se advirtió, a la luz de la doctrina del *instrumento vivo,* que el citado artículo –donde ni se reconoce ni se excluye la

[12] La sentencia afirmaba también que el hecho de que la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa hubieran desarrollado en sus legislaciones internas este derecho no podía servir como argumento para entender que aquellos que no lo hubieran hecho estaban violando las obligaciones del Convenio. Por ello –concluyó el Tribunal– el artículo 9 Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del artículo 4.3.b, no garantiza un derecho a rechazar el cumplimiento del servicio militar por motivos de conciencia.

existencia de un derecho a la objeción de conciencia– no puede servir de *carta blanca* a los Estados para establecer cualesquiera medidas aplicables a los objetores. Consecuentemente, se debe aplicar la doctrina general sobre limitaciones a las libertades, según la cual cualquier injerencia en los derechos reconocidos por el artículo 9 Convenio debe estar justificada en una sociedad democrática y resultar proporcionada. A juicio de la opinión disidente, Armenia no consiguió argumentar satisfactoriamente la necesidad de aplicar las medidas adoptadas contra el demandante para perseguir un objetivo legítimo, por lo que su libertad religiosa debió de ser tutelada.

Esta vinculación de la objeción de conciencia al contenido del artículo 9 del Convenio parece haberse consolidado en la Sentencia dictada en revisión por la Gran Sala en 2011, donde se consideró que la condena del objetor entrañó una injerencia de su derecho de libertad religiosa que carecía de justificación en el ámbito del Convenio. A juicio del Tribunal, el modelo armenio de servicio militar –que imponía una obligación susceptible de tener graves consecuencias para los objetores al no autorizar ninguna excepción por razones de conciencia– no establecía un justo equilibrio entre el interés de la sociedad en su conjunto y el del demandante, por lo que consideró que la pena impuesta al objetor no podía ser considerada como una medida necesaria en una sociedad democrática desde el momento que existían otras soluciones sustitutorias, viables y efectivas.

En fin, también en el marco de otras organizaciones internacionales se aprecia un decidido impulso a favor del reconocimiento de la objeción de conciencia. Así, en la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, también se ha subrayado la necesidad de que las legislaciones o constituciones de los Estados miembros tengan en cuenta que determinadas personas o grupos, por razones de conciencia, encuentran difícil o moralmente objetable cumplir con leyes aplicables de carácter general[13].

2.2. El reconocimiento de la objeción de conciencia en el Derecho español

La referencia al Derecho español –a los efectos de llevar a cabo un estudio comparado de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico peruano– se justifica por razones de carácter normativo y jurisprudencial. Como veremos a continuación la Constitución española contiene una concreta referencia a la objeción de conciencia que ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudencia-

[13] Vid. Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Freedom of Religion or Belief. El texto puede localizarse en http://www.osce.org/odihr/13993 (última visita, 18 de abril de 2012).

les de muy diversa índole a efectos de fijar su naturaleza jurídica y sus límites de actuación. Al mismo tiempo, este derecho ha sido objeto de desarrollo en algunos ámbitos, estableciendo en algunas ocasiones, unos parámetros para su ejercicio que no siempre han sido considerados adecuados por parte de la doctrina académica. Por todo ello, el Derecho español parece constituir un *tertius comparationis* adecuado para el análisis del tratamiento dispensado a la objeción de conciencia por el Derecho peruano.

Como es sabido, la Constitución española se refiere explícitamente a la objeción de conciencia en su artículo 30.2, al consagrar el derecho y el deber de los españoles de defender a España, disponiendo que la ley regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

Se debe resaltar que esta referencia queda ubicada, sistemáticamente, fuera de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, dedicada al reconocimiento *de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (artículos 15-29), para quedar incorporada dentro de la Sección Segunda del citado Capítulo, referida a los *derechos y deberes de los ciudadanos*. Tal ubicación ha venido presentado importantes consecuencias a la hora de precisar cuál es la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia en el Derecho español.

En este sentido, uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre esta materia, lo constituye la Sentencia 15/1982, de 23 de abril, donde se vino a resolver un proceso de amparo presentado por un recluta de reemplazo a quien se le había denegado el reconocimiento de la objeción de conciencia por estar basada en motivos distintos de los religiosos, que eran los únicos que contemplaba la legislación entonces vigente[14]. Conviene hacer notar que, en este caso, el Tribunal concedió el amparo por entender que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española[15], que no resulta exigible únicamente en los casos en los que el legislador lo haya previamente desarrollado[16].

Poco tiempo después, y en similares términos, concretamente en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, este mismo Tribunal, resolviendo un recurso previo de inconstitucionalidad frente al Proyecto de Ley Orgánica de despenalización del aborto en determinados supuestos, afirmó que a pesar de que la normativa

[14] Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, por el que se regulaba la prórroga de incorporación a filas por objeción de conciencia de carácter religioso. (BOE de 5 de enero de 1977)

[15] Vid. Fundamento jurídico 6.

[16] Vid. Fundamento jurídico 8.

penal no contemplara una cláusula de conciencia a la que pudiera acogerse el personal médico, la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no una regulación, ya que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa y por tanto es directamente aplicable[17].

Frente a este posicionamiento, pocos años después, concretamente en su Sentencia 161/1987, de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional parecía condicionar el ejercicio de la objeción de conciencia a su previo reconocimiento legislativo. En ella se vino resolver un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de objeción de conciencia militar, en relación con la llamada objeción de conciencia sobrevenida, esto es, aquella que se produce después de la incorporación del recluta al ejército. Al rechazar esta concreta objeción militar, el Tribunal, de un lado, desvinculaba la objeción de conciencia del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución, calificándola como un derecho constitucional autónomo de carácter excepcional. De otro lado, declaraba:

> «La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto»[18].

Al margen de las decisiones del Tribunal Constitucional, también constituyen una buena muestra de las dificultades encontradas en el Derecho español para calificar jurídicamente la objeción de conciencia, las decisiones de la justicia ordinaria. En efecto, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de abril de 2005 afirmó, en relación con la objeción de conciencia farmacéutica:

> «En el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución […] en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad

[17] Vid. Fundamento jurídico 14.

[18] Vid. Fundamento jurídico 3. Se trata, en todo caso, de una concepción de la objeción de conciencia que resulta fácilmente identificable en la jurisprudencia comparada. A modo de ejemplo puede traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Smith, donde se puso de manifiesto que las restricciones de la libertad religiosa frente a leyes de carácter general no son sino una ineludible consecuencia del sistema democrático (Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith, 494 U.S. 872 (1990)).

(art. 10 de la Constitución) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamento»[19].

Contrariamente, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha exigido un previo reconocimiento normativo para el ejercicio de la objeción de conciencia. Es el caso de las sentencias pronunciadas en materia de objeción de conciencia al seguimiento de la asignatura *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos,* que estuvo integrada con carácter obligatorio en el curriculum educativo escolar. En efecto en su Sentencia de 11 de febrero de 2009[20] de un lado, se afirma que la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia con carácter general, y, de otro, se configura la objeción de conciencia como un derecho puramente legislativo –no constitucional– y, por consiguiente, existente sólo en virtud de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno[21].

Dejando aparte la variable doctrina jurisprudencial, y centrándonos sobre el reconocimiento normativo de la objeción de conciencia y su posible engarce constitucional en el Derecho español, conviene analizar el tratamiento que el legislador ordinario ha dispensado a este instituto en algunos supuestos concretos. Ante todo cabe referirse al caso de la objeción de conciencia al aborto, donde la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, sobre salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo[22], contiene, en su artículo 19, un reconocimiento explícito a favor de aquellos profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados. A su vez, la propia norma obliga a que el rechazo o la negativa a realizar la intervención por razones de conciencia sea manifestada anteriormente y por escrito[23].

[19] Vid. Fundamento jurídico 5.

[20] Por todas puede citarse las Sentencias de 11 de febrero de 2009. Un comentario a estas decisiones puede verse en L. Ruano Espina, *Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 sobre objeción de conciencia a EpC,* en «Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado», 20 (2009).

[21] Vid. Fundamento jurídico 8.

[22] BOE de 4 de marzo de 2010.

[23] Precisamente este último aspecto ha sido objeto de desarrollo legislativo en algunas comunidades autónomas. A modo de ejemplo puede citarse la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo

En todo caso, una comprensión adecuada de la regulación de este tipo de objeción de conciencia en el Derecho español exige considerar que el legislador ha transformado la objeción de conciencia al aborto para los profesionales directamente implicados en su realización en lo que la doctrina ha venido denominando objeción *secundum legem,* mientras que la objeción de aquellos profesionales indirectamente implicados en la realización de estas prácticas se ha mantenido como una objeción *contra legem* que deberá ser atendida con base en la doctrina sentada en su momento por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 14 de abril.

También la objeción de conciencia militar ha sido objeto de desarrollo legislativo en España. En la actualidad –al margen de la normativa referida al servicio militar obligatorio, que ha devenido inaplicable desde la instauración de un ejército profesional–[24] este tipo de objeción se halla reconocida expresamente para los reservistas obligatorios en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar[25], en cuyo artículo 138 se dispone que estos reservistas[26], podrán efectuar declaración de objeción de conciencia a prestar servicio en las Fuerzas Armadas y en otras organizaciones con fines de interés general en las que se requiera el empleo de armas.

(Boletín Oficial de Navarra de 15 de Noviembre de 2010); la Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha (modificada por Orden de 14 de octubre de 2010) por la que se establece el procedimiento para el registro de las solicitudes de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo (Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 30 junio 2010). A este respecto, vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 20 de febrero de 2012 sobre anulación de algunos aspectos del procedimiento de objeción de conciencia al aborto en la Comunidad Autónoma de referencia.

24 Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de conciencia y de la prestación social Sustitutoria. (Boletín Oficial del Estado –en adelante BOE– de 7 de julio de 1998); Real Decreto 700/1999, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (BOE de 19 de mayo de 1999); Con anterioridad estuvieron vigentes la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (BOE de 28 de diciembre de 1984) y el Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero (BOE de 16 de marzo de 1995).

25 BOE de 20 de noviembre de 2007.

26 El artículo 136 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, dispone lo siguiente: «1. El Gobierno, obtenida la autorización a la que se refiere el artículo 123.2, establecerá, mediante Real Decreto, las normas para la declaración general de reservistas obligatorios que afectará a los que en el año cumplan una edad comprendida entre diecinueve y veinticinco años. El Gobierno irá concretando su aplicación con criterios objetivos por años de nacimiento, a todo el conjunto o a un número determinado. […] 3. Los reservistas obligatorios podrán ser asignados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas o en otras organizaciones con fines de interés general para satisfacer las necesidades de la defensa nacional. 4. Las causas de carácter personal, profesional, de género o de otra índole que permitan suspender su incorporación, se establecerán reglamentariamente».

El citado precepto también dispone que quienes hayan sido declarado objetores de conciencia, sólo podrán ser asignados a organizaciones con fines de interés general en las que no se requiera el empleo de armas[27].

En todo caso, cabe advertir que la conformación de ejércitos con militares profesionales no impide que puedan seguir planteándose algunos conflictos de objeción de conciencia sobrevenida. Esta modalidad de objeción, que nunca ha sido reconocida en el Derecho español, debería ser analizada como un supuesto de objeción de conciencia *contra legem,* de suerte que cabría su estimación cuando quedara acreditada la seriedad de las convicciones del objetor y no resultara justificada la aplicación del Código penal militar –que en su artículo 120 castiga con penas de prisión el delito de deserción[28]– para la salvaguarda de un interés preponderante del Estado.

En fin, el cuadro sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia en el Derecho español se cierra con las normas aprobadas por algunas comunidades autónomas[29] en materia sanitaria y farmacéutica. En efecto, en materia sanitaria se reconoce el derecho a objetar al personal sanitario en el marco de las llamadas *instrucciones previas,* esto es la declaración de voluntad de un individuo sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o en caso de fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo y de sus órganos, que desea recibir en caso de que se halle en circunstancias que le impidan manifestar tales preferencias personalmente[30].

[27] A su vez, el contenido de este precepto ha sido desarrollado por el Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, en cuyo artículo 54.2 dispone que «La declaración de objeción de conciencia se entregará por el interesado en la Subdelegación de Defensa de la que dependa, en un plazo no superior a 15 días desde la recepción de su notificación como reservista obligatorio, y en ella se concretará la preferencia para prestar servicio en los puestos específicos de las organizaciones con fines de interés general para la defensa que no requieran empleo de las armas» (BOE de 23 de marzo de 2011).

[28] El citado precepto dispone: Comete deserción el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.

[29] Sobre este punto puede verse I. Martín Sánchez, *La objeción de conciencia del personal sanitario,* en *Libertad religiosa y derecho sanitario*, Ed. Fundación Universitaria Española, Madrid 2007, pp. 47-110; A. González-Varas Ibáñez, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Ed. Dykinson, Madrid 2009; M. González Sánchez*, El comienzo y el final de la vida: fundamentos religiosos para la objeción de conciencia,* en *Libertad de conciencia y derecho sanitario en España y Latinoamérica*, Ed. Comares, Granada 2007, pp. 1-28.

[30] Vid. Artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». A su vez, el citado precepto matiza en su apartado tercero que no serán aplicadas las

De la misma manera también se contempla la objeción de conciencia farmacéutica en la normativa autonómica, dictada en desarrollo de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios[31] que, en un buen número de casos, se encuentra vinculada con la venta de productos de carácter anticonceptivo o abortivo.

2.3. El reconocimiento de la objeción de conciencia en el Derecho peruano

La Constitución peruana reconoce la libertad religiosa en su artículo 2.3, donde se afirma que toda persona tiene derecho «a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada».

A su vez el inciso 18 de este mismo precepto reconoce el derecho «a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional».

En todo caso, la Constitución no contiene ninguna referencia a la objeción de conciencia, a salvo la muy implícita contenida en el artículo 14 donde se afirma que «la educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias», lo cual podría servir para fundamentar un posible reconocimiento constitucional del instituto.

En todo caso, el silencio de la Constitución[32] no ha impedido que el legislador ordinario reconozca, con una cierta amplitud, la objeción de conciencia

instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico y a la *lex artis* (BOE de 15 de noviembre de 2002).

31 BOE de 27 de julio de 2006. Sobre la normativa autonómica puede verse, A. González-Varas, «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», en Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del estado, nº 15 (2007) También, M. Cebriá, «Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España», en Revista general, cit, nº 27 (2011)

32 En términos comparativos conviene apuntar que las únicas constituciones latinoamericanas que se refieren a la objeción de conciencia son la paraguaya de 1992 y la brasileña de 1988. En efecto, la Constitución de Paraguay dispone en su artículo 37: «Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan». Por su parte, la Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil contiene una referencia indirecta al instituto en su artículo 5. VIII, cuando dispone: «Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada por ley». Adicionalmente, en su artículo 143 hay un reconocimiento explícito de la objeción de conciencia al servicio militar en los siguientes términos: «Es competencia de las Fuerzas Armadas, en la forma de la ley, establecer un servicio alternativo para aquellos que, en tiempo de paz, después de alistados, alegaren objeción de conciencia, entendiéndose como tal, la derivada de creencia religiosa o convicción filosófica o política, para ser eximido de actividades de carácter esencialmente militar».

en la Ley de Libertad Religiosa, de 16 de diciembre de 2010[33]. Concretamente su artículo 4 define la objeción de conciencia como «la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas».

Al mismo tiempo se aclara que la objeción de conciencia surge «cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece».

Ciertamente la regulación de la objeción de conciencia contenida en esta norma pone en evidencia los riesgos en que incurre el legislador cuando trata de regular el contenido esencial del instituto. No cabe duda de que la norma puede calificarse como restrictiva por dos importantes razones. De un lado, porque parece fundamentar la objeción de conciencia únicamente en la moral o en la religión, olvidando otras motivaciones importantes que pueden dar origen también a un conflicto de conciencia como son la ética, la ideología, etc. Y de otro, porque parece condicionar la existencia de tales conflictos al refrendo por la propia confesión religiosa de la existencia de un imperativo moral o religioso frente al cumplimiento de una obligación jurídicamente exigible.

En todo caso, el contenido de esta norma ha sido desarrollado reglamentariamente a través del Decreto Supremo de 26 de julio de 2011[34], donde se contienen distintas previsiones para la solución de algunos conflictos concretos entre ley y conciencia. Así, por ejemplo, su artículo 6 viene referido a la objeción a trabajar en días considerados festivos por las propias convicciones, al margen, por tanto, de los establecidos con carácter general en la legislación laboral. El citado precepto dispone:

> «Los empleadores, de los sectores público y privado, garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que éstos consideren sagrado, siempre que el ejercicio de este derecho no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente».

El Reglamento también contempla algunos conflictos encuadrables en la objeción de conciencia educativa. En efecto, en su artículo 7 se hace alusión a la observancia de los días de descanso religioso en el ámbito educativo, en términos paralelos a los del ámbito laboral a que se refiere el artículo 6. Al mismo

[33] Vid. El Peruano, 21 diciembre 2010.
[34] Vid. El Peruano, 27 de julio de 2011.

tiempo, su artículo 9 contempla la posibilidad de ser exonerado del seguimiento de la asignatura de religión, exigiéndose para ello la simple comunicación expresa por parte de los padres o representantes legales del menor. Para tales alumnos –precisa la norma– el promedio académico se calculará considerando únicamente las asignaturas cursadas.

Por último, el artículo 8 viene referido a la llamada objeción de conciencia a prestar juramento. El Reglamento apunta que la prestación del juramento se deberá realizar de conformidad con las convicciones de quien lo realiza, permitiendo, además, emplear una fórmula promisoria, en la que esté ausente cualquier referencia o símbolo de carácter religioso, para aquellos cuya conciencia así se lo exija.

Sin duda la legislación peruana constituye, por su amplitud, un referente en lo que se refiere a la tutela de los conflictos entre conciencia y ley. Huelga señalar que aquellas situaciones que han quedado al margen del reconocimiento normativo explícito –incluidas aquellas basadas en motivaciones distintas de las morales o religiosas–[35] resultan también amparadas como supuestos de objeción de conciencia *contra legem,* y, consecuentemente, deberán ser tuteladas si ello resulta de una adecuada ponderación de las circunstancias de cada caso concreto.

3. La objeción de conciencia laboral en el Derecho peruano

3.1. Consideraciones introductorias

No es arriesgado afirmar que uno de los ámbitos que más han hecho avanzar el libre ejercicio de la religión ha sido el de las relaciones laborales. Ello es consecuencia de que la resolución de conflictos relacionados con la libertad religiosa en este entorno ha obligado a precisar hasta qué punto deben acomodarse las creencias y prácticas religiosas de los empleados cuando no se armonizan plenamente con la consecución de los legítimos intereses empresariales.

Conviene advertir que muchos de los conflictos que la doctrina ha venido identificando tradicionalmente con la objeción de conciencia laboral han sido contemplados por la legislación y la jurisprudencia comparadas desde la perspectiva de la discriminación en el empleo por motivos religiosos, cuando el

[35] Cabe recordar, en clave de Derecho comparado, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 15/1982, de 23 de abril.

empresario no ha tenido en cuenta las creencias religiosas del trabajador para adaptarlas a su proceso productivo.

En efecto, como consecuencia de un proceso paulatino de toma de conciencia de las exigencias derivadas de la protección del libre ejercicio de la religión en el ámbito laboral, se viene observando en la legislación de los países occidentales una clara tendencia a incrementar la protección de los trabajadores frente a situaciones de discriminación basada, entre otros motivos, en la profesión religiosa. No obstante estas iniciativas tuitivas no han corrido paralelas en el tiempo. De hecho, mientras en Estados Unidos de América se aprobó en 1964 la llamada Ley de Derechos Civiles –Civil Rights Act–[36] donde se prohíbe la discriminación en el empleo basada en motivos de raza, edad, nacionalidad y religión, en el ámbito europeo ha habido que esperar hasta fechas relativamente recientes para encontrarnos con una normativa similar. En efecto no fue hasta finales del 2000 cuando el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[37], a través de la que se pretende armonizar la legislación de los Estados miembros prohibiendo tanto la discriminación laboral directa como la indirecta basada, entre otros motivos, en la religión o en las convicciones.

Se debe matizar, en este momento, que con la discriminación directa se identifican aquellas situaciones en que una persona es tratada de manera menos favorable que otra que se encuentra en situación análoga por alguno de los apuntados motivos, entre los que se encuentra la religión o las convicciones. En cambio la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

Desde este punto de vista, no parece arriesgado afirmar que la mayoría de los conflictos de conciencia que pueden producirse en el ámbito laboral se

[36] Sobre la objeción de conciencia laboral en los Estados Unidos de América puede verse R. Palomino Lozano, *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos,* en «Revista española de derecho del trabajo», 50 (1991), pp. 901-932

[37] Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 2 de diciembre de 2000.
Sobre el contenido de esta directiva puede verse C. Odriozola Igual, Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo, en «Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado», 6 (2004), en http://www.iustel.com.

corresponden con situaciones de discriminación indirecta cuando el empleador rechaza acomodar las creencias del trabajador sin que exista motivo alguno que lo justifique. Atendiendo a la experiencia comparada fácilmente se deduce que los supuestos más habituales de objeción de conciencia laboral están relacionados, de un lado, con la observancia de los días festivos establecidos por la religión del trabajador y, de otro, con el empleo de vestuario o de simbología religiosa[38].

3.2. Presupuestos normativos

La Constitución peruana identifica, en su artículo 26, como principios que regulan la relación laboral el de la igualdad de oportunidades sin discriminación, el del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, y finalmente, el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. Todos ellos, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, presentan una incidencia directa en los supuestos de objeción de conciencia laboral.

Centrándonos en las festividades religiosas, es habitual que la legislación laboral establezca, con carácter general, un día a la semana de descanso con carácter retribuido y no recuperable, que, por lo demás, en los pueblos de civilización occidental de raíz cristiana corresponde al domingo[39], junto con otros días de descanso de carácter nacional.

En este sentido, la propia Constitución dispone, en su artículo 25, que los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerado cuyo disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio. En desarrollo de

[38] Sobre el tratamiento de la simbología religiosa en el ámbito laboral puede verse S. Cañamares Arribas, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2005. Sobre el tratamiento de esta cuestión en el Derecho norteamericano puede verse, A. Castro Jover, *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de Estados Unidos,* Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid 2005.

[39] Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional español en su sentencia 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 4, al afirmar lo siguiente: «Que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales) y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el *domingo* como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición».

esta previsión, la legislación peruana sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, recogida en el Decreto Legislativo 713, de 8 de noviembre de 1991[40], dispone en su artículo primero que el trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo.

A su vez, su artículo 6 contempla un calendario de festividades nacionales que incluye el día de Año Nuevo, el Jueves Santo y Viernes Santo, el Día del Trabajo, San Pedro y San Pablo, Fiestas Patrias, Santa Rosa de Lima, Combate de Angamos, Todos los Santos, Inmaculada Concepción, y la Navidad del Señor. En fin, el artículo 8 dispone que los trabajadores tienen derecho a percibir por el día feriado no laborable la remuneración ordinaria correspondiente a un día de trabajo[41].

Paralelamente a las disposiciones laborales, es lugar común reconocer como facultad inherente al ejercicio de libertad religiosa tanto la conmemoración de las festividades como la práctica de actos de culto de la propia confesión, dos realidades que con frecuencia van de la mano. En este punto la Ley peruana de libertad religiosa (2010) resulta meridianamente clara cuando afirma, en su artículo 3, que la libertad de religión incluye entre otras facultades:

> «Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley».

No cabe duda, por tanto, de que el trabajador, de acuerdo con sus creencias religiosas, tiene derecho a reivindicar como día festivo alguna fecha no coincidente con los días aprobados en el calendario laboral por las distintas administraciones implicadas. Sin embargo, su derecho no resulta ilimitado, estando sujeto –dicho sea en términos generales, tal y como establece la Constitución peruana en su artículo 2.3– a la protección de la moral y del orden público. Con

40 Vid. El Peruano, de 8 de noviembre de 1991.

41 Aplicando una perspectiva comparada, la norma laboral básica en España, el Estatuto de los Trabajadores, contiene en su artículo 37 la siguiente previsión: «1. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos. […]. 2. Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España».

mayor precisión, la Ley de Libertad Religiosa, siguiendo el mandato constitucional[42] de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los textos internacionales de derechos humanos[43], explicita los límites a la libertad religiosa, aludiendo tanto a la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales como a la protección del orden, la salud y moral públicos.

Al mismo tiempo, y como quedó señalado anteriormente, el Decreto Supremo de 26 de julio de 2011 contempla en su artículo 6 una pauta para resolver los conflictos que el ejercicio de la libertad religiosa en relación con la observancia de las propias festividades puede presentar en el marco laboral. El criterio resulta coincidente con lo establecido en la legislación[44] y jurisprudencia comparadas, esto es, la acomodación de las creencias del empleado salvo que concurra un gravamen indebido para la empresa.

En todo caso, un análisis de Derecho comparado pone en evidencia que el alcance de la objeción de conciencia laboral ha dependido, en un número considerable de casos, de la interpretación que los tribunales han realizado sobre los límites a su ejercicio, llegando, en algunos casos, a aligerar demasiado sus posibilidades de actuación frente al empresario. Constituye una buena muestra de lo afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en sus sentencias TWA v. Hardison[45] y Ansonia v. Philbrook[46]. En *Hardison*

[42] En efecto la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana dispone, bajo la rúbrica *Interpretación de los derechos fundamentales* lo siguiente: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

[43] Vid. Señaladamente el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[44] A efectos comparativos en España la Ley Orgánica 7/1980, 5 de julio, de Libertad Religiosa, dispone en su artículo 2, en términos menos explícitos, que «la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: […] b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales». En desarrollo de este precepto, los Acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español y las confesiones religiosas minoritarias de 1992, contemplan en su artículo 12 la posibilidad de que los trabajadores a ellas adheridos puedan disponer de su descanso semanal en un momento distinto al contemplado como regla general en el Estatuto de los Trabajadores, siempre que medie acuerdo entre las partes.
Los citados Acuerdos, firmados con protestantes, judíos y musulmanes, fueron aprobados por las Cortes Generales por medio, respectivamente, de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 16/1992, de 10 de noviembre. El texto de los citados acuerdos se encuentra publicado en el BOE de 12 de noviembre de 1992.

[45] Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977)

[46] Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986)

se interpretó que el empresario podía rechazar la acomodación religiosa del trabajador incluso cuando le hiciera incurrir en un coste mínimo; en *Ansonia* se sostuvo que el empresario cumple con lo dispuesto en la legislación norteamericana –Título VII de la Civil Rights Act– cuando ofrezca una acomodación razonable al empleado –de las múltiples posibles– al margen de sus preferencias sin que sea preciso que demuestre que alguna de las alternativas de acomodación preferidas por el empleado le harían incurrir en un gravamen indebido[47].

No parece, desde luego, que tales interpretaciones otorguen a la libertad religiosa la protección que requiere un derecho fundamental. Tan es así que en Estados Unidos, como reacción a esta doctrina, se han venido presentando, desde mediados de la década de los noventa, distintas iniciativas legislativas en el Congreso federal dirigidas a la aprobación de una norma –la llamada Workplace Religious Freedom Act– orientada a reforzar la obligación de acomodar del empresario frente a las interpretaciones excesivamente permisivas del Tribunal Supremo[48].

3.3. La objeción de conciencia laboral en la doctrina del Tribunal Constitucional peruano

La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional peruano se pronunció sobre la cobertura jurídica de la objeción de conciencia fue en su Sentencia 0895-2001-PA, de 19 de agosto de 2002, donde se vino a resolver un conflicto planteado en el ámbito laboral en relación con el descanso sabático. Se trata de un importante pronunciamiento donde el Tribunal viene a compensar el silencio de la Constitución en esta materia, estableciendo el engarce constitucional de la objeción de conciencia y fijando los límites para su ejercicio.

3.3.1. Las circunstancias del caso

A través de esta sentencia, se vino a resolver un recurso presentado por un médico ginecólogo de un hospital público –Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo– miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día a quien la dirección del centro sanitario asignó turnos de trabajo en sábado, a pesar de

[47] Ansonia Board of Education v. Philbrook, 479 U.S. 60, 68 (1986)

[48] Vid. G. S. Futrell, *Bring your dogma to workday: the workplace religious freedom act of 2007 and the public workplace*, en «First Amendment Law Review», Spring (2009), p. 374

conocer sus compromisos religiosos[49]. El profesional recurrente consideró que dicha asignación entrañaba una vulneración de su derecho a la libertad religiosa y una discriminación por razón de religión ya que le situaba ante la difícil tesitura de elegir –según se recoge en los antecedentes de la propia sentencia– entre incumplir sus preceptos doctrinarios o generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían acarrear su despido.

3.3.2. La fundamentación jurídica de la sentencia

El Tribunal comienza su argumentación adentrándose en una cuestión ampliamente debatida por la doctrina académica[50]: la distinción entre la *libertad de conciencia* y la *libertad de religión*. En ella se afirma que mientras la primera de ellas consiste en el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, la segunda comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto.

En fin, la Sentencia acaba concluyendo –no sin alguna confusión–[51] que se trata de libertades distintas en tanto que tienen objetos de protección diferentes: la libertad de conciencia protegería el derecho de todos los ciudadanos a tener sus propias ideas y juicios sobre la realidad –tal sería, a mi juicio, más propiamente el objeto de protección de la libertad ideológica– mientras que la libertad religiosa ampararía las creencias religiosas.

[49] Conviene, en este momento, subrayar que el centro sanitario durante los últimos cinco años le eximió de trabajar en sábado debido a su condición religiosa, pero a partir de 2001 se le empezó a asignar turnos de trabajo en esos días. Vid. Fundamento jurídico 8, donde se hace constar que el propio director del Centro apuntó en una Sesión de Directorio que «se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados».

[50] Vid. Fundamento jurídico 3.
Una nítida distinción entre estas libertades puede verse en P. J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español,* en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español,* 6.ª ed., Eunsa, Pamplona 2007, pp. 92-94. Es también ilustrativo el trabajo de R. Palomino Lozano, *Libertad religiosa individual. Libertad de conciencia,* en «Archivo institucional E-prints Complutense», disponible en http://eprints.ucm.es/7862/1/congreso_CALIR _relacion.pdf (última visita 30 de abril de 2012).
Sobre los debates en la doctrina española sobre el concepto de *libertad de conciencia* y de *libertad religiosa* puede consultarse, J. Mantecón Sancho, *La libertad religiosa como derecho humano,* en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Ed. Eunsa, Pamplona 1994, pp.109-111.

[51] En efecto, mientras al inicio de su argumentación el Tribunal Constitucional identifica la libertad de conciencia con *el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia,* al final acaba relacionándola más propiamente con la libertad ideológica, al sostener que *la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de las ideas.*

En cambio, se observa una distinción más precisa sobre el objeto de ambas libertades en las sentencias posteriores del Tribunal Constitucional sobre libertad religiosa y de conciencia. Cabe citar, a modo de ejemplo, la Sentencia de 7 de marzo de 2011, en cuyo fundamento jurídico 10 se afirma:

> «La libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve».

Paralelamente, en su fundamento jurídico 11 se alude a la libertad religiosa como la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión.

Al margen de estas precisiones y volviendo, propiamente, sobre el fondo del asunto decidido en esta sentencia, debemos señalar, ante todo, que el Tribunal identifica el conflicto entre conciencia y ley como un supuesto de objeción de conciencia a través del cual luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones[52].

Dado que la Constitución peruana no se refiere a la objeción de conciencia de un modo explícito, el Tribunal se plantea cuál es la naturaleza jurídica del instituto en el marco del Derecho peruano, esto es, si cabe concebir la objeción de conciencia como un *derecho constitucional,* de modo que pueda ser viable su protección jurídica dentro del régimen jurídico de los derechos fundamentales. Para ello, se adentra en la cláusula de los llamados *derechos no escritos,* consagrada en el artículo 3 de la Constitución, que partiendo de que los derechos en ella enumerados y reconocidos no tienen un carácter exhaustivo, declara que deben gozar de idéntica protección aquellos otros de naturaleza análoga que estén basados en la dignidad de la persona[53]. Sin embargo la utilización de dicha cláusula –según el propio Tribunal– debe tener un carácter excepcional, debiendo quedar reservada

[52] Vid. Fundamento jurídico 4, *in fine*.

[53] El citado precepto tiene la siguiente redacción: «Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

> «sólo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita»[54].

En el caso de la objeción de conciencia, la sentencia reconoce que no puede considerarse como un nuevo derecho constitucional al amparo del artículo 3 de la Constitución, sino más bien como un contenido nuevo de un derecho previamente consagrado: la libertad de conciencia[55].

Una vez precisada la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, la sentencia aborda la cuestión de sus límites de actuación, subrayando el carácter excepcional del instituto, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho […] la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.

Consecuentemente se afirma que los supuestos de objeción de conciencia no admiten una solución general sino que se deben analizar individualizadamente las circunstancias de cada caso para valorar la concurrencia en el objetor de una causa de exención de la norma de general aplicación.

Aplicando este criterio a la resolución del proceso de amparo planteado, el Tribunal entiende, de un lado, que el recurrente –miembro desde 1993 de la Iglesia Adventista del Séptimo Día– tiene la obligación religiosa de practicar el descanso semanal el sábado y, de otro, que la entidad empleadora, conociendo su condición adventista, cambió su programación de trabajo «sin que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio»[56].

En definitiva, el Tribunal no encontró en la entidad empleadora *razones de necesidad institucional* que justificaran la decisión de dejar de acomodar las creencias religiosas del médico objetor. Más en concreto, eximir al recurrente de trabajar los sábados no presentaba ninguna afectación sobre el derecho a la igualdad de los demás médicos, ya que trabaja las mismas horas que los demás facultativos, pudiendo, además, estar disponible para prestar servicio los do-

[54] Vid. Fundamento jurídico 5, *in fine*.

[55] Vid. Fundamento jurídico 6, donde se dispone «no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia».

[56] Vid. Fundamento jurídico 8.

mingos. Por consiguiente, el Tribunal concedió –acertadamente a mi juicio– el amparo solicitado, disponiendo que el centro sanitario debía adoptar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del objetor.

3.3.3. Breve referencia al contenido de los votos singulares

Los votos singulares formulados por dos magistrados al contenido de la sentencia, contienen una serie de argumentaciones sobre las que conviene detenerse porque en ellas se vincula el ejercicio de la objeción de conciencia con la quiebra de la igualdad por parte del objetor.

El voto del Magistrado Rey Terry parece concebir la objeción de conciencia como un mecanismo que genera privilegios a favor de determinadas personas por razón de sus convicciones religiosas y, por consiguiente, capaz de generar desigualdades. Sin embargo, resulta arriesgado afirmar que quien trata de evitar un conflicto de conciencia, frente a la aplicación de una norma de carácter general, pretende arrogarse un privilegio frente al resto de ciudadanos. Conviene recordar que el objeto de protección de la libertad religiosa no recae sobre simples preferencias o percepciones sino sobre aquellas convicciones que han alcanzado un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia[57]. Por todo ello, parece desenfocado considerar al opositor como un mero oportunista que con pretexto en sus convicciones pretende alcanzar intereses espurios.

Por otra parte, se afirma en el voto que, con base en el *ius variandi* el empresario puede efectuar cambios y regular las actividades laborales para cumplir los objetivos establecidos en la entidad a su cargo, dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales, sin que ello pueda entrañar una discriminación frente a los derechos del empleado.

Contrariamente a esta opinión, existe un amplio consenso en admitir que ciertas decisiones empresariales pueden tener repercusión sobre los derechos fundamentales de los trabajadores en general y sobre su libertad religiosa en particular. Así lo contempla, por lo demás, la legislación comparada en materia de discriminación laboral indirecta, donde se llega incluso a precisar hasta qué punto son admisibles aquellas prácticas empresariales que tengan repercusión sobre la religión de los empleados, entre otros aspectos.

[57] Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell & Cosans v. United Kingdom, de 25 de febrero de 1982, apartado 36.

Por su parte, el segundo voto singular –formulado por la Magistrada Revoredo Marsano– afirma que frente a la libertad de conciencias del objetor se encuentra el interés de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. Consecuentemente, se sostiene que el Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto.

Es cierto que si se vincula la objeción de conciencia con la libertad religiosa e ideológica, su ejercicio debe estar sometido a los mismos límites que a su ejercicio se contemplan tanto en las constituciones como en los textos internacionales de derechos humanos. Entre tales limitaciones es habitual incluir tanto la protección de los derechos fundamentales de los demás –entre los que se cuenta la vida y la integridad física– como de la salud pública. Sin embargo, la aplicación de una regla de proporcionalidad para su solución exige acreditar tanto la seriedad de las convicciones del objetor como la real concurrencia de los intereses públicos preponderantes con los que choca la conciencia individual. No parece que, en este caso, pueda resultar perjudicado cualquiera de los apuntados intereses como consecuencia de la acomodación de las creencias religiosas del objetor, pues su solución consistiría en asignar a otro facultativo el desempeño de sus funciones médicas durante los sábados, con lo que la ausencia del objetor del centro sanitario en esos días no presentaría ninguna repercusión relevante sobre la salud pública, o al menos mayor que derivada de disfrutar de su descanso semanal en un día distinto del señalado por sus propias creencias religiosas.

Este último razonamiento se vincula con otra de las argumentaciones sobre las que se basa el segundo voto disidente, según la cual el principio de igualdad, en su aplicación sobre el descanso semanal, exige que las inevitables restricciones se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la necesidad de conceder la misma ventaja al resto de empleados del centro sanitario.

A este respecto conviene recordar, ante todo, que la aplicación del principio de igualdad en materia religiosa supone reconocer que todos los ciudadanos se encuentran en la misma situación a la hora de ejercer su derecho de libertad religiosa[58], lo que conlleva que «no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad

[58] Vid. P.J. Viladrich y J. Ferrer Ortiz, *Los principios informadores…,* cit., p. 102.

religiosa por todos los ciudadanos, lo que implica que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico»[59].

Sin embargo, una adecuada concepción del principio de igualdad exige advertir que igualdad no significa uniformidad, de suerte que las situaciones jurídicas distintas deben ser objeto de un tratamiento jurídico también distinto.

En clave de Derecho comparado cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1981, de 2 de junio, en la que se afirmó:

> «La igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida»[60].

Tal relación de proporcionalidad se traduce en que la ruptura de la igualdad en sí misma sólo puede estar justificada cuando se trata de amparar otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, asegurando, en todo caso, que tenga la entidad mínima necesaria para la salvaguarda de los intereses prevalentes[61].

Al margen de estas precisiones parece indiscutible que el error de enfoque que se aprecia en estos votos particulares se ha hecho especialmente evidente –desde un punto de vista normativo– después de la entrada en vigor de la Ley peruana de Libertad Religiosa de 2010, y de su Reglamento, donde claramente se reconoce que «los empresarios […] garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que éstos consideren sagrado».

4. A modo de conclusión

A la hora de resolver los conflictos de conciencia que puedan plantearse en el ámbito laboral no se debe desconocer que en el ámbito de las relaciones laborales los trabajadores permanecen en el goce y disfrute de los derechos

[59] Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional español 24/1982, de 13 mayo, fundamento jurídico 1.

[60] Vid. Fundamento jurídico tercero (RTC 1981\22).
En el fondo este criterio viene a descansar sobre la doctrina sentada, de manera constante, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por todas vid. Sentencia Carson y otros v. Reino Unido, de 4 de noviembre de 2008, apartado 73 (RJA-TEDH 2008\84) donde sigue la doctrina originariamente sentada por el propio Tribunal Europeo en la sentencia del caso lingüístico belga, de 23 de julio de 1968 (RJA-TEDH 1968/3).

[61] Vid. I. Martín Sánchez, *Laicidad e igualdad de las confesiones religiosas: algunas cuestiones debatidas,* en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», 13 (2009), p. 183.

fundamentales reconocidos en la Constitución, por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad. En consecuencia, el ejercicio de los derechos del empresario –entre los que se incluye el *ius variandi*– debe ejercitarse con pleno respeto a la dignidad del empleado. El aspecto más delicado se encuentra, por tanto, en la pacífica armonización de estas dos dimensiones que debe partir del reconocimiento de una posición preeminente a los derechos del trabajador frente al ejercicio de la libertad de empresa, lo que se traduce en que la modulación del contrato de trabajo sólo deberá producirse en la medida imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial[62].

Centrándonos en el ámbito de la objeción de conciencia laboral, se puede afirmar, desde una perspectiva comparada, que la generalidad de las normas orientadas a combatir la discriminación laboral en el empleo contienen criterios para la solución de estos conflictos. En ellas se dispone que el empleador incurrirá en una práctica laboral ilícita cuando, de alguna manera, discrimine a sus empleados por motivos religiosos (entre otros) salvo que tal práctica constituya una *bona fide occupational qualification*, esto es, una exigencia razonable de buena fe para el funcionamiento normal del negocio o empresa.

Así, el trabajador debe aportar un indicio de discriminación *(prima facie case of discrimination*) que permita acreditar, de un lado, la seriedad de sus creencias religiosas y, en segundo lugar, su colisión con una exigencia laboral. Por su parte, el empresario debe justificar, ante todo, que la práctica empresarial discutida es una exigencia de buena fe por guardar una relación directa con la capacidad para desarrollar el trabajo y por afectar a la esencia o al objetivo principal del negocio. Justificado este aspecto, debe también acreditar que no existía un medio menos lesivo o alternativa posible para conseguir los legítimos intereses empresariales en tanto que cualquier intento de acomodo del trabajador le hubiera hecho incurrir en un gravamen indebido.

A pesar de que la legislación antidiscriminatoria resulta bastante clara al expresar un criterio para resolver estos conflictos, la jurisprudencia ha interpretado, en ocasiones, de un modo desigual el alcance de las obligaciones del empresario. Cabe recordar cómo la jurisprudencia norteamericana en Hardison y en Ansonia, descargó la responsabilidad del empresario en esta materia, llegando a afirmar que bastaría un perjuicio leve *(de minimis)* para que el empresario pudiera rechazar la acomodación del trabajador.

[62] En este sentido puede verse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 204/1997, de 25 de noviembre, fundamento jurídico 2 (BOE de 30 de diciembre de 1997).

Frente a este posicionamiento, la jurisprudencia canadiense se ha esforzado en precisar los términos del derecho al acomodo. Así, el Tribunal Supremo canadiense afirmó en su Sentencia Central Okanagan School District No. 23 et al. v. Renaud[63] que la acomodación exige más que un esfuerzo insignificante por parte del empleador. El uso del término *indebido* sugiere que toda acomodación conlleva un gravamen. Únicamente cuando alcanza la categoría de indebido o desproporcionado cesa la obligación de acomodar las creencias religiosas del trabajador, de modo que los inconvenientes menores o las meras incomodidades que la acomodación pueda causar al empresario no son más que el precio que hay que pagar a favor de la libertad religiosa en una sociedad multicultural.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo canadiense estableció en su Sentencia Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)[64] algunos factores relevantes para determinar si una acomodación entraña un gravamen indebido para el empresario, señalándose como tales los costes financieros, el conflicto con el convenio colectivo, problemas morales respecto a otros empleados. En este punto, la sentencia subrayaba que la propia dimensión del negocio puede tener influencia sobre la valoración de si un determinado coste financiero es exagerado o la facilidad con la que se pueden adaptar los medios productivos a las nuevas circunstancias exigidas por la acomodación.

En definitiva, puede decirse que tomarse en serio la objeción de conciencia supone, a su vez, tomarse en serio los derechos fundamentales, en tanto que constituye un derivado de la libertad religiosa e ideológica. Al mismo tiempo, conviene tener presente que, como se ha observado, el recurso a la objeción de conciencia lejos que constituir una amenaza para los cimientos del Estado de Derecho puede ser un recurso que confirme la vitalidad de la democracia, al reforzar de alguna forma el ejercicio de un derecho fundamental, y garantizar uno de los elementos políticos que fundamentan el sistema democrático: el respeto de las minorías[65].

63 Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud, [1992] 2 S.C.R. 970

64 Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489

65 Vid. A. Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p. 199.

Exámenes convocados en días de descanso religioso. Comentario a la STC 2430-2012-PA/TC

Dr. Joaquín Mantecón Sancho
Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Cantabria (España)
manteconjm@unican.es

Sumario:

1. *Los hechos*
2. *El recurso ante el Tribunal Constitucional*
3. *La resolución del Tribunal*
4. *Consideraciones del Tribunal: trabajo, festivos religiosos y libertad religiosa*
5. *Posible objeción de conciencia*
6. *La discriminación indirecta*
7. *El bien preponderante*
8. *Visión conclusiva*

1. Los hechos

El caso que está en el origen de esta Sentencia es el de una alumna, adventista del séptimo día, matriculada en febrero de 2011 en el curso de CEPRUNSA, III Fase, de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa que, tras un mes de asistencia a clases, se entera de que los exámenes se rinden en día sábado. Solicitó poderlos realizar otro día. La Universidad respondió que atender su petición hubiera significado un gasto adicional para la Universidad; que, por otra parte, su capacidad no sería medida en igualdad de condiciones con los demás concursantes; y que, por último, podía enterarse o enterar a los demás alumnos de las preguntas del examen. También solicitó que, en caso de no atender dicha demanda, se le devolviera el dinero abonado por su inscripción en el curso, para poder postularse al examen de admisión ordinario, ya que en este caso los exámenes tenían lugar en domingo. La Universidad respondió

negativamente puesto que había asistido ya durante un mes a las clases. Ante esta respuesta deja de asistir a las clases.

El 12 septiembre de 2011 presentó una demanda de amparo contra la Universidad. En su demanda solicita que los exámenes se celebren en día distinto del sábado y que, en caso negativo, se le devuelvan los 520 nuevos soles que abonó en concepto de matrícula, para poder optar a la postulación ordinaria de la Universidad (o en otra Universidad, en su caso), siempre que los exámenes se celebren en día diverso del sábado.

El motivo de fondo alegado en esta primera instancia es que la celebración de exámenes en día sábado constituía una amenaza al ejercicio de su derecho de libertad religiosa. Y, por lo que se refiere a la solicitud de devolución de la cantidad pagada por su inscripción en el programa CEPRUNSA, estima que su no devolución afectaría negativamente a su derecho a la educación.

El 29 de noviembre de 2011, el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa declaró infundada la demanda alegando la falta de justificación para pedir un cambio en la fecha de los exámenes una vez transcurrido un mes desde el inicio de las clases, ya que perjudicaría a los demás estudiantes y a la propia Universidad. Pero además señalaba que la variación de fechas carecía de sentido pues los exámenes ya habían tenido lugar. Y por lo que se refiere a la devolución del dinero indicaba el Juzgado que no era materia de amparo sino meramente patrimonial propia de la jurisdicción ordinaria.

Recurrida la Sentencia ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ésta declaró improcedente la demanda, pues a su juicio no se produjo vulneración del derecho a la libertad religiosa, ya que la recurrente no acreditó que la Universidad hubiera cambiado la fecha de los exámenes después de su inscripción; por lo que consideró de aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, que dispone la improcedencia del recurso si «*los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*».

2. El recurso ante el Tribunal Constitucional

Residenciado el recurso ante el Tribunal Constitucional, la recurrente vuelve a alegar que la denegación a su solicitud de celebrar los exámenes en día distinto del sábado constituiría una amenaza a su derecho de libertad religiosa.

No deja de tratarse de una curiosa demanda, pues no se pide satisfacción por el hecho de que no se hubiera accedido a su petición –de hecho, los exá-

menes ya habían tenido lugar–, y se hubiera violado de esta forma su libertad religiosa; sino que solicita que se considere como una amenaza a su derecho de libertad religiosa la posibilidad de que, si se matricula en el Curso de CEPRUNSA, los exámenes se realicen en día sábado y no se acceda a cambiarlos. Se trata, por tanto, de una demanda sobre un verdadero futurible: su postulación futura está en función del día en que se celebren los exámenes, cuestión que se ignora en el momento presente.

Antes de considerar si ha existido una violación del derecho de libertad religiosa, el Tribunal Constitucional afronta la cuestión previa de verificar si esta alegada amenaza cumple con los requisitos de *certeza* e *inminencia* exigidos por el artículo 2 del Código Procesal Constitucional[1].

El Tribunal, utilizando su propia Jurisprudencia[2], considera que no puede hablarse con propiedad de un caso de amenaza *cierta* e *inminente*, ya que todo pende de un futurible, es decir, de la posible postulación de la demandada en relación con el hecho incierto de la celebración de los exámenes en día sábado. En efecto, no se puede perder de vista que en el momento de la celebración del proceso la demandada no está inscrita en ningún curso y que su solicitud es *de futuro*. Es decir, no existe en este caso la certeza de la amenaza. Como resulta evidente, se trata de un hecho futuro e incierto: su posible postulación y la posibilidad de que los exámenes tengan lugar en sábado. Tampoco procede considerarla como inmediata, pues los exámenes se celebrarán en el futuro, y sólo en el caso de que la alumna se postulara. Por tanto, no tratándose de una verdadera amenaza contra un derecho constitucional, el Tribunal declaró la improcedencia del amparo de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, ya mencionado[3].

Por lo que se refiere a la presunta afectación a su derecho a la enseñanza por la no devolución de los gastos de inscripción en el programa CEPRUNSA, la Universidad manifestó que la recurrente pagó por un servicio que había recibido y que la devolución que solicita no puede ser objeto de una demanda de amparo sino de un proceso ordinario. El Tribunal consideró, en efecto, que se trataba de un asunto de legalidad ordinaria, de naturaleza contractual, y no referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación.

1 Artículo 2.- *Procedencia.* Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. *Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización*… [las cursivas son mías].

2 En particular las STC 0091-2004-PA/TC, RTC 00393-2011-PA/TC, y RTC 04392-2011-PA/TC.

3 Vid. nota 1.

Pero, volviendo al caso de autos, considera el Tribunal que, aunque no se trate estrictamente de un caso de objeción de conciencia, nos encontraríamos ante una situación que, en todo caso, exige una cierta tutela del derecho de libertad religiosa. En este sentido, antes de entrar en el fondo del asunto el Tribunal realiza unas consideraciones sobre los requisitos intrínsecos en dos situaciones distintas de celebración de exámenes.

En primer lugar, el caso de un examen necesario para superar una asignatura. En este supuesto, según el Tribunal, asiste al alumno el derecho a solicitar un cambio de fecha del examen y la entidad educativa estatal, realizando un esfuerzo de acomodación de la Ley de Libertad Religiosa[4], debería brindarle una fecha alternativa para rendir el examen.

En segundo lugar nos encontramos con el caso de los exámenes de admisión a entidades educativas estatales (como universidades) convocados en el día de descanso religioso de algún postulante. En tal supuesto, siempre según el Tribunal, el respeto al derecho-principio de igualdad exige que el examen tenga lugar simultáneamente y en las mismas condiciones para todos los concursantes, pues se trata de la única forma de garantizar que existe una igual comparación de las capacidades y méritos de todos ellos, conducente a obtener, en igualdad de oportunidades y condiciones, una puntuación que les permita obtener, o no, una plaza así como el orden de adjudicación. Por estas razones, la entidad educativa no está obligada a fijar una fecha alternativa de examen. Es decir, en este caso el derecho de libertad religiosa cedería ante las exigencias del principio de igualdad, en una típica hipótesis en que el bien común prima sobre el bien particular.

Sin ambages, no me parecen razonamientos concluyentes. En el primer supuesto el respeto al derecho-principio de igualdad pareciera exigir que el examen tuviera lugar simultáneamente y en las mismas condiciones para todos los alumnos, por las mismas razones aducidas en el segundo supuesto. Pero en el segundo parece eximirse a la Administración educativa de cualquier esfuerzo de armonización entre el derecho de libertad religiosa y la fecha de realización del examen (al contrario de lo indicado en las previsiones del artículo 7 del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa). La única solución en este caso estribaría en el cambio de fecha para todos los postulantes, solución que sólo resultaría factible si el cambio de fecha se solicita con la necesaria antelación (como puso de relieve el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy de la Unión Europea, en el caso *Vivian Prais*), de forma que no se ocasionaran problemas sobrevenidos al resto de los postulantes.

[4] Cfr. artículo 3, inciso f).

De todas formas, el núcleo decisivo de la cuestión se encuentra en la calificación que realiza la propia demandante de su caso al valorarlo, no como objeción de conciencia ni como violación directa de su libertad religiosa, sino como *amenaza* a su libertad religiosa.

Por eso, al desmontar el Tribunal los requisitos exigidos por la norma para caracterizar a una situación como amenaza –la certeza e inminencia– queda ya resuelto el caso.

3. La resolución del Tribunal

Por las razones expuestas el Tribunal Constitucional resolvió declarar *infundada* la demanda en lo que respecta a la amenaza de afectación de los derechos a la libertad religiosa y a la educación, de acuerdo al artículo 2 del Código Procesal Constitucional, y declarar *improcedente* la demanda en lo que respecta a la solicitud de devolución de los 520 nuevos soles pagados por la recurrente a la Universidad, conforme al artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional. Finalmente, exhortó a la Universidad Nacional de San Agustín a fin de que, en lo sucesivo, atienda las solicitudes que presenten las personas a las que, por razón de sus creencias religiosas, el día fijado para realizar un examen entra en colisión con el establecido por su confesión religiosa como descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella.

La resolución del Tribunal resulta incontestable, con el interés añadido de unas consideraciones doctrinales sobre las exigencias del derecho de libertad religiosa al margen del caso concreto que está en el origen de la demanda, favoreciendo una reflexión sobre los requisitos de la objeción de conciencia y la protección del derecho de libertad religiosa y de conciencia en estos supuestos.

El llamado o exhortación final a la Universidad, un tanto retórica, no deja de ser un recordatorio sobre las posibilidades de solución de este tipo de casos, y es el único punto de la resolución al que objeta el Magistrado Vergara Gotelli en su breve voto particular. En efecto, afirma el magistrado que habiéndose desestimado la pretensión no tiene sentido requerir nada a la emplazada, puesto que esto supondría una especie de reconocimiento de responsabilidad por su parte. Por otro lado, añade, carece de sentido exhortar a algo que ya es exigido por la Ley vigente.

4. Consideraciones del Tribunal: trabajo, festivos religiosos y libertad religiosa

El núcleo del conflicto planteado, al margen de la concreta solución dada al caso, constituye una cuestión de suficiente relevancia para que el Tribunal le dedique una serie de consideraciones de innegable valor doctrinal.

Se trata de un conflicto que surge por la fijación de exámenes en un día considerado de descanso preceptivo por una Confesión religiosa, por lo que se puede ver afectado el derecho de libertad religiosa, que incluye el derecho a celebrar las propias festividades religiosas, como declara la Ley de Libertad Religiosa[5].

Por un lado, el Tribunal, citando sentencias suyas anteriores, comienza recordando que el derecho de libertad religiosa comporta la capacidad para actuar de acuerdo con los propios principios o convicciones religiosas[6]. Y también la exigencia de que el Estado genere las condiciones mínimas para que la persona pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa[7], que sería el paralelo al mandato de la Constitución española a los Poderes públicos de remover los obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales[8].

Pues bien, según el artículo 3, inciso f) de la Ley de Libertad Religiosa uno de los aspectos que comprende este derecho fundamental es el de «c*onmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión*», tanto en el ámbito laboral como en el educativo[9] –expresamente mencionados–, y el Tribunal recuerda que esto tiene su fundamento en conocidos instrumentos internacionales de derechos humanos[10], así como en la jurisprudencia del propio Tribunal[11].

[5] Artículo 3.- *Ejercicio individual de la libertad de religión*: La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos: […] f) Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión…

[6] Vid. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

[7] Ibidem, fundamento 14; STC 256-2003-HC/TC, fundamento 15.

[8] Artículo 9, 2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

[9] Artículo 3, f) Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente Ley.

[10] Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 18; Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981), artículo 1.

[11] Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 11 y 16; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 21.

En concreto, sobre los festivos religiosos el Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa prescribe en su artículo 7:

> «Los responsables de las entidades educativas estatales brindarán las facilidades necesarias a sus estudiantes, a efectos de que en el ejercicio de su derecho a conmemorar sus festividades y guardar el día de su descanso y siempre que el ejercicio de este derecho no afecte el normal funcionamiento de las actividades curriculares de la entidad».

Ciertamente, el imperativo *brindarán*, que parece garantizar el derecho a guardar el descanso, entra o puede entrar en conflicto con el requisito de que no se perjudique el normal funcionamiento de la actividad docente escolar.

5. Posible objeción de conciencia

Llegado a este punto, el Tribunal Constitucional da entrada a la cuestión de la objeción de conciencia como supuesto en que se suele concretar el conflicto entre la guarda del descanso religioso y la actividad lectiva programada, en este caso, la realización de exámenes.

Por un lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Libertad religiosa, recuerda que la objeción de conciencia es una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa[12]. Por otro, citando una sentencia anterior a la promulgación de esta Ley, señala:

> «El derecho constitucional a la objeción de conciencia […], permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho

[12] Artículo 4.- *Objeción de conciencia*. La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece.

de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente».

Como se puede observar en esta larga cita, la doctrina del Constitucional peruano recoge, en un mismo texto, la ambivalencia de la institución, que el Constitucional español ha expresado en diversas sentencias y de forma menos clara. Por un lado, el claro anclaje de la objeción de conciencia en el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia[13] y por otra, su carácter excepcional en el ámbito del Estado de Derecho, que postula su reconocimiento *ad casum* y no de forma irrestricta[14].

Como manifestación de la importancia del argumento, acude seguidamente a la jurisprudencia comparada, trayendo a colación la Sentencia *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, de 1976, y las Sentencias T-448 de 2007 y T-493 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. En el caso de Colombia ambas sentencias consideran vulnerado el derecho de libertad religiosa por el mero hecho de no cambiar la fecha de los exámenes frente a quien objetaba a su realización por razones religiosas. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cambio, es más posibilista, pues declara que no existe violación del derecho si la solicitud no se presentó con carácter previo a la comunicación de la fecha del examen.

Pero el Tribunal Constitucional considera que, estrictamente hablando, no puede hablarse de objeción de conciencia en el caso de celebración de exámenes en días impedidos para alguna Confesión religiosa, ya que faltaría el requisito del deber jurídico a objetar, pues el alumno no está jurídicamente obligado a realizar el examen. Pero no sólo. Aunque no lo mencione el Tribunal cabría también aducir que la respuesta del ordenamiento a la objeción suele ser la permisión de una conducta omisiva. Sin embargo, en este caso nos encontramos con que el reconocimiento de la objeción exigiría una conducta activa a la Administración educativa, cual es la de proceder a cambiar la fecha del examen.

En todo caso, sin embargo, no se trata de razones absolutamente incuestionables. Todo depende de la definición que se dé o del concepto que se tenga de la objeción de conciencia[15]. En efecto, los supuestos se han multiplicado con el paso del tiempo de tal forma que cada vez resulta más difícil ofrecer una definición que pueda abarcar a todos[16]. Por tanto, no siempre la obje-

[13] Cfr. STC 53/1985, fundamento jurídico 14.

[14] Cfr. STC 161/1987, fundamento jurídico 3.

[15] Cfr. R. Palomino, *Las objeciones de conciencia*, Ed. Montecorvo, Madrid 1994, pp. 19-25.

[16] Cfr. R. Navarro Valls-J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid 1997, p. 1.

ción supondrá el incumplimiento de un deber jurídico –legal, administrativo o contractual–, como sucede en los casos clásicos de objeción de conciencia al servicio militar, al pago de impuestos, a no trabajar en determinados días, etc., sino que en ocasiones no existirá un deber jurídico al que objetar, como sucede en el caso de la objeción de conciencia al aborto o a determinados tratamientos médicos (no existe una obligación de abortar o de someterse a dichos tratamientos) y, sin embargo, pocos niegan que se trate de supuestos de objeción de conciencia[17].

En el caso que nos ocupa no existe una obligación jurídica de examinarse en los días previstos por la Administración educativa competente. Aunque sí existe una justificada expectativa de que los alumnos que quieran superar la asignatura o conseguir una plaza se presenten a examen. Nos encontraríamos casi en el ámbito de una condición o, como lo denomina una parte significativa de la doctrina, ante una objeción de conciencia relativa[18]: si se quiere aprobar se ha de presentar al examen, como requisito previo ineludible. Quien objeta al examen renuncia a unas expectativas razonables, a un bien. Objetar, supone para el objetor un daño no inferido sino elegido. Por tanto, nos hallaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia impropia o, como se ha dicho, relativa. De hecho, la mayor parte de la doctrina incluye este supuesto entre las objeciones de conciencia[19].

6. La discriminación indirecta

No obstante lo dicho, cabría plantearse también si no podría tratarse más bien de un caso de discriminación por razones religiosas, prohibida por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley de Libertad Religiosa. En efecto, aunque no sea el motivo aducido por la demandante, se podría considerar, *in abstracto*, la posibilidad de que este supuesto constituyera una discriminación, si bien indirecta, por la condición de fiel de una determinada confesión religiosa de la demandante.

[17] Vid. M.P. Sánchez González, *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos,* Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

[18] R. Navarro Valls-J. Martínez Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.ª ed., Iustel, Madrid 2012, p. 77.

[19] Cfr. J. G. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia*, Ábaco, Buenos Aires 2004, pp. 141-142; R. Navarro Valls-J. Martínez Torrón, *Las objeciones de conciencia*… cit., p. 155; Idem, *Conflictos entre*… cit., pp. 445-446.

Veámoslo. Todos los alumnos son convocados para un examen en un mismo día y hora. Una alumna solicita que se cambie el día del examen por contradecir un precepto de la religión que profesa. La respuesta de la Universidad es que no cabe establecer excepciones, en atención al principio de igualdad. En la práctica, la alumna queda fuera del examen por su condición religiosa, sin que la Universidad haya en ningún caso atentado directamente contra dicha condición religiosa, sino que ha actuado en todo momento dentro de la más estricta neutralidad. Por ello pienso que cabría hablar de discriminación indirecta en los resultados.

Sin embargo, nos encontramos en una situación parecida a la de la objeción de conciencia relativa, en la medida en que la norma –en este caso la convocatoria de exámenes– no impone ni prohíbe una determinada conducta, sino que únicamente dispone unas expectativas con carácter general. La consecuencia estriba en que, a quien se niega a examinarse por razones religiosas, se le priva de un bien (aunque más bien cabría precisar que es él mismo quien se priva voluntariamente de dicho bien).

En todo caso, al verse afectado indirectamente el derecho de libertad religiosa, los Poderes públicos, en este caso la Administración educativa, ha de responder procurando que la afectación sea la mínima posible, tal como prevé concretamente el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa.

Para ello habría que ponderar los inconvenientes –daños– que ocasionaría el cambio solicitado de fecha de los exámenes. Como resulta evidente, si la fecha ya ha sido fijada, el cambio afectaría a todos los alumnos, que han podido realizar sus planes de estudio teniendo en cuenta la fecha establecida. Pero ¿estaría constreñida la Universidad a proceder al cambio para evitar la afectación a la libertad religiosa del alumno objetor? No se puede perder de vista que el posible objetor no se encuentra, en principio, abocado de forma necesaria a postularse en una Universidad concreta desde el momento en que puede hacerlo en varias.

7. El bien preponderante

Podríamos en este caso aplicar los principios del *balancig process* de la jurisprudencia norteamericana, ponderando cuál es el mal menor. En mi opinión el cambio de fecha obliga a un *undue hardship* (gravamen excesivo) a la Universidad (sobre todo, teniendo en cuenta las consecuencias para el resto de los alumnos), y por tanto, en mi opinión, una solicitud de cambio de fecha sería injustifica-

da. Caso distinto sería que, con anterioridad a la fijación de fecha concreta de examen, algún alumno advirtiera a la Universidad de su imposibilidad de rendir exámenes en día sábado por razones religiosas. En este caso, siguiendo la sugerencia del artículo 7 del Reglamento citado anteriormente, la Universidad debería fijar la fecha de examen en un día no conflictivo, siempre que el día fijado no supusiera un trastorno importante para la Universidad y el resto de los alumnos.

Siempre cabe plantearse la cuestión de cómo una decisión fundamentada en un bien común genérico –la comodidad de la mayor parte de los alumnos–, o el principio de igualdad, podrían imponerse a las exigencias de un derecho fundamental, como es el de libertad religiosa. En mi opinión, el derecho a vacar en los días festivos religiosos propios es, en efecto, una manifestación del derecho de libertad religiosa, pero no una manifestación tan esencial como sería, por ejemplo, el derecho a recibir asistencia religiosa de la propia confesión o el de celebrar los actos de culto propios. Sobre todo, teniendo en cuenta que no existe obligación alguna de trabajar (de rendir examen, en el caso).

8. Visión conclusiva

Pese a que el Tribunal declaró infundada la demanda, el caso plantea un supuesto interesante, y el Tribunal le dedica unas consideraciones no menos interesantes, que le llevan a descartar que nos encontremos ante un supuesto de objeción de conciencia en sentido estricto, por ausencia de un deber jurídico que objetar. Efectivamente, así es. No obstante, como se ha indicado, nada impediría considerarlo como un caso de objeción de conciencia impropia o relativa (de hecho, en la jurisprudencia comparada se suele incluir entre los supuestos de objeción de conciencia).

Otra posibilidad que hemos visto, aunque no contemplada por el Tribunal, es la de un supuesto de discriminación indirecta por razones religiosas. Lo que sucede es que la presunta discriminación desaparece como hipótesis desde el momento en que la solución jurídica a adoptar pasa por la aceptación de la propuesta original de la Administración educativa, sin necesidad de exigirle cambio alguno.

En concreto, teniendo en cuenta la legislación peruana, podemos llegar a las siguientes conclusiones. Primera: el derecho de libertad religiosa incluye el derecho a celebrar las propias festividades religiosas, entendiendo por celebrar no sólo el acto positivo de participar, por ejemplo, en el culto; sino también el

de no trabajar[20]. Segunda: en el ámbito de la enseñanza la implementación del derecho pasa por la colaboración de las autoridades educativas. Sin embargo, esta colaboración tiene un límite: que el ejercicio de este derecho no afecte el normal funcionamiento de las actividades curriculares de la entidad.

Por tanto, en el supuesto contemplado, prescindiendo de la formulación concreta del petitorio, nos encontramos con un caso en el que la solicitud de la demandada, de cara al futuro, obligaría a la Universidad a designar como días de examen alguno distinto al sábado. Es decir, teniendo en cuenta que existe una petición de no celebrar exámenes en día sábado por exigencias religiosas, la Universidad tendría que designar una fecha alternativa, produciéndose un supuesto típico de lo contemplado en el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa.

[20] Cfr. artículo 3, f) de la Ley de Libertad Religiosa; artículo 7 del Reglamento de la Ley.

La libertad religiosa y de culto en establecimientos penitenciarios. Comentario a la STC 3045-2010-PHC/TC

Víctor García Toma
Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú

Sumario:

1. *Introducción*
2. *La libertad religiosa*
3. *La libertad de culto*
   3.1. *Respeto a la moral social*
   3.2. *Respeto del orden público*
4. *Análisis del caso materia de controversia constitucional: Anilda Noreña Durand (Expediente 3045-2010-PHC/TC)*

1. Introducción

En los tiempos actuales es indiscutible que los tratados y las constituciones reconocen y ofrecen amparo jurídico, a un conjunto de derechos vinculados con la vida interior del ser humano. Ello se produce en atención a su peculiar capacidad de ser consciente, reflexivo, autodeterminativo, el cual se ve acompañado de emociones y sentimientos.

Al hacer hincapié en la *espiritualidad* del ser humano se resaltan sus actividades sensitivas, afectivas y reflexivas; en donde la experiencia moral se presenta como manifestación de su ser personal autodeterminativo en búsqueda del bien; la experiencia estética como revelación de su impredecible e indeterminable vocación creativa o contemplativa; y la experiencia intelectual acerca de la explicación de la realidad y relación entre las cosas, su persona y la vida coexistencial.

Ello se produce en atención a su capacidad de ser consciente, reflexivo y autodeterminativo: el cual se ve acompañado de emociones y sentimientos.

Es igualmente patente que la opción valorativa del ser humano acredita su capacidad para sortear y ascender sobre los linderos de la realidad material.

En ese contexto, es dable determinar los alcances de la libertad religiosa y la libertad de culto.

Entre los derechos destacan la libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de culto; algunos de los cuales se entroncan directamente con el caso Anilda Noreña Durand (Expediente N.º 03045-2010-PHC/TC).

2. La libertad religiosa

Dicha facultad aparece expresada en la necesidad de deslindar entre el mundo de la política y el de la religión. Así, encontraremos en la Apologética XXIV, 6 del teólogo Quintinio Septimio Florente a Tertuliano (160-220 d.C.) expresar lo siguiente:

> «Fijaos bien, no sea que cometáis un crimen de impiedad al privar a los hombres de la libertad religiosa y prohibirles la elección de la divinidad, es decir, no permitirles adorar a quienes quieran […]».

Oscar Celedón [*Libertad religiosa y resoluciones ilustradas* En: *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Madrid: Dikynson, 2001] expone que dicho derecho se convirtió en el principal atributo objeto de atención en las primeras declaraciones de derechos en pro del resguardo de los atributos fundamentales. Así aparece tras la afirmación del principio de *tolerancia* en las ex colonias de América del Norte, Francia e Inglaterra.

En efecto, Georg Jellinek [*La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*. México, IIJ-UNAM, 2003] expone que el reconocimiento de la libertad religiosa fue el *leit motiv* de la elaboración de las constituciones prefederales en América del Norte (13 colonias) y sus textos declarativos de derechos. Plantea que la concepción de dicha libertad fue obra del inglés Roger Williams, quien tras desembarcar en la Massachusetts en 1631, predicó acerca de la tolerancia de credos. Tras su violenta expulsión de ese lugar, fundó en Rhode Island, la ciudad de Providencia en 1636, como espacio de asilo para todos los perseguidos por sus convicciones religiosas. Más aún, redactó un histórico texto denominado *El sangriento dogma de la persecución por razón de conciencia*.

En esa línea Francois Marie Arouet (Voltaire) planteará en su *Tratado sobre la tolerancia* (1763) lo siguiente:

> «Es una pasión terrible el querer forzar a los hombres a creer de la misma manera que nosotros. […] ¿No es la más peligrosa de las perversiones, la de aborrecer al prójimo por sus creencias?».

A guisa de ejemplo, en la Declaración de Derechos de Virginia (1776), dictada bajo la influencia de Thomas Jefferson y James Madison, se dispuso:

> «La religión o la obligación de adorar a nuestro creador, así como la manera de llevarla a cabo, solo puede ser dirigida por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia. De esta manera, todos los hombres estamos igualmente legitimados para el libre ejercicio de la religión de acuerdo con los dictados de la conciencia […]».

En la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (1791) a propuesta de James Madison, se señalará:

> «El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o prohíba practicarla libremente […]».

Tal como expone Oscar Celedón [op. cit.] mediante dicha enmienda se estableció la *establishment clause* y la *excusion clause*; es decir, se preconizó la libertad religiosa y la libertad de culto.

En Francia, se consignó en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789):

> «Ningún hombre puede ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarse no se causen trastornos del orden público establecido por la ley».

El caso inglés traduce en un lento proceso que se gesta a partir de la Revolución Gloriosa de 1688. Es de verse, que en un año más de la caída incruenta del rey Jacobo II, el Parlamento inglés durante el reinado de Guillermo II de Orange expidió la denominada *Acta de la Tolerancia,* en donde se exceptuó a los protestantes disidentes de la Iglesia Anglicana, de la aplicación de las penalidades de ciertas leyes. Dicha norma excluyó a la fe católica. La conquista de la libertad religiosa para los creyentes en los dogmas de Roma se alcanzará en 1778.

La religión es definida como el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas para ajustar la conducta individual mediante prácticas, ritos, liturgia y oración, lo cual la entronca inescindiblemente con la libertad de culto.

Tal como lo señala el teólogo Francois Varillou [*Historia de la salvación*. Bogotá: Ediciones Paulinas, 1986]:

> «La religión, entendida como el reconocimiento de un absoluto cierto, como un sentimiento de dependencia en relación a un mundo indisoluble distinto del mundo visible y como culto a una potencia superior, existe en toda la superficie de la tierra desde la aparición del espíritu».

El hecho religioso deviene en social, en la medida que los hombres lo buscan y comparten.

Carlos Santiago Nino [*Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002] expresa:

> [Es objetivamente claro] «que la libertad para profesar cualquier creencia y, en especial, la de adherir a cualquier culto religioso o no adherir a ninguno es una derivación central del principio de autonomía de la persona».

En el mismo sentido, Javier Hervada [*Los eclesiasticístas ante un espectador*. Pamplona: Eunsa, 1999] expone:

> «La libertad es algo que el hombre ya tiene por naturaleza y que posee en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derecho natural».

En esa perspectiva, una persona puede optar por establecer una relación con lo que estime un ser trascendente, divinidad o Dios. Por consiguiente, la libertad religiosa no es una aspiración a alcanzar, sino un atributo instalado en la voluntad de la persona humana.

En esa orientación, Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000] sostiene:

> [Se trata de] «un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en una serie de convicciones de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias».

En efecto, como bien exponen Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli y Enrique Bernales Ballesteros [op. cit.]:

> [A partir de la religión adoptada] «se genera una ética que regula la conducta de cada una de las personas en concordancia con los principios revelados por una divinidad o, de otra manera, comunicada a los seres humanos».

Máximo G. Pacheco [*Teoría del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976] manifiesta que es la potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia dentro de su entorno social.

Manuel Marzal [*Categorías y números en la religión del Perú hoy*. En: *La religión en el Perú al filo del milenio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000] la percibe en los siguientes términos:

> [Como] «un conjunto de creencias, ritos, formas de organización, normas éticas y sentimientos, por cuyo medio los seres humanos se relacionan con lo divino y encuentran para sí un sentido trascendente».

En ese aspecto, ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad. Implica, en modo palpable una de las manifestaciones externas de la libertad de conciencia.

Con acierto Marco A. Huaco Palomino [*Derecho de la religión*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Peruana Unión, 2005] expone que la libertad religiosa tiene una dimensión negativa, ya que exige del Estado un deber de no interferir, de no hacer o abstenerse de inmiscuirse en la esfera privada del ser humano. A lo que hay que agregar el ámbito positivo que radica en la obligación del Estado de crear las condiciones mínimas para ejercer las potestades que comportan el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Cabe señalar que la titularidad de dicho derecho es simultáneamente individual y colectiva, ello en razón a que la adscripción a una creencia religiosa, por lo general se materializa a través de la pertenencia activa o pasiva a una organización eclesial.

En nuestro país, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 29635 –Ley de Libertad Religiosa– dicho reconocimiento y protección genera el establecimiento de los siguientes atributos jurídicos:

1) Facultad de profesar individual o colectivamente una creencia religiosa. Por ende, de recibir asistencia religiosa, enseñanza e información sobre la materia, etc. Al respecto las instituciones públicas deben adoptar las medidas pertinentes para facilitar la asistencia religiosa dentro de sus instalaciones (cuarteles, centros de reclusión, hospitales, etc.).
2) Facultad de abstenerse de profesar creencia religiosa alguna.
3) Facultad de cambiar de creencia religiosa.
4) Facultad de abandonar toda creencia religiosa.
5) Facultad de declarar públicamente la vinculación con una determinada creencia religiosa; o sea, conlleva el atributo de informar o no informar sobre la materia.

6) Facultad de establecer en consuno con otros creyentes, una comunidad religiosa, la cual puede a su vez fijar los lugares de culto o reunión, formar a sus dirigentes espirituales, difundir y propagar su credo, etc.
7) Facultad de elegir para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, la educación que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En función a dichas facultades aparecen los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.

El principio de inmunidad de coacción consiste en que, en principio, ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no puede ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones.

Tal exención, alcanza al ateo o al agnóstico que en modo alguno puede ser apremiado a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivadas de un dogma religioso.

Javier Saldaña [*Libertad religiosa y pluralidad religiosa.* En: *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Serie Doctrina Jurídica, N.º 96. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002] señala que conforme a este principio:

> «Nadie debe ser objeto de coacción que pueda menoscabar a tener una religión o convicción de su elección».

Al respecto, debe advertirse que el Estado no puede prohibir que las personas actúen o dejen de actuar de conformidad con sus creencias religiosas, en tanto no perjudiquen ni ofendan a terceros a través del quebrantamiento del orden público o la moral social. Dicha consideración también, cobra plena validez para los no creyentes.

Dicha inmunidad de coacción implica una predeterminación de la conducta de las instituciones estatales; la misma que fue configurada por Thomas Jefferson en *El Proyecto para la Libertad Religiosa* (Estado de Virginia, 1776) en los términos siguientes:

> «Que el magistrado civil se inmiscuya con los poderes de la opinión, para restringir la profesión o propagación de principios, por una supuesta tendencia maligna, es una peligrosa falacia que destruye la verdadera libertad religiosa; y que es admisible para los propósitos correctos del gobierno civil que sus funcionarios intervengan solo cuando los principios se tornan en actos abiertos contra la paz y el buen orden».

El principio de no discriminación implica la proscripción de un trato con exclusión, restricción o segregación que menoscabe la dignidad de la persona e impida el pleno goce de los derechos fundamentales. Ello guarda relación con la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o para el desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública por el solo hecho de la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.

3. La libertad de culto

Desde una perspectiva histórica aparece en 1535, con las *capitulaciones* del sultán turco Solimán II, obtenidas por el rey de Francia Francisco I.

Por ellas, la Sublime Puerta o el Magnífico –como también se le conocía– se comprometió a garantizar la libertad de culto y la inviolabilidad personal de los cristianos en tierras otomanas; amén del reconocimiento de algunos privilegios para las comunidades católicas.

En 1562, el rey de Francia Carlos IX expidió el denominado *Edicto de Saint Germain* en donde se consintió el culto diferenciado a los protestantes vecinos de dicha localidad cercana a París.

En 1598 el rey de Francia Enrique IV expide el denominado *Edicto de Nantes* en donde residualmente se introduce la libertad de culto en una comunidad política oficialmente católica, al permitirse las prácticas religiosas de los hugonotes (protestantes calvinistas). Jean Carpentier y Francois Lebreun [*Breve historia de Europa*. Madrid: Alianza Editorial, 1998] señalan que dicho monarca solo consiguió imponerse a la mayoría de sus súbditos, cuando abjuró formalmente de su creencia protestante.

De este modo, por voluntad real se creó una situación profundamente original en la Europa de entonces, en donde Francia se convertía en un Estado en donde técnica y legalmente cohabitaban en un pie de igualdad, súbditos católicos y reformados.

Adicionalmente, en 1648, mediante los tratados conocidos como *Paz de Westfalia* (Alemania) en donde se puso fin a la denominada Guerra de los Treinta Años (1618-1648), se estableció el principio nacional religioso del derecho a gobernarse conforme a la conciencia, por el cual cada organización político-jurídica europea protegía una religión oficial y toleraba que sus homólogos tuviesen las propias. De allí que se estableciera un status quo entre Estados católicos y protestantes. En suma, se abrió paso a la libre opción entre la fe católica y la fe calvinista.

Dicha concepción se difundirá ampliamente a partir de la decisión de los convencionistas franceses en 1795, de establecer la libertad de culto.

La acción o manifestación pública de una determinada forma de culto es libre. En ese sentido, las formas de veneración, adoración u homenaje a una determinada divinidad no pueden ser, en principio, objeto de restricciones.

La historia y la literatura registran que antiguamente el derecho constitucional y el derecho penal fueron utilizados para limitar o impedir el ejercicio de dicho atributo, a saber:

En la tragedia de Sófocles conocida como Antígona (siglo IX a.C.) aparece que el rey de Tebas, Creonte, impone en contra de su sobrino Polinices, la pena de proscripción de su sepultura, por haberse alzado en armas contra el Estado.

En la Edad Media y en la Edad Moderna en la legislación española también se castigó la rebelión y la sedición con la pena *postmortem* de prohibición de sepultura. Así, en el caso de Tupac Amaru (siglo XVIII) tras ser descuartizado por cuatro caballos, se dispuso que sus restos fuesen repartidos entre todas las zonas alzadas en armas.

El ejercicio clandestino de las tradiciones judías a cargo de los denominados cripto-judíos (judíos convertidos), ocasionó que la Santa Inquisición (siglo XVI), estableciese el castigo *postmortem* de no sepultamiento. Igual medida se aplicaba para los condenados por actos de brujería, hechicería, etc.

Nuestro país fue conmovido en 1884 por la petición oficial del Arzobispo de Lima, Manuel Antonio Bandini, de impedir la sepultura en cementerio público del abogado liberal Francisco Javier Mariátegui y Tellería acusado de ser propagandista de las ideas masónicas. Una multitudinaria marcha ciudadana comprometió al propio Presidente de la República don Andrés Avelino Cáceres, a acompañar los restos de aquél hasta el cementerio Presbítero Maestro.

En 1926, la decisión del Presidente mexicano Plutarco Elías Calles de prohibir el culto católico por su carácter contrarrevolucionario, generó la denominada *Guerra de los Cristeros,* mediante la cual, la mayoritaria grey católica se sublevó contra el régimen.

Marco A. Huaco Palomino [op. cit.] señala que la libertad de culto se concibe:

> [Como] «todo aquel acto individual o colectivamente realizado, que procura establecer una relación espiritual entre quien la práctica y aquel objeto divino hacia el cual se dirige».

Pedro Rodríguez Santidrian [*Diccionario de las religiones*. Madrid: Alianza Editorial, 2003] señala que se trata de un hecho histórico universal que se encuentra en una u otra forma en todas las religiones, que se exponen por las distintas formas de adoración, veneración y reverencias externas de la divinidad o divinidades. Su exposición pública recibe la denominación de liturgia o culto oficial.

En puridad, es una manifestación externa de la libertad de conciencia y una prolongación de la libertad religiosa. En esa orientación Paulo Pulido [*A libertade religiosa e o Estado*. Almeida, 2002] señala:

> «Donde hay religión deberá haber necesariamente culto».

La libertad de culto debe ser entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas de una creencia religiosa.

Esto puede ser realizado individual o colectivamente en el domicilio, los lugares privados abiertos al público o en espacios públicos.

Formada la convicción religiosa, surge a partir de allí la facultad de practicar los actos de culto y de recepción de asistencia espiritual a través de sus operadores (sacerdotes, ministros, etc.). En efecto, la libertad religiosa no solo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino que se exterioriza en el derecho a practicar.

Ello se extiende a la posibilidad de recibir e impartir enseñanza, así como de obtener información religiosa de toda índole.

El culto es la formalización práctica y social de una determinada convicción religiosa. Implica la posibilidad de celebrar, ritos o actos de adoración a una deidad.

La existencia del culto religioso, apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; la realización de matrimonios sacralizados; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario.

Al respecto, en el caso Francisco Francia Sánchez (Expediente N.º 00256-2003-AC/TC) el Tribunal Constitucional consideró como parte del derecho al ejercicio de la libertad de culto la sepultura de cadáveres.

En efecto, en dicho caso el director del Hospital Nacional Dos de Mayo dispuso la no entrega del cadáver del que en vida fuera Francisco Francia Sánchez aduciendo que sus familiares debían previamente cancelar la suma de dos mil soles por concepto de servicios médicos.

El Tribunal Constitucional señaló que la no entrega del cuerpo del occiso a sus familiares, impidió que se le brinde sepultura; constituyendo la referida retención un ilegítimo impedimento del ejercicio de la libertad de culto en agravio de los citados.

Asimismo, en el caso Víctor Polay Campos (Expediente N.º 02700-2006-PHC/TC) reconoció a favor de un condenado por el delito de terrorismo, el

ejercicio del derecho de culto en su centro penitenciario. Así, amparó el atributo de practicar los ritos religiosos, en el caso de los creyentes sujetos a un régimen especial de sujeción, a efectos de garantizar su tranquilidad espiritual y respeto a su condición de ser humano (dignidad personal).

Es dable consignar que Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000] señala:

> «En la medida que el culto genere relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, puede ser objeto de reglamentación legal, pero solamente en sentido negativo. La ley no puede indicar cual debe ser el contenido del culto sino limitarse a descubrir los comportamientos vedados, con motivo de la práctica religiosa».

En efecto, el ejercicio público de un culto religioso no es absoluto, ya que toda organización religiosa debe respetar los criterios que menciono a continuación.

3.1. Respeto a la moral social

Consiste en que la manifestación religiosa no debe ofender los principios rectores de vida en que se sostiene una comunidad específica. Estos atienden a los fundamentos del obrar humano en los planos de la existencia y coexistencia social aceptados en nuestro país. Así, su objetivo apunta a mostrar el *deber ser* de la conducta dentro del marco de la vida coexistencial, en aras de un bienestar espiritual compartido.

Al respecto, Luis Gonzáles C., Pablo García Pérez del Río e Isabel Mariscal Castellanos [*Manual de opción fundamental y de actitudes*. Madrid: San Pablo, 1995] señalan:

> «Siendo el fin de toda cosa su propio bien, el fin de toda comunidad es, por definición el bien común».

De allí que se sostenga que la moral social es aquella que permite ordenar la conducta social al bien de la sociedad, en el plano espiritual.

La moral social se funda en la inexorable relación que surge entre el hombre y su comunidad.

Esta convicción ético-social surge de la convención adoptada por la mayoría de los miembros de la sociedad; la cual es reforzada mediante la educación e instrucción.

En efecto, tal como esgrime Rubén Valle Hernández [*Constitución política de Costa Rica*. San José: Juramento, 1998] la moral social es establecida por la opi-

nión común convertida en fuente normativa a través de la costumbre. Expresa una regla media de comportamiento considerada espiritualmente como valiosa, útil o correcta en un espacio-tiempo histórico determinado.

Este pacto acerca de lo debido o lo indebido desde una perspectiva moral, implica la imposibilidad de validar todas las posibilidades de elección y acción personal. Por ende, ninguna conducta ejercida libre y conscientemente queda excluida de la obligación de *acondicionarse* a una determinada forma de conducirse ante los demás.

Dicho *mínimo moral* se expresa, de algún modo en lo siguiente:

1) El respeto a la jerarquía de los bienes que la sociedad considera como axiológicamente valiosos.
2) El respeto a los usos y costumbres sociales.

En puridad, hace referencia a la institucionalización de una *moral mínima* que hace posible la continuidad de la vida coexistencial; y que, por ende, es resguardada por el orden jurídico.

Dicho concepto apunta a preservar un conjunto de condiciones en relación al comportamiento convivencial en pro del interés general.

La ofensa a la moral social, implica incurrir en la expresión o realización de actos públicos que devienen en afrentas a la propia sociedad desde la perspectiva del referido mínimo rector.

Como situaciones proscritas pueden citarse los sacrificios humanos, la instigación al suicidio, la poligamia (otrora practicada por el mormonismo primicial), la inclusión de rituales sexuales, etc.

3.2. Respeto del orden público

Consiste en que las manifestaciones de religiosidad no deben alterar o perturbar la seguridad, la tranquilidad o sosiego de la comunidad; así como tampoco poner en riesgo la salud de la población. De allí que devenga imprescindible para el buen funcionamiento general del cuerpo político y la sociedad civil.

Tal como señala Glicerio Martínez [*El orden público*. En: *Revista Presente* (segunda etapa). Lima, 1979], implica la consagración legislativa de las ideas sociales, políticas y morales consideradas como fundamentales para la coexistencia pacífica y sana, dentro de un específico tiempo y espacio.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado; es decir, implica una representación intelectual de la realidad, a la cual le imprime calidad jurídica

a través de principios y normas que carecen de enunciados precisos. De allí que Rene Japiot [Cf. Julio Lizana. *El orden público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963] haya señalado que su *majestad* se debe al misterio que lo rodea.

En ese sentido, su núcleo esencial es objeto de determinación a través de la jurisprudencia.

Una visión fáctica del orden público se traduce en un conjunto de principios y normas destinadas a resguardar coactivamente la seguridad, tranquilidad, salubridad y moral social. Esta última ha sido erradamente desgajada por la Constitución, a efectos de darle un tratamiento independiente.

La seguridad alude a la convicción y certeza del respeto de uno por parte de los demás, en tanto se ejercite un derecho y se cumpla con los deberes jurídicos. Representa la garantía que el poder público ofrece a la ciudadanía en general y a cuantos residen en el territorio estatal, de ser amparados ante cualquier tipo de amenaza o afectación de sus derechos. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Natalia Crespo Foronda (Expediente N.º 00233-2004-HC/TC) la representa como una garantía frente a posibles actos de intimidación o uso de la violencia por parte de terceros, destinados a acabar con la vida o la integridad personal.

La tranquilidad alude a un estado o ánimo liberado de los avatares de la vida coexistencial moderna. Se relaciona con la protección del aspecto psicológico de la salud. Así, el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Santa (Expediente N.º 00018-2001-PI/TC) ha señalado que su vulneración se produce por la emisión de ruidos molestos o nocivos.

La salubridad alude a aquella situación en donde se acredita el resguardo de la salud pública. En efecto, el Tribunal Constitucional en el caso Luis Brain Delgado y otros (Expediente N.º 03482-2005-HC/TC) ha señalado que la salubridad de la población debe ser resguardada de la existencia de pestes, epidemias, plagas, etc.

El orden público debe ser observado dualmente desde las perspectivas de lo permanente y lo evolutivo.

En el primer caso, aparece como un límite a la libertad personal; en el segundo caso, como la dinámica acción del Estado para promover la más óptima satisfacción de las expectativas sociales en lo relativo a la seguridad, tranquilidad y salubridad.

El orden público implica necesaria e irremisiblemente un límite a la libertad humana. Fija una relación de derecho público entre la persona y el Estado, poniendo en juego el *imperium* jurisdiccional; es decir, la fuerza coactiva del poder estatal.

Por ende, establece una línea de demarcación que limita los actos privados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Opinión Consultiva OC-5/85) ha señalado:

> [El orden público] «hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios».

Mediante la existencia de un orden público se rescatan los intereses de índole comunitaria, al extremo de declarar y preservar un conjunto de principios vinculados estrictamente con la existencia y conservación social.

Como es obvia la categoría orden público no puede anular el ejercicio racional de la libertad, por ser esta inherente a la vida humana. En esa condición se resalta el axioma jurídico previsto en el inciso a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que señala:

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

La noción orden público involucra una pluralidad de aspectos, a saber:

1) Conjunto de principios y normas rectoras de vida convivencial en una determinada época y sociedad, el cual está resguardado por la acción coercitiva del Estado.
2) Normal funcionamiento del Estado, por ende, constatación de la manifestación de soberanía, independencia e integridad territorial, ejercicio normal de las libertades públicas, y operatividad de los fines sociales del Estado.
3) Situación de orden material en la calle (seguridad ciudadana).
4) Situación de tranquilidad pública.
5) Limitación de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en actos jurídicos; y, en general, en sus relaciones privadas.

El Tribunal Constitucional aludió al tema de orden público en el caso Taj Mahal Discoteque (Expediente N.º 03283-2003-AA/TC). Al respecto, cabe señalar que la Municipalidad Provincial de Huancayo mediante la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM prohibió el consumo de licor durante la denominada Semana Santa invocando la defensa de dicho orden. Es decir, a efectos de evitar conflictos y desórdenes en el marco de una actividad multitudinaria.

En el artículo 3 de la Ley N.º 29635 –Ley de Libertad Religiosa– se reconocen para los practicantes de una confesión religiosa, las siguientes manifestaciones de culto:

1) Practicar de forma individual o colectiva, en público o privado, los preceptos religiosos de su confesión, ritos y actos de culto.

2) Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considera sagrado en su religión, los empleadores deben garantizar dicha atribución, siempre que su ejercicio no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente.

3) Recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas.

4. Análisis del caso materia de controversia constitucional: Anilda Noreña Durand (Expediente 3045-2010-PHC/TC)

La demanda de hábeas corpus presentada por Sebastián Ramírez Quijano plantea de un lado que en su caso y el de otros visitantes el personal del Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Sullana se les impide ingresar con sus Biblias, durante los días de visita (sábados y domingos) a la reclusa Anilda Noreña Durand; y del otro lado, el que a esta última se le viene prohibiendo que en los citados días pueda hacer uso de su Biblia para realizar los actos propios de una creyente.

En consecuencia, según su criterio se plantea la violación de los derechos a la libertad religiosa y libertad de culto.

En dicho proceso el Tribunal Constitucional –en la parte denominada Cuestión Previa de su sentencia– plantea que los hechos expuestos –en caso de ser ciertos– resultarían vulneratorios del derecho a la libertad de culto y religión.

Al respecto, cabe señalar que ni en la Constitución, ni en la propia jurisprudencia de su Supremo Intérprete, hemos encontrado una distinción de dicha naturaleza, por el contrario todo indica que la primera expresión se encuentra comprendida en la segunda.

Asimismo, en el punto 6 de la sentencia el Tribunal Constitucional reseñando lo establecido en el caso Víctor Polay Campos (Expediente N.º 02700-2006-

PHC/TC) reconoce implícitamente que el acto de profesar es una facultad derivada de la libertad religiosa.

Asimismo, expone que todo derecho es susceptible de ser limitado en su ejercicio; ante lo cual planteamos la observación relativa al caso de la libertad de conciencia, cuyo ejercicio es irrestricto e ilimitado.

La tesis de la limitación planteada –con prescindencia de la objeción expuesta– tiene como bien se afirma, el respeto a la condición que dicha restricción sea dispuesta con criterio objetivo de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, sucede que de los hechos expuestos se deduce que el accionante solicita una supuesta interdicción a la arbitrariedad por la violación de la libertad de culto.

En el punto 3 (Cuestión Previa) el Tribunal Constitucional argumenta que la alegación planteada para el caso accionante y demás visitantes de la reclusa Anilda Noreña Durand carece de un vínculo de conexidad o de incidencia negativa concreta en el derecho a la libertad personal. En consecuencia, la pretensión resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus, conforme lo señala el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

En efecto, como dispone la referida norma no procede el hábeas corpus impetrado, por cuanto los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, el cual conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Código Procesal Constitucional debe ser objeto de tutela mediante el Proceso de Amparo.

Ahora bien, en lo relativo al caso de la favorecida Anilda Noreña Durand, el Tribunal Constitucional conforme a su propia jurisprudencia ha establecido que derechos como los invocados en la demanda son pasibles de tutela a través del hábeas corpus correctivo, siempre que se busque cuestionar las condiciones de reclusión.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Eliobina Mabel Aponte Chuquihuara (Expediente N.º 02663-2003-HC/TC) ha establecido una tipología concerniente al hábeas corpus, por lo que en lo relativo al de carácter *correctivo* ha expuesto lo siguiente:

> «Dicha modalidad […] es usada cuando se produce actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena».

Asimismo, en el caso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente N.º 00590-2001-HC/TC) ha señalado que

> «El hábeas corpus correctivo procede […] ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física o psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en los establecimientos penales e incluso de personas que, bajo sujeción se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados».

Debemos entender que en el caso de la beneficiaria la tutela se extendería a la integridad moral, habida cuenta que se trataría de asegurar el respeto al desarrollo de la vida personal de conformidad con el cuadro de valores que se derivan de la libertad de conciencia; y es que dicha facultad se liga inescindiblemente con el desarrollo y despliegue de las convicciones más sentidas (religión, prácticas culturales, ideológicas, etc.).

El accionante alega que existe una prohibición para que la favorecida Anilda Noreña Durand pueda tener acceso a su Biblia en los días de visita (sábados y domingos); lo cual es justificado por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Sullana interpretativamente, en aras del respeto al orden público; es decir, evitar la alteración, perturbación o quebrantamiento de la tranquilidad o sosiego de la población carcelaria.

Es del caso, que el Tribunal Constitucional en el punto 7 de la sentencia señala que la libertad religiosa, al igual que los demás derechos fundamentales no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser limitado en su ejercicio, siempre que se cumpla con respetar los criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación a ello cabe exponer lo siguiente:

1) La limitabilidad de los derechos no alcanza a la libertad de conciencia; en consecuencia, la rotundidad afirmativa del Supremo Intérprete es incorrecta; ello en el contexto de la inexistente conexión en el caso materia de análisis, entre dicho derecho y lo relativo a la libertad religiosa y de culto.
2) La sentencia no realiza el test de proporcionalidad establecido por el propio Tribunal Constitucional entre otros en el caso Marcelino Tineo Silva (Expediente N.º 00010-2002-AI/TC). En consecuencia, declara constitucional la medida restrictiva adoptada por la autoridad penitenciaria, sin acreditar que esta es idónea, necesaria y ponderada en sentido estricto.

3) La sentencia liga expresa –pero equivocadamente– la limitación dispuesta con la libertad religiosa. Al respecto, cabe señalar que la libertad religiosa se despliega en dos dimensiones: en su dimensión negativa queda claro que no se discute, en modo alguno, la interferencia de un operador estatal con la opción personal de la beneficiaria Anilda Noreña Durand de adherirse a una determinada confesión religiosa; en su dimensión positiva queda claro que no se discute que la beneficiaria cuente con las condiciones mínimas para el goce de su libertad de credo religioso y el cumplimiento de sus deberes como creyente de una determinada confesión. La beneficiaria Anilda Noreña Durand ha ejercido y ejerce la facultad de profesar una fe; por ende, recibe asistencia, enseñanza e información sobre dicha materia dentro del Establecimiento Penitenciario. En dicho proceso no se discute acerca de las facilidades de asistencia religiosa, ni si ha expresado amenaza o violación a los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.
4) En dicho proceso se discutía las facultades derivadas de la libertad de culto; es decir, estaba vinculado con la supuesta afectación de actos de reverencia colectivos en los días de visita de los practicantes –guiados en este caso por un pastor– a la divinidad hacia quien se dirigen. Así, la oración colectiva y cánticos restringidos en los referidos días apuntaban a conectar una relación espiritual sacra; vale decir, a expresar una forma de culto. Para graficar la incongruencia en que incurre el Tribunal Constitucional basta citar lo consignado en el punto 9 de la sentencia:

«De lo expuesto se advierte que la favorecida se encuentra ejerciendo su derecho a la libertad religiosa, pues viene practicando los actos de culto o ritos de veneración, habiéndole brindado la autoridad penitenciaria las facilidades para tal ejercicio, tales como el establecimiento de un horario de visita para los diferentes grupos religiosos los días jueves y sábados, la concesión de un ambiente para la oración o el rezo todos los días de la semana y el ingreso de un bombo. Finalmente, conviene precisar que la restricción o retención de la Biblia a los visitantes durante los días sábados y domingos (días de visita) no supone para la favorecida la prohibición del acceso a su Biblia, pues esta cuenta con una Biblia en el establecimiento penitenciario; de lo que se colige que no se ha producido la violación del derecho a la libertad religiosa, por lo que en este extremo la demanda debe ser desestimada».

La asistencia religiosa penitenciaria. Comentario a la Sentencia 2700-2006-PHC/TC

Mgtr. Ángel Arrebola Fernández
Profesor de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú)
aarrebola@usat.edu.pe

Sumario:

1. *Iter de la demanda*
2. *Contenido de la sentencia*
3. *Garantías procesales para la libertad religiosa*
4. *El derecho fundamental a la libertad religiosa de los internos*
5. *Marco normativo de la asistencia religiosa en centros penitenciarios*
   - 5.1. *Normas internacionales*
     - 5.1.1. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*
     - 5.1.2. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*
     - 5.1.3. *Acuerdo entre la Iglesia Católica y la República del Perú*
   - 5.2. *La asistencia religiosa en la legislación nacional*
     - 5.2.1. *La Ley de libertad religiosa y su Reglamento*
     - 5.2.2. *La legislación penitenciaria*

Analizaremos el Recurso de agravio constitucional interpuesto por Víctor Alfredo Polay Campos, contra la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 29 diciembre de 2005 públicos, en lo que se refiere a la afectación del derecho de libertad religiosa del demandante, quien reclama, entre otras peticiones, la asistencia religiosa por parte de un ministro de su confesión.

Con base en la sentencia en estudio, y de modo descriptivo, iremos desde el estudio formal de la sentencia a exponer de manera lo más detallada posible, las normas que regulan la asistencia religiosa de los internos en los centros penitenciarios.

1. Iter de la demanda

Tras trece años de internamiento en la Prisión Naval del Callao el accionante, procesado por terrorismo en el fuero común, interpone demanda de *Hábeas Corpus*, el 17 de septiembre de 2004, contra el Ministro de Justicia, el Ministro de Defensa, el Presidente del Comité Técnico del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao y el Jefe del Centro de Reclusión de máxima seguridad de dicha base «por la presunta vulneración de sus derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica; y a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena»[1].

En definitiva, después de más de diez años de internamiento sin condena, se considera privado de sus derechos a la libertad de culto, a ser asistido por un consejero espiritual, a la educación, a la libertad de creación intelectual, a la información, a la libertad de expresión y a los beneficios penitenciarios.

La primera sentencia, de 27 de octubre de 2005, dictada por el 46.º Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la demanda, en lo relativo al Instituto Nacional Penitenciario (INPE), para que se califique y traslade al demandante a otro centro de máxima seguridad, si es el caso, una vez culminado el proceso. Mientras que declara infundada la demanda en los términos en que se alegan la vulneración de los derechos a la vida, la dignidad y la integridad física y psicológica, a la socialización y rehabilitación; e improcedente la demanda respecto de aquellos emplazados que, a la fecha de dictar sentencia, no se encuentran ejerciendo el cargo por el cual fueron demandados.

Por su parte la resolución de segundo grado, de 29 de diciembre de 2005, de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos de Reos en Cárcel, la declaró infundada por considerar que no se ha acreditado la existencia de una efectiva vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

2. Contenido de la sentencia

Tras analizar los términos de la demanda, los magistrados resuelven la controversia en cuatro puntos fundamentales. En primer lugar, pronunciándose sobre el hecho de que el accionante se encuentre recluido en un centro de

[1] STC 2700-2006-PHC/TC, Antecedentes.

internamiento militar siendo su proceso de jurisdicción común, entrando en la naturaleza, civil o militar, de la prisión en que se encuentra internado. En segundo lugar, resuelven acerca de la violación del derecho fundamental a la libertad religiosa, especialmente en lo que se refiere a recibir la visita de un ministro de su propia confesión que, por ser el objeto de este estudio, desarrollaremos más adelante.

Particular atención merece, a nuestro juicio, el tercer punto de la sentencia, acerca del derecho a la información: el demandante solicita poder hacer declaraciones de palabra y por escrito para informar al exterior de su situación y su proceso. Sobre este particular los magistrados recuerdan que ningún derecho es absoluto y puede ser restringido con criterios de razonabilidad y proporcionalidad:

> «De ahí que el derecho a la libertad de información, puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario»[2].

De este modo, resulta que el reo puede ejercer el derecho a una información *pasivo* ya que tiene acceso a los medios de información (prensa, radio y televisión)[3]; mientras que tiene restringido su ejercicio activo, es decir, en lo que se refiere a generar él mismo noticias o rectificaciones a las noticias que se generan en torno a su caso concreto. En este sentido, conviene distinguir entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión, con las limitaciones propias de quien se encuentra recluido[4]. En todo caso, quien yerra es el peticionario al solicitar al Tribunal el amparo para el ejercicio de su libertad de información y no el Tribunal, que no tiene obligación de resolver *extra petitum*.

A nuestro juicio, aún pudiendo aceptar esta distinción, y reconociendo que el Tribunal no haya entrado en el fondo de la cuestión, la petición del accionante versa sobre el ejercicio del derecho a la información y no sobre su libertad de expresión. En este sentido, la pretensión del actuante nos parece del todo extraordinaria puesto que el lugar donde debe explicarse es ante el tribunal que ha de juzgar su caso y no en los medios de comunicación. Si en algún momento un medio de comunicación cometiera un delito contra la verdad, la honra o la persona del detenido a este le queda intacto el derecho a acudir a los tribunales

2 STC 2700-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 18.

3 Cfr. artículo 74 del Código de Ejecución Penal.

4 Cfr. D. Soria Luján, *Los derechos fundamentales de los grandes criminales en prisión*, en «Palestra del Tribunal Constitucional», Año 2, n. 3 (2007), p. 734.

para ver reparado el daño infringido. De modo que el Tribunal entiende que, según los argumentos expuestos, la autoridad penitenciaria ha respetado su derecho a la libertad de información y desestima la demanda en este punto.

Finalmente, el actuante reclama el derecho al ejercicio del beneficio de visita íntima. Sin embargo, siguiendo la doctrina del propio tribunal, la visita íntima no se constituye como un derecho fundamental:

> «[Es una] garantía prevista por el Derecho de Ejecución Penal a fin de hacer concreto el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno»[5].

Como tal no genera derechos subjetivos, por lo que puede ser limitada. Su limitación está sujeta tanto al principio de legalidad[6] como a la valoración y resolución por parte del Comité Técnico encargado[7]. Y, en definitiva, por no tratarse de un derecho no corresponde al Tribunal Constitucional manifestarse sobre la petición del accionante.

La sentencia resuelve entonces los dos primeros pedidos del demandante. No obstante, aquí nos vamos a ocupar solamente de aquello que atinge al ejercicio de la libertad religiosa del recluido, con especial atención a la asistencia religiosa. Primero consideraremos la oportunidad de que este reclamo se realice mediante una acción de *Hábeas Corpus* y no mediante un recurso de Amparo Constitucional; y completaremos nuestra trabajo analizando la regulación actual de la asistencia religiosa en centros penitenciarios.

3. Garantías procesales para la libertad religiosa

Las garantías constitucionales están recogidas en la Constitución Política del Perú[8] y, como es bien conocido, son seis: la acción de amparo, el proceso de *Hábeas Corpus*, el proceso de *Hábeas Data*, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimento.

En el ámbito jurídico, el término *garantía* denota un resguardo, una protección a un determinado derecho, pero para que ello ocurra es necesario que exista un proceso especial, un conjunto de actos a seguir que tiendan a la real tuición de un derecho. Por ello se entiende que toda garantía implica un proceso, es decir, se configura como un derecho de carácter procesal.

5 STC 0842-2003-HC/TC, fundamento jurídico 3.
6 Cfr. artículo 58 del Código de Ejecución Penal.
7 Cfr. artículo 22 del Decreto Supremo Nº 024-2001-JUS.
8 Cfr. artículo 200, incisos 1-5 de la Constitución.

A su vez, la expresión *garantía constitucional* hace referencia a un especial medio de protección jurídica establecido por la Constitución de un Estado para asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Se trata pues, de la posibilidad que tiene el particular de poner en movimiento el órgano jurisdiccional para que tutele un derecho que se manifiesta violado o amenazado.

La mayoría de la doctrina constitucional contemporánea entiende que la expresión *garantía constitucional* debe sustituirse por la de *proceso constitucional,* vinculada a la jurisdicción constitucional, cuya importancia es capital en todo Estado de Derecho. De este modo, hace referencia a todo el conjunto de medios sustantivos y procesales que permiten la real y eficaz vigencia de un derecho fundamental, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de acceder a un órgano autónomo encargado de velar por la supremacía y vigencia de la Norma Fundamental: el Tribunal Constitucional. En el sistema jurídico peruano esta posibilidad existe, y por ello resulta conveniente titular al amparo como un proceso constitucional.

La Constitución consagra en el inciso 2 de su artículo 200 como garantía constitucional:

> «La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

El amparo, entonces, es el proceso constitucional ideado para la defensa de todos aquellos derechos fundamentales distintos al derecho a la libertad individual, y conexos, excluidos los derechos consignados en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Carta Magna, que son tutelados por la acción de *Habeas data*. Dentro del conjunto de derechos susceptibles de ser protegidos por el amparo se encuentra el derecho a la libertad religiosa.

El Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, establece en su artículo 1 la finalidad del proceso constitucional de amparo:

> «Proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional».

En el artículo 2 de este cuerpo legal se dispone que el amparo procede:

> «Cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona».

En el artículo 37, inciso 2, taxativamente se establece como derecho protegido por el proceso constitucional de amparo el derecho al «ejercicio público de cualquier confesión religiosa». Aunque la redacción es poco feliz, pues sólo refiere la dimensión pública del derecho a la libertad religiosa, la interpretación que debe hacerse de este dispositivo debe englobar todo el contenido de este derecho fundamental.

En cuanto a los aspectos procesales, brevemente debe mencionarse que la demanda de amparo puede ser presentada por el propio afectado o por representante procesal, sin que sea necesaria la inscripción del poder otorgado. El inciso 7 del artículo 42 del Código Procesal Constitucional dispone que la demanda debe siempre contener firma de abogado. Asimismo, es relevante el hecho de que el escrito de demanda no pueda ser rechazado *ad limine* por el personal administrativo, sin que haya sido evaluada por el magistrado competente.

Hasta la Constitución de 1979 no encontramos diferenciados los procesos de *Hábeas corpus* y la acción de amparo[9]. Esta distinción se mantendrá en la vigente Constitución de 1993 en su art. 200, ampliando a seis las garantías constitucionales[10]. Y queda demostrado que la afectación del derecho de libertad religiosa, por vulneración o amenaza de vulneración, tanto por acción como por omisión, encuentra la vía procesal para su garantía en la acción de amparo y no el procedimiento del *Hábeas corpus*. No obstante, es habitual esta confusión entre los abogados, que tienden a seguir sustanciando la vulneración o amenaza de la libertad religiosa por el procedimiento de *Hábeas corpus*[11].

[9] La redacción de la Constitución de 1979 sólo recogía tres garantías constitucionales en su artículo 295: «La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de Hábeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en los que es aplicable. Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho publico».
No obstante, tras la Constitución de 1979 se fueron diferenciando ambos procesos notablemente, con la Ley N.º 23506 (07/12/82), denominada de *Hábeas Corpus* y Amparo, que regula separadamente ambos procedimientos y deroga el Código de Procedimientos Penales; y con la Ley N.º 17083 (05/02/92), complementaria de la Ley de *Hábeas corpus* y Amparo.

[10] Las garantías constitucionales son: Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Hábeas data, Acción de Inconstitucionalidad, Acción popular y la Acción de cumplimiento (cfr. Constitución Política 1993, art. 200, y su modificatoria Ley N.º 26470 de 13 de julio de 1995).

[11] Véase por ejemplo la Sentencia EXP. N.º 03045-2010-PHC/TC, que resuelve la sentencia de agravio constitucional contra la demanda de *Hábeas corpus* interpuesta por Anilda Doreña Durán contra la Directora del Centro Penitenciario de mujeres de Sullana.

En el caso que nos ocupa, podemos admitir que se haya presentado todo el petitorio unido al *Hábeas corpus* por conexión subjetiva, ya que los derechos fundamentales han de ser protegidos de manera lo más rápida posible y el afectado por la pretensión presenta en una sola demanda todo aquello que concurre como consecuencia de la limitación de su derecho a la libertad individual. Por esto lo que la Sentencia objeto de este comentario afirma en su fundamento 3 la legitimidad de presentar el recurso de *Hábeas corpus correctivo*[12] para la protección del derecho de libertad religiosa en el caso concreto, toda vez «que la afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual». Pero, aunque no lo dice directamente, el hecho mismo de que dedique los fundamentos 2 y 3 de la Sentencia a explicar este aspecto procesal indica –*sensu contrario*– que no es éste el proceso habitual para la protección de un derecho constitucional como la libertad religiosa. Ahora bien, como concluye Soria Luján, nos encontramos ante un *Hábeas corpus* correctivo, porque el afectado presenta el recurso no para obtener su libertad, sino para que la privación de su libertad –sobre la que pesa una condena legal– tenga las condiciones proporcionadas y razonables y que han sido lesionadas por la afectación del derecho de libertad religiosa[13].

[12] La doctrina distingue hasta ocho modalidades de *Hábeas corpus* en el Código Procesal Constitucional: Innovativo (art. 1, párrafo 2); preventivo (art. 2); excepcional (art. 23); reparador (art. 25, 7); restringido (art. 25, 13); traslativo (art. 25, 14); instructivo (25, 16); y, finalmente, el *Hábeas corpus correctivo* que recoge los fundamentos 2 y 3 de la sentencia en comento:

«Este último protege el derecho del detenido o recluso de no ser objeto de un tramitado carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones que se cumpla el mandato de detención o la pena. Procurando preventiva o reparadoramente impedir tratos o traslados indebidos a personas detenidas legalmente. Se otorga para lograr que sin suspensión de las mediadas de restricción a la libertad, esta se cumpla conforme a su regulación constitucional. Convencional o legal, facultando por ejemplo el traslado de un lugar de detención a otro para evitar o hacer cesar los mandatos o condiciones indignas contra el detenido o reo en cárcel.

»Así procede ante la amenaza el acto lesivo del derecho a la vida, a la integridad y psicológica o el derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentren bajo la especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento publico o privado tales casos las personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en centros de rehabilitación y de menores de internados estudiantiles igualmente es idóneo en los casos en que por acción u omisión importen violación o amenaza de trato digno que se produzcan tratos inhumanos o degradantes también es admisible la preparación de esta modalidad de *habeas corpus* tratándose de una restricción arbitraria del derecho de visita familiar a los reclusos de traslados arbitrarios de reclusos de un establecimiento penitenciario a otro, entre otros supuestos aspectos procesales de *habeas corpus*».

[13] Cfr. D. Soria Luján, *Los derechos fundamentales...,* cit., pp. 730-731.

4. El derecho fundamental a la libertad religiosa de los internos

Siguiendo los razonamientos expuestos en los fundamentos 11-16 de la Sentencia objeto de nuestro estudio, corresponde ahora entrar en la resolución de la petición del accionante de que le sea reconocido el ejercicio del derecho de libertad religiosa, particularmente en lo que se refiere a la asistencia al reo por parte de un ministro de su confesión religiosa.

Las condiciones a las que ha estado sujeto el accionante durante los trece años que lleva en prisión han tenido como consecuencia, entre otras, que no se le ha permitido la asistencia por parte de un consejero espiritual. Así lo afirma la Sentencia en su fundamento jurídico 11:

> «No obstante haber solicitado en múltiples oportunidades la asistencia de un consejero espiritual, dicha solicitud le ha sido denegada. Por su parte, en su declaración de descargo, de fecha 04 de octubre de 2005 (fojas 193) los emplazados nos han desvirtuado lo alegado por el demandante».

Aquel ciudadano privado de su libertad, bien por haber cometido un delito, bien porque se encuentra en situación de espera del debido proceso, no pierde sus derechos fundamentales, según lo declara el Código de Ejecución Penal en su artículo 3:

> «El régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena».

Así lo afirma, justamente, una sentencia del Tribunal Constitucional español, citando al Tribunal europeo de Derechos humanos, que afirma que la justicia no puede detenerse a las puertas de las prisiones[14].

De modo que el principio fundamental sobre el que se apoya esta resolución es que el interno goza, como titular, de aquellos derechos que están reconocidos en la Constitución; y, por otra parte, en el principio de legalidad que rige en la particular relación jurídica que se establece entre el interno y la Administración.

[14] «No puede implicar que, en los términos de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Campell y Fell* v. Reino Unido, de 28 de junio de 1984), la justicia se detenga a las puertas de las prisiones. Por lo tanto, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE., las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo segundo del Título I de la C. E.» (TC-Sentencia 175/2000, de 26 Junio).

Sobre los derechos de los internos se ha de distinguir entre la titularidad y el ejercicio del derecho. El interno sigue siendo titular de los derechos que le están reconocidos por la Constitución; ahora bien, su ejercicio puede ser regulado en virtud de las condiciones a las que se encuentra sometido. Por eso, afirma la Sentencia en su fundamento jurídico 15:

> «Negar la titularidad del derecho sería inconstitucional, mas no regular las condiciones de su ejercicio; más aún si el demandante se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario de alta seguridad».

En este sentido, tanto el artículo 29 de la Declaración universal de derechos humanos como el artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica establecen límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Y la misma Constitución los ha plasmado en su artículo 2.3: la moral y el orden público.

El orden público es especialmente sensible en un centro de internamiento penitenciario, es por ello que el límite al ejercicio de la libertad religiosa de aquel ciudadano que se encuentra recluido en un centro de esa naturaleza sea mayor que el del que goza de plena libertad de movimiento. En cualquier caso, se ha de partir de la consideración de que el recluso es un sujeto de derecho, titular de todos los derechos reconocidos a cualquier ciudadano en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se le debe garantizar el goce y disfrute de todos ellos, «a excepción de los que se vean especialmente afectados por la condena, el sentido de la pena o la ley penitenciaria»[15].

Se impone por tanto dedicar el siguiente epígrafe a ver con detalle cuál es la regulación legal de la asistencia religiosa en los centros penitenciarios del Perú.

5. Marco normativo de la asistencia religiosa en centros penitenciarios

El marco normativo de la asistencia religiosa en los centros penitenciarios en el Perú tiene dos núcleos fundamentales de fuentes según su naturaleza. Por una parte, las pacticias y, por otra, las unilaterales. Las primeras responden a la voluntad de dos o más partes, siendo así bilaterales o multilaterales; la segunda –en muchos casos como consecuencia de la primera– regula el fenómeno religioso por parte de la propia autoridad de la nación, en un Estado democrático, en su deber de garantizar y promover los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

[15] M. Rodríguez Blanco, *La libertad religiosa en centros penitenciarios*, Madrid 2008, p. 16.

Entre las fuentes pacticias podemos distinguir aquellas que, por la naturaleza de las partes firmantes, tienen carácter de acuerdo internacional, y se rigen por los principios del Derecho internacional: acuerdos, pactos, convenios, etc.; y, en segundo lugar, aquellas que responden a la voluntad del Estado de establecer acuerdos con entidades o asociaciones para garantizar el derecho de libertad religiosa de los ciudadanos, pero cuyo ámbito de regulación es el derecho interno.

5.1. Normas internacionales

El derecho fundamental a la libertad religiosa comprende el derecho de la persona a recibir asistencia religiosa de su propia confesión. Por ello para establecer el alcance de las normas que regulan esa asistencia en las prisiones hemos de referirnos a aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú. Así lo dispone el artículo 55 de la Constitución política:

> «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional»[16].

La regulación del derecho de libertad religiosa, unido generalmente al derecho de libertad de pensamiento y al de libertad de conciencia, lo encontramos en diversos tratados internacionales[17], que han sido ratificados por el Estado peruano, y que no nos detenemos a estudiar aquí porque no son el objeto directo de este trabajo. Ellos son el marco jurídico referencial sobre el que debe actuarse siempre en lo que se refiere a la asistencia religiosa.

Una especial atención merecen *las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*[18] y *los principios y buenas prácticas sobre la protección de las*

[16] La Constitución de 1979 establecía en su artículo 101 la prevalencia de las normas de carácter internacional en caso de conflicto: «*Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero*». La Constitución de 1993 ha eliminado esta previsión del antiguo artículo 101 y ha relegado la cuestión del valor e interpretación de las normas internacionales a la 4.ª Disposición final y transitoria: «*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú*».

[17] Los principales son el artículo 18 de la Declaración universal de derechos humanos (1948); el artículo 9 del Convenio europeo de derechos humanos (1950); el artículo 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) y la Declaración para la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55).

[18] Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en

personas privadas de libertad en las Américas[19]. Aunque no tienen *per se* un carácter de norma vinculante, son el referente para los diversos Estados en lo que se refiere a la redacción de las normas de los sistemas penitenciarios. En estas reglas y principios aparece el derecho de libertad religiosa de los internos, en particular su derecho a la asistencia religiosa, en ellas se inspiran también las normas peruanas, en particular el Código de Ejecución Penal y su Reglamento, como veremos más adelante.

5.1.1. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos[20]

El documento está articulado en tres partes: unas observaciones preliminares, una primera parte con las reglas de aplicación general y una segunda parte con reglas aplicables a categorías especiales.

En las *Observaciones preliminares*, explica el contenido y la finalidad, y subraya que no se trata de proponer un sistema penitenciario modelo sino más bien establecer los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos:

> «[Que] deben servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas».

En la primera parte, bajo el epígrafe *Principio Fundamental* (n. 6), se contienen dos criterios atingentes a las creencias religiosas de los internos, por una parte la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación:

> «1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento y otra situación cualquiera».

Y por otra la obligación de respetar en todo las creencias religiosas y de conciencia del recluso:

> «2) por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso».

sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

19 Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones (3-14 marzo de 2008).

20 Para un estudio detallado de las Reglas mínimas véase F. Bueno Arús, *Las reglas penitenciarias europeas (1987),* en «Revista de Estudios Penitenciarios», 238 (1987), pp. 11-17.

En cuanto a la libertad religiosa, el número 41 expone las reglas respecto al ejercicio del derecho de libertad religiosa de los internos, que son las siguientes:

> «1. Si el establecimiento contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de este culto. Cuando el número de reclusos lo justifique, y las circunstancias lo permitan, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo.
>
> »2. El representante autorizado nombrado o admitido conforme al párrafo 1 deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales particulares a los reclusos de su religión.
>
> »3. Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su actitud».

Finalmente, el número 42 concluye el apartado sobre la religión estableciendo la regla general de que el recluso ha de poder llevar un régimen de vida según sus principios religiosos, teniendo en consideración las circunstancias en las que se encuentra:

> «Como está. Dentro de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento y tener en su poder libros piadosos y de instrucción religiosa de su confesión».

La clausula inicial *dentro de lo posible* viene en este caso a señalar precisamente la situación particular del privado de libertad que *modaliza* el ejercicio de su libertad religiosa, que la limita pero que debe operar siempre como principio general la aplicación amplia del reconocimiento de la libertad religiosa del recluido.

Junto a estas reglas mínimas podemos señalar diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que completan las Reglas mínimas[21]. Entre ellas destaca la Resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990, en la que se elabora un elenco de *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*. De ellos hemos de señalar los tres primeros, que establecen:

[21] Un estudio detallado de estas resoluciones se pueden encontrar en I. Rivera Beiras, *Los derechos fundamentales en la privación de libertad (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional)*, en I. Rivera Beiras et alii, *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona 1992, pp. 23-91.

«1) Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

»2) No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.

»3) Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo al que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones del lugar».

Asimismo en el número 5 de estos Principios se reconoce nuevamente que el sujeto privado de libertad goza, en la más amplia medida posible debido al encarcelamiento, de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

5.1.2. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas

Este documento, que sirve de base a la elaboración de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención, fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos en el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

El documento se articula en cuatro partes. La primera contiene una serie de considerandos, la segunda expone de modo amplio los principios generales (principios I al VII), la tercera hace referencia a los principios relativos a las condiciones de privación de libertad (principios VIII-XIX) y la cuarta los principios relativos a los sistemas de privación de libertad (XX-XXIV) concluyendo con un principio general (XXV) en el que se advierte de que los derechos fundamentales han de aplicarse extensivamente, aplicando siempre las clausulas más favorables a las personas privadas de libertad.

Lo primero que hay que destacar de este documento es que con la expresión *privación de libertad* se hace referencia no sólo a quieres carecen de su libertad ambulatoria por causa de una condena por infracción a la ley o por delitos, sino que se hace referencia –muy especialmente– a aquellas personas internadas en establecimientos públicos o privados sea hospitales, psiquiátri-

cos, o asilos de niños o ancianos, etc.[22]. Así se dice en la Disposición general. De ahí que, dada la amplitud del concepto, los principios contenidos en el documento se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

De todo lo allí contenido nos interesa resaltar algunos puntos referidos al tema de la libertad religiosa del recluso, con especial atención a la asistencia religiosa. En el principio I se establece la aplicación concreta del principio de igualdad y no discriminación, de este modo se señala que no será lícito discriminar al privado de libertad por razón de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, etc.

Todo el principio XV se dedica a la libertad de conciencia y religión. Consta de dos parágrafos, en el primero se recoge –aplicado a las circunstancias concretas– el derecho fundamental de libertad religiosa, pero es aquí donde se hace constar de manera explícita el derecho a recibir visitas de sus «representantes religiosos o espirituales»[23]. El segundo párrafo incluye los límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Finalmente, sobre este documento hay que decir que al hacer referencia, en el principio XX, al personal de los lugares de privación de libertad no se cita expresamente al personal para la asistencia religiosa. Ahora bien, en su tercer párrafo se expresa que en los lugares de privación de libertad se dispondrá de personal calificado y suficiente para garantizar las necesidades médicas, psicológicas, educativas, laborales y de otra índole. Es una omisión no tan grave, puesto que al tener en cuenta la interpretación extensiva que se

[22] A diferencia de las Reglas penitenciarias del Consejo de Europa –aprobadas por la Resolución 5 (73) de 19 de enero de 1973, y puestas al día por medio de la Recomendación 2 (2006) de 11 de enero, del Comité de Ministros de la Unión Europea, que serían su correspondiente regional para Europa– estos principios que estamos analizando engloban otras realidades de privación de libertad que, en el continente americano, resultan especialmente sensibles, como son las ya señaladas. Y que en muchos casos afectan notablemente los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran en situación de limitación de su libertad. Para un estudio de la Reglas penitenciarias del Consejo de Europa véase M. Rodríguez Blanco, *La libertad religiosa…,* cit., pp. 51-53.

[23] Aunque se trata de un documento con carácter orientativo, y en orden a una Declaración posterior, no obstante es nuestra opinión que el uso de la palabra *representante* no es afortunado. No se trata tanto de la asistencia de un representante religioso –al estilo del representante legal– sino más bien del ministro de la confesión religiosa de la propia elección. El representante ostenta una representación, y en materia religiosa no se trata de quién representa al recluido, sino de un ministro de la confesión religiosa, que garantice el ejercicio de la libertad religiosa del recluso en cuanto a la asistencia espiritual.

debe de hacer de los derechos fundamentales, queda claramente, aunque no expresamente, incluido el personal para la asistencia religiosa de los privados de libertad.

5.1.3. Acuerdo entre la Iglesia Católica y la República del Perú

El marco legislativo general en el que se encuadra la asistencia religiosa en los centros penitenciarios tiene, en lo que a la legislación peruana se refiere, un punto especialmente significativo en el Acuerdo internacional suscrito entre la Santa Sede y la República del Perú en 1980[24]. Es evidente que con el Acuerdo cambió el modelo de asistencia religiosa: pasó del modelo de integración orgánica[25] a un modelo claro de cooperación, en el marco que establecía la Constitución entonces vigente de 1979, en su artículo 86, y la actual de 1993, en el artículo 50[26]. Así lo recoge el mismo acuerdo tanto en el preámbulo como en el artículo 1, donde se reconoce el nuevo espíritu de cooperación, principio informador fundamental bajo el que se va a desarrollar esta materia que nos ocupa[27].

El planteamiento genérico de la cooperación en materia de asistencia religiosa queda consagrado en el artículo 18 del Acuerdo, que contiene el compromiso expreso del Estado de facilitar la asistencia religiosa «a los católicos internados en los centros sanitarios y de tutela a su cargo, así como en los establecimientos penitenciarios».

El segundo párrafo de este artículo contiene el régimen de los capellanes que desarrollarán esta tarea que se garantiza en el párrafo anterior. El requisito previo para ejercer esta función es el nombramiento por parte de la autoridad

[24] Decreto Ley 23211 de 24 junio de 1980.

[25] Los modelos de asistencia religiosa están bien asentados en la doctrina, para una exposición de los mismos se puede ver M. López Alarcón, *Asistencia religiosa,* en J. Ferrer Ortiz (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español,* Pamplona 2007[6], pp. 252-255. También J. Mantecón Sancho, *La asistencia religiosa en España*, en I. Martín Sánchez et alii, *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Madrid 2008, pp. 579-584.

[26] Cfr. A. Patiño Reyes, *Libertad Religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, México 2011, pp. 362-363.

[27] Según el preámbulo del Acuerdo, las partes determinaron firmar este Instrumento como expresión del mutuo deseo de «seguir garantizando de manera estable y más conforme a las nuevas condiciones históricas la tradicional y funda colaboración» que ha existido siempre entre la Iglesia Católica y el Estado del Perú, teniendo como objetivo proteger y fomentar «el mayor bien de la vida religiosa y civil de la Nación». Al mismo tiempo el contenido genérico del artículo 1 del Acuerdo, establece el principio que ha de inspirar las nuevas relaciones instauradas desde su entrada en vigor: «La Iglesia Católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía (…) recibe del estado la colaboración conveniente para la mejor realización de su servicio a la comunidad nacional».

eclesiástica. No es necesario ser peruano para ejercerlo; aunque dicho nombramiento ha de ser presentado a las autoridades correspondientes para que pueda tener efecto. El precepto señala también que los capellanes, por el hecho de serlo, «forman parte del Servicio Civil del Estado, gozando de todos los derechos que tal situación comporta y siendo responsables de todos los deberes que se siguen de esta condición».

Llama la atención que el estatuto con el que se considera a los capellanes de las cárceles sea el de capellanes del Servicio Civil del Estado. Parecería esto contrario a la igualdad de trato con los ministros de otras confesiones, cuestión que abordaremos más adelante. Valga ahora decir que la situación en la que se encontraban los capellanes en el momento de la firma del Acuerdo era de integración orgánica.

Podemos afirmar que se da en este caso la misma realidad que se produjo en España al momento de la firma de los Acuerdos de 1979 y que, como ha recordado Mantecón, se trataba de lo siguiente:

> «Eliminar los aspectos incompatibles con la nueva situación jurídica y política, pero conservando la estructura organizativa básica, es decir, una estructura basada en un sistema de capellanías estables en el seno de las Fuerzas Armadas, hospitales públicos y centros penitenciarios»[28].

La solución práctica a todo esto es que el cuerpo de capellanes está prácticamente abocado a la extinción por la no convocatoria de las plazas vacantes, los asistentes religiosos son designados por el Ordinario y autorizados formalmente por la Dirección del Centro, que –en el caso del Perú– se hace cargo de los gastos materiales, que no personales[29].

Esta cooperación en los términos ya expresados se concreta a través de un Convenio marco entre la Conferencia Episcopal Peruana y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), por el cual el Estado y la Iglesia Católica realizan un acuerdo de colaboración en la materia de asistencia religiosa en los centros penitenciarios. El último ha sido firmado el 7 de marzo de 2012[30].

Cabe resaltar que el Acuerdo entre la República y la Santa Sede señala que los capellanes penitenciarios «forman parte del Servicio Civil del Estado, gozando de todos los derechos que tal situación comporta»; así que, como sucede con los capellanes de las fuerzas armadas o los capellanes de los centros hos-

[28] J. Mantecón Sancho, *La asistencia religiosa…,* cit, pp. 580-581.

[29] *Ibidem* p. 583.

[30] El texto del Convenio marco se puede encontrar en http://www.inpe.gob.pe/pdf/ConfEpiscPer.pdf. (última visita 27 junio 2013).

pitalarios, su asignación económica corre a cargo del Estado. Sin embargo esto contrasta con el hecho de que el Convenio Marco de 2012 no contiene ninguna referencia a la asignación económica al Cuerpo de Capellanes. Tan sólo se refiere al libre acceso tanto de los capellanes como de los equipos de pastoral para que puedan realizar su misión; así como al compromiso del INPE de conservar y cuidar el material aportado por la Iglesia Católica para el ejercicio de su labor de asistencia religiosa (cfr. cláusula 4 del Convenio). En este sentido nos parece una aplicación muy restrictiva de lo que se contiene en el art. 18 del Acuerdo Internacional, que parece inclinarse claramente por una trato en igualdad de condiciones con el resto del personal del Servicio Civil del Estado, que presta sus servicios en los ámbitos penitenciarios. Incluso el Convenio hace referencia al material aportado por la Iglesia Católica, por cuenta propia, para ejercer su labor.

5.2. La asistencia religiosa en la legislación nacional

La fundamentación de la asistencia religiosa y su comprensión en el orden constitucional ha ido pareja a la evolución y el desarrollo de los derechos fundamentales en el ordenamiento del país. Es decir, en un sistema anterior a la Constitución de 1979, se puede afirmar que la asistencia se concebía como un sistema que venía a satisfacer las exigencias pastorales de una determinada confesión, desde una perspectiva más institucionalista que personalista, en la que los derechos del ciudadano pasaban a un segundo plano Y, por supuesto, los derechos de las confesiones minoritarias resultaban puramente residuales.

El reconocimiento del derecho personal al ejercicio de la libertad religiosa en el artículo 2, incisos 2 y 3 de la Constitución Política de 1993, y el artículo 50 de la misma Constitución concurren como fundamento para sostener la asistencia religiosa en los centros penitenciarios. En la actualidad, la asistencia religiosa se concibe más bien como el derecho de la persona al libre ejercicio de su confesión religiosa, al que deben de concurrir –cooperando en la medida de lo posible– los poderes públicos puesto que la situación peculiar en la que se encuentran los privados de libertad reclama una especial atención y protección del derecho por parte del Estado, y la consiguiente cooperación con las diversas confesiones religiosas, para hacer efectivo el derecho de la persona.

En este sentido, el artículo 50 de la Constitución al reconocer la aportación de la Iglesia Católica a la formación histórica, cultural y moral del país y, por otra parte, al reconocer la libertad de las diversas confesiones religiosas, establece para todas las correspondientes relaciones de cooperación.

Por eso podemos afirmar, siguiendo a Mantecón:

> «La asistencia religiosa no es otra cosa que la posibilidad de recibir los servicios espirituales de la propia Confesión, a petición propia, en situaciones que la doctrina denomina de *especial sujeción* y que exigen una cierta cooperación externa por parte del Estado»[31].

Es decir, se considera que la asistencia religiosa es una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa, que requiere de la cooperación por parte de los poderes públicos para que sea realmente efectiva. Como se ha afirmado, es en este terreno donde el ordenamiento jurídico peruano ha tenido más en cuenta el principio de igualdad religiosa y de cooperación, además de otorgar plena libertad religiosa al regular normativamente la asistencia religiosa y el ejercicio del culto al interior de los establecimientos penitenciarios[32].

5.2.1. La Ley de libertad religiosa[33] y su Reglamento

La Ley de libertad religiosa constituye un gran avance en la protección jurídica de la libertad personal contenida en el artículo 2 de la Constitución[34]. En su artículo 3 describe el contenido de la dimensión individual del derecho de libertad religiosa[35], así en el epígrafe c) del artículo se advierte que forma parte del ejercicio personal de la libertad religiosa «recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia».

Siguiendo el mismo argumento que exponíamos más arriba, la asistencia religiosa se concibe, pues como el ejercicio de una libertad personal, al que deberán concurrir aquellas instituciones públicas afectadas para hacer efectivo el derecho.

31 J. Mantecón Sancho, *La asistencia religiosa…,* cit., p. 576.

32 A. Patiño Reyes, *Libertad Religiosa…,* cit., p. 371.

33 Ley N.° 29635, de 20 de diciembre del 2010.

34 Para un análisis completo de la ley, véase A. Arrebola Fernández, *Análisis de la ley de libertad religiosa,* en «Revista Peruana de Derecho Canónico», 4 (2012), pp. 30-41; y J. Mantecón Sancho, *Nueva Ley de libertad religiosa en Perú,* en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 25 (2011), pp. 1-11.

35 Desarrolla aquí este artículo lo establecido por el artículo 6 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 25 de noviembre 1981.

El Reglamento de la ley de libertad religiosa[36], promulgado el 27 de julio de 2011, desarrolla en los tres epígrafes del artículo 5 la asistencia religiosa[37], estableciendo algunos requisitos que nos parece importante resaltar:

1. En primer lugar estamos ante el concepto de asistencia incluye a todos aquellos que se encuentran en los establecimientos, no sólo a los internos, sino también al personal a cargo de la institución de que se trate, así lo recoge el epígrafe primero, cuando habla del personal, internos o usuarios.
2. Nótese asimismo, que la norma evita hablar de ministro de la confesión religiosa. En muchos casos quien asiste espiritualmente a los internos es no sólo el ministro, sino también otras personas, correligionarios del interno, que pueden prestar servicios y apoyo de todo tipo. Nos parece una opción del todo acertada por parte de la norma.

[36] Decreto Supremo N.º 010-2011-JUS.

[37] Artículo 5.- De la asistencia religiosa

«A fin que se provea la asistencia religiosa a que se refiere el literal c) del artículo 3 de la Ley, los responsables o autoridades de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, establecimientos de salud, centros de readaptación social, institutos penitenciarios y otras instituciones de asistencia social de las entidades del sector público, y siempre que el ejercicio de este derecho no altere el normal funcionamiento de las mismas, y de conformidad con sus atribuciones y competencias:

a. Dispondrán las medidas conducentes para que su personal, internos o usuarios que expresamente lo requieran, reciban asistencia espiritual de sus respectivas entidades religiosas por parte de las personas encargadas y autorizadas por dichas entidades para brindar asistencia espiritual. Para este fin, la entidad religiosa debe encontrarse inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, la misma que debe designar formalmente a las personas encargadas y autorizadas para brindar asistencia espiritual.
b. En el caso de personas que requieran asistencia espiritual por encontrarse en grave estado de salud o riesgo de muerte, se autorizará el ingreso y se dispondrán las facilidades respectivas en el momento y oportunidad que sea requerido, a efecto que las personas encargadas y autorizadas para brindar la asistencia espiritual respectiva lo realicen de manera efectiva, aún cuando la entidad a la que pertenezca no se encuentre inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. La persona encargada y autorizada para brindar la asistencia espiritual deberá contar con la acreditación emitida por la entidad a la que pertenezca.

Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo las entidades religiosas y las personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual, deberán observar las normas de organización y funcionamiento así como las medidas de seguridad y salubridad, aplicables a dichos establecimientos de salud, centros de readaptación social, institutos penitenciarios y otras instituciones de asistencia social. El encargado y autorizado para brindar la asistencia espiritual deberá ser presentado por la autoridad competente de la entidad religiosa al establecimiento, centro o instituto antes indicados, a fin que se proceda a expedir un documento de identificación para su ingreso.

Por razones de seguridad y para evitar falsificaciones, el documento de identificación tendrá un período de vigencia anual. Para renovarlo, la entidad religiosa deberá acreditar nuevamente a sus representantes ante la institución respectiva.

El o los representantes (s) de la entidad religiosa no tendrá (n) acceso al local institucional si contravienen las normas de interés público o internas de la institución que autorizó el ingreso, o si se cancela la inscripción de la entidad religiosa en el registro del Ministerio de Justicia».

3. Se distingue entre la Entidad prestadora de un servicio estable, y el libre acceso en caso de grave enfermedad o riesgo de muerte. En el primer caso, la entidad religiosa prestadora del servicio, debe de estar inscrita en el Registro de entidades religiosas, del que habla la Ley de libertad religiosa arts. 13 y 14, y los artículos 17 a 27 del Reglamento de la Ley de libertad religiosa y, en consecuencia, cumplir los requisitos allá expuestos. En el caso de enfermedad o riesgo de muerte, el requisito de la inscripción en el registro no es exigible, y solamente se exige la acreditación por parte de la confesión religiosa a la que pertenezca[38].
4. El encargado de prestar la asistencia religiosa se compromete personalmente a cumplir las normas de la institución en la que se encuentre, pudiendo ser desautorizado al ingreso si contraviene estar normas.
5. Por su parte la Confesión religiosa se compromete a autorizar y extender un documento (puede ser nombramiento, reconocimiento, etc.) para la identificación del asistente. La validez del documento será por un año.

5.2.2. La asistencia religiosa en la legislación penitenciaria

Para cerrar la exposición del marco normativo, hemos de hacer referencia a la legislación que se refiere a los centros penitenciarios. De este modo el Código de Ejecución Penal[39], en sus artículos 93 y 94, reconoce el derecho de los internos al ejercicio de la libertad religiosa, así como la solicitud de ser asistido por un miembro de su confesión religiosa. Asimismo se reconoce el derecho pasivo del interno, es decir, el derecho a no asistir a los actos religiosos.

Por su parte el Reglamento que desarrolla el citado Código, expresa con detalle el modo de ejercer la libertad religiosa que tienen los internos de los centros penitenciarios[40]. De este modo, al exponer los derechos y deberes del interno, el artículo 11.14 le reconoce al interno el derecho a formar asociaciones religiosas dentro del centro penitenciario. Mientras que el artículo 16.8 recuerda la obligación de respetar los principios religiosos de los demás.

En el capítulo dedicado a los servicios que presta la Institución penitenciaria tenemos la asistencia religiosa, en los artículos 147 a 151. Concretamente en el artículo 148 se afirma que ésta puede ser llevada a cabo por ministros o

[38] La inscripción en el Registro de entidades religiosas es libre, según el artículo 13 de la Ley de libertad religiosa. Fue este uno de los puntos del debate de la ley, pero al final se optó por dejar libertad a las confesiones religiosas. No obstante, como la libertad personal del interno debe de quedar garantizada del mejor modo posible y en atención a la situación especial de grave enfermedad o peligro de muerte, decaen las formalidades y se facilita el ingreso del ministro de la confesión correspondiente., siempre que exista una mínima acreditación por parte de la confesión religiosa.

[39] Decreto Legislativo 654, de 31 julio de 1991.

[40] Decreto Supremo 015-2003-JUS, de 9 de septiembre de 2003.

miembros de la misma confesión religiosa[41]. El órgano coordinador de las actividades pastorales que lleven a cabo los ministros religiosos serán informadas a la dirección del establecimiento penitenciario, a través del servicio social, según establece el artículo 149.

Finalmente, merece una especial mención el artículo 150, puesto que en él se dice que la administración penitenciaria *promoverá* el ejercicio del culto y las demás actividades pastorales. Nos parece del todo positivo que la actuación de los poderes públicos no sea solamente de un modo pasivo el permitir, sin más, que se pueda desarrollar la libertad religiosa del privado de libertad, sino que realmente se promueva ese ejercicio. Esta valoración positiva viene colegida por el hecho de que las actividades religiosas suponen una parte importante de la reinserción social del recluso. De hecho en el artículo 51.10 de este Reglamento, al hablar del expediente personal del interno, se dice que conste también el resultado de las actividades educativas, laborales, recreativas, religiosas y otras que haya podido realizar el recluso. Se trata pues de una consideración netamente positiva de la incidencia que la asistencia religiosa puede tener y de hecho tiene, en la reinserción social –no digamos en el arrepentimiento– del delincuente que ha cometido un delito.

En este mismo sentido se expresa la Sentencia, objeto de nuestro estudio, en su fundamento jurídico 15, reconociendo esa misión reeducadora y positiva de la asistencia religiosa, que es plenamente compatible con la finalidad no tanto retributiva, sino reintegradora de la institución penitenciaria:

> «El principio del régimen penitenciario tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad, recibir asistencia religiosa como un medio penitenciario y como un fin en sí mismo de resocialización a través de la fe, no constituye una violación constitucional a los valores de orden público y de seguridad ciudadana».

La consideración, pues, netamente positiva de la asistencia religiosa en los centros penitenciarios recorre toda la legislación. Pero además concurren en ella tanto los derechos individuales del privado de libertad, como los principios fundamentales de igualdad de trato y de cooperación. El principio de promoción de la libertad religiosa por parte del Estado, no sólo no viola el principio de laicidad del Estado, sino que garantiza, mediante la cooperación con las entidades religiosas, por una parte el ejercicio de los derechos fundamentales en una situación tan sensible como la privación de libertad, y por otra se sirve del fenómeno religioso para la reintegración de aquellos que han de ser separados temporalmente de la sociedad en vistas a su reinserción.

[41] Artículo 148: «El interno podrá ser asistido por un Ministro o representante de su religión. La actividad religiosa podrá ser promovida por las organizaciones religiosas e Iglesias a través de Ministros, sacerdotes, representantes o agentes pastorales».

El derecho a recibir sepultura de acuerdo con los ritos de la propia confesión religiosa. Comentario a la STC 256-2003-PHC/TC

Dra. Susana Mosquera Monelos
Profesora de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Piura (Perú)
susana.mosquera@udep.pe

Sumario:

1. *Presentación del caso*
2. *Cuestiones de derecho*
3. *Contenido del derecho de libertad religiosa*
   3.1. *Manifestaciones*
   3.2. *Titularidad*
      3.2.1. *Las dos dimensiones del derecho de libertad religiosa*
      3.2.2. *La noción jurídica de religión*
      3.2.3. *El contenido esencial de la libertad religiosa*
4. *Algunas respuestas en derecho comparado*
5. *Valoración*

1. Presentación del caso

Estamos en verdad ante un caso especial y muy poco frecuente que guarda relación con el contenido esencial del derecho de libertad religiosa en la manifestación del derecho a recibir sepultura[1]. Siendo esta una dimensión clásica del derecho de libertad religiosa, dada la presencia de rituales de enterramiento propios en prácticamente todas las religiones conocidas, pocos son sin embar-

[1] Manifestación recogida en la Ley peruana de libertad religiosa, Ley 29635 de 20 de diciembre de 2010. Artículo 3, inciso h: «La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos: (…) h) Recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas».

go los casos de limitación o entorpecimiento al ejercicio de esta manifestación del derecho. Al menos pocos son los casos que han llegado a recibir una respuesta jurisprudencial que examine la eventual lesión al derecho de libertad religiosa. De ahí la importancia que presenta esta sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que probablemente es única en su especie. Posiblemente, la escasa actividad jurisprudencial en este terreno viene a demostrar que estamos en presencia de una dimensión pacíficamente aceptada como contenido esencial del derecho de libertad religiosa, que en condiciones normales se ejerce sin más limitaciones que las que se deben al orden y la salud pública[2].

De ahí que los supuestos de conflicto en el ejercicio de esta dimensión de la libertad religiosa nos llegan de países en los que la tensión religiosa es manifiesta, por causa de los conflictos étnico-religiosos que minan la convivencia y la estructura territorial; países en los que la libertad religiosa está lejos de haber sido reconocida como derecho fundamental para todos los ciudadanos. Aparecen entonces supuestos en los que principalmente se han judicializado decisiones administrativas en las que se deniega el derecho a dar sepultura siguiendo los ritos religiosos propios. El caso 0256-2003-HC/TC no encaja en ese esquema general, no es un ejemplo de limitación al ejercicio de la libertad religiosa de una confesión dentro de un país que no ha reconocido el pleno derecho de libertad en materia religiosa para todos sus ciudadanos[3], sino que se trata de un supuesto en el que la causa para denegar el derecho a recibir sepultura se enmarca en razones de contenido económico, que no religioso. De modo que a la singularidad común debemos añadir una singularidad específica que hacen del caso 0256-2003 un caso único.

Los hechos nos presentan una medida adoptada por la Dirección del Hospital Nacional Dos de Mayo que establece la retención del cadáver de quien en vida fue D. Francisco Javier Francia Sánchez hasta que no se haya saldado la deuda de dos mil soles contraída con dicho centro hospitalario. Frente a esa decisión, el 14 de octubre de 2002 los familiares del fallecido presentan un proceso de hábeas corpus, que es concedido y en el que se ordena la devolución del

[2] La mayoría de casos en los que el derecho a recibir sepultura digna siguiendo los dictados del dogma religioso libremente elegido y practicado ha sido limitado o impedido, llegan de países con un alto nivel de conflicto en cuestiones de convivencia religiosa como es el caso de Bielorrusia, Uzbekistán, Kirguistán. Vid. http://www.forum18.org/ [Fecha de la consulta, 16 de abril de 2012].

[3] Desde el texto constitucional de 1979 Perú puede presentarse legítimamente como un Estado que reconoce y protege de modo efectivo y eficaz el derecho de libertad religiosa, ha completado la regulación constitucional con la firma y ratificación de los más importantes tratados de derechos humanos en los que también se proclama este derecho fundamental de libertad de pensamiento, conciencia y religión, y para colofón ha regulado por ley especial el contenido esencial de este derecho, Ley N.º 29635 de Libertad Religiosa.

cadáver. Decisión judicial que no fue acatada por los funcionarios del Hospital Nacional Dos de Mayo, de ahí que aún a pesar de contar ya con una resolución judicial que ordenaba el cese del acto lesivo, los familiares del fallecido se vieron en la necesidad de presentar un nuevo hábeas corpus ante el Decimotercer Juzgado Penal de Lima el día 15 de octubre. Este segundo proceso fue declarado improcedente por considerar el órgano judicial que se había producido ya una sustracción de la materia, dada la existencia de una resolución que había concedido la medida protectora. De modo que lo que se establece es una disposición para asegurar el cumplimiento efectivo del hábeas corpus otorgando el 14 de octubre.

Contra esa segunda resolución los familiares apelan ante la Segunda Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que el 24 de octubre confirma la apelada. Esta cadena de resoluciones que derivan del segundo hábeas corpus interpuesto son las que ahora llegan al Tribunal Constitucional de la mano de un recurso de agravio constitucional. El Alto Tribunal toma una acertada decisión de estudiar el fondo del caso dada la persistencia de la lesión en los derechos fundamentales después de que la primera resolución concediendo el hábeas corpus no fuese debidamente atendida.

2. Cuestiones de derecho

Encontramos en este caso varios aspectos de interés jurídico general que analizaremos de manera separada para en un segundo momento centrarnos únicamente en las cuestiones que afectan de manera específica al derecho de libertad religiosa.

Los familiares del Sr. Francia Sánchez presentaron un recurso de hábeas corpus con el objeto de recuperar su cuerpo, indebidamente retenido por las autoridades el Hospital Dos de Mayo. En ese primer grupo de cuestiones legales está la de si la vía utilizada ha sido la más efectiva para lograr una adecuada protección jurídica, o dicho de otro modo, si el hábeas corpus es un recurso efectivo para proteger los intereses jurídicos en juego en el presente caso. El giro que tomaron los acontecimientos, ante la negativa del centro hospitalario a devolver el cuerpo, tornó la cuestión jurídica en algo totalmente distinto. Ya no sólo estaba en juego la libertad personal sino también y muy especialmente la libertad religiosa y la integridad personal de los familiares del fallecido, de ahí la necesidad de responder en primer término a la oportunidad del hábeas corpus como mecanismo protector.

En ese sentido el Tribunal Constitucional aclara que en efecto, la libertad religiosa es un derecho susceptible de protección a través del amparo pero dada la singularidad del presente caso ese no debe ser un obstáculo para que el Alto Tribunal pueda pronunciarse sobre este derecho desde el proceso de hábeas corpus. Razones de economía procesal y de prevalencia del derecho material sobre el derecho adjetivo incorporados en el Código procesal constitucional[4] han llevado al Tribunal Constitucional a declararse competente *ratione materiae* para pronunciarse sobre el fondo del asunto[5]. No obstante, aunque estas son razones formales que en efecto legitiman la decisión del Alto tribunal de continuar adelante con el estudio de fondo sobre la eventual lesión al derecho de libertad religiosa e integridad personal desde el proceso de hábeas corpus inicialmente interpuesto y nunca estudiado por las instancias previas, no hay sin embargo, en ellas una razón de tipo material que nos ayude a entender esa decisión. Razón que sí encontraremos en el Exp. 2700-2006 PHC/TC en el cual también a través del proceso de hábeas corpus el Tribunal Constitucional estudia el contenido del derecho de libertad religiosa para concluir la oportunidad de estudiar la lesión a la libertad religiosa desde el hábeas corpus cuando las razones de limitación al ejercicio del derecho libertad que reside en la libertad de conciencia y religión parten de una previa situación de sujeción restrictiva de la libertad personal en la que se encuentra la persona titular de ambos derechos[6].

No obstante la importancia de esta consideración hecha por el Tribunal Constitucional nos gustaría añadir algo para mejor entender las razones jurídicas que permiten acudir al hábeas corpus como recurso para proteger la libertad religiosa, y es la naturaleza de derecho matriz que tiene este último[7]. Lo que lleva

[4] Si bien los hechos que son causa del presente expediente son previos a la entrada en vigor del Código procesal constitucional, el recurso de agravio constitucional ha sido examinado a la luz del nuevo Código.

[5] Exp. 0256-2003-PC/TC, fundamento jurídico 8.

[6] «(…) Previamente a resolver la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que el proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como hábeas corpus correctivo». Cit. Exp. 2700-2006- PC/TC de 23 de marzo de 2007, fundamentos jurídicos 2 y 3.

[7] Vid. A. Martínez Blanco, *Derecho eclesiástico del Estado*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1993, p. 88.

a la necesidad de utilizar a otros derechos y libertades para de ese modo poder desplegar todo su contenido y alcanzar toda la gama de manifestaciones en las que se concreta la esencial libertad de la persona humana en materia religiosa.

En ese mismo orden de cosas, otra razón que justifica la utilización del hábeas corpus como mecanismo de protección corrector de la situación eventualmente lesionadora de los derechos fundamentales a la libertad personal, a la libertad religiosa y a la integridad moral o personal es el hecho de que la simple reclamación de libertad personal de una persona ya fallecida haría improcedente ese recurso, dado que la vida se presenta como requisito indispensable para la titularidad del resto de derechos fundamentales entre ellos la libertad locomotora[8], de ahí la importancia de incorporar los derechos de titularidad colectiva, libertad religiosa y libertad personal y moral de los familiares del occiso. De ese modo, el Alto Tribunal ha podido hacer viable la tramitación sobre el fondo de un proceso de hábeas corpus que en condiciones normales hubiese debido ser declarado improcedente por la doble razón de que se encontraban ante un caso con sustracción de materia y porque incluso si llegase a revisar dicho hábeas corpus nunca hubiese podido ofrecer una adecuada reparación a la libertad personal del fallecido. Convertir el hábeas corpus en mecanismo de protección de los derechos de los familiares del fallecido es lo que permite en última instancia solventar los problemas formales que presentaba esta acción, sin embargo al hacerlo el Tribunal Constitucional salta por encima de la cuestión de fondo sobre la titularidad real del derecho de libertad religiosa, cuestión sobre la que volveremos más adelante, quede ahora apuntada.

Puede el Tribunal Constitucional realizar ese ejercicio de retorsión del contenido del proceso de hábeas corpus gracias a la facultad que le concede el principio *iura novit curia*, aclarado por él mismo en el fundamento 5 de la sentencia:

> «El hecho de que no se aleguen determinados derechos, y por tanto, que el contradictorio constitucional no gire en torno a ellos, no es óbice para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre esos y otros derechos».

Interesa en este punto recordar que el conocimiento del caso llega hasta el Alto Tribunal después de que las instancias previas desestimaron los recursos presentados por considerar que se había dado en ellos sustracción de la materia, por lo que el Tribunal Constitucional no solo está juzgando sobre el fondo sin

[8] Aclaración que Tribunal Constitucional toma de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en una excelente incorporación de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en el orden interno.

que en las fases previas hubiese llegado a darse contradictorio alguno, sino que además lo hace incorporando desde el *iura novit curia* argumentos jurídicos nunca planteados por las partes. Es evidente que la singularidad del Exp. 0256-2003 se expresa en todos y cada uno de los elementos que lo componen. Sorprende pues el uso del *iura novit curia* dentro de un recurso de agravio que se presenta contra resoluciones que determinaron improcedente un hábeas corpus por darse una evidente sustracción de la materia (dado que ya existía un previo hábeas corpus correctamente concedido), y sin embargo no podemos hacer otra cosa que reconocer la oportunidad y acierto en la decisión tomada por el Alto Tribunal, puesto que de no haber actuado de ese modo, los hechos que comprometieron la libertad y derechos de las partes en este caso nunca hubiesen sido adecuadamente reparados[9].

Como señala el Tribunal Constitucional:

> «Si acaso el cese del acto lesivo se hubiese producido después de presentada la demanda, aún sería preciso que el juez evaluase si, por las características del caso, sería necesario que se expida una sentencia sobre el fondo (…) Tal facultad (y no, por tanto, una obligación) es un arma con la que el legislador ha dotado al juez constitucional para que, en atención a la magnitud de la lesión de un derecho fundamental o a la eventualidad de que se produzca el mismo acto posteriormente, evalúa detenidamente si aún es posible, por ser necesario, que se expida una sentencia sobre el fondo»[10].

No queda sino reconocer la adecuada decisión que ha tomado el Tribunal Constitucional a la hora de encauzar el estudio de un caso que presentaba no pocas complicaciones de partida. Quedan por considerar de modo especial las cuestiones que afectan al contenido y manifestaciones propios del derecho de libertad religiosa, que son objeto central del siguiente apartado de este trabajo, pero debemos ahora mencionar al menos una ausencia importante que encontramos en el razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional, la que refiere el uso del test de proporcionalidad que hubiese sido de gran utilidad en este caso dada la peculiar ponderación de intereses que estaban en juego. No utiliza el Alto Tribunal el test y en consideración al singular conflicto que se produce como consecuencia de la decisión del Hospital Dos de Mayo de retener el cadáver del Sr. Francia como medio de coacción para forzar al pago de la deuda contraída

[9] Por más que como resulta evidente, estamos ante una función reparadora en cierto modo limitada, dado el lapso de tiempo de más de tres años que media entre los hechos y la fecha de emisión del fallo. No obstante, es indudable que el Tribunal Constitucional acepta estudiar el caso pues ve en él una oportunidad para desplegar su función pedagógica y de reparación futura, es decir, a efectos de evitar que tales situaciones lesionadoras de derechos vuelvan a cometerse.

[10] Exp. 0256-2003- HC/TC, fundamento jurídico 12.

con el nosocomio, ese y no otro hubiese sido el mecanismo jurídico para resolver tan singular conflicto de intereses. La cuestión de si el cuerpo del fallecido podía ser utilizado como un medio de coacción y la colisión entre los intereses económicos del hospital y los derechos fundamentales del muerto y de su familia.

3. Contenido del derecho de libertad religiosa

3.1. Manifestaciones

La libertad religiosa es un derecho fundamental que ha sido incorporado a la tradición constitucional peruana desde 1979, aunque ya encontrábamos en el texto constitucional de 1933 una referencia a la libertad de las conciencias[11]. La libertad religiosa como derecho fundamental trabaja muy estrechamente con la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, tal y como se refleja en el reconocimiento que esta tríada de derechos tiene en los principales tratados internacionales de derechos humanos[12]. Y aunque el texto constitucional peruano de 1993 ha optado por separar esa tríada[13], siguiendo el ejemplo de la Convención Americana de Derechos Humanos, no por ello debemos considerar de modo autónomo el contenido de esos derechos que despliegan toda su potencialidad para el estudio de la libertad religiosa[14]. En esa lógica la libertad de pensamiento opera como motor que genera la inercia, la fuerza creadora de la que luego se nutre la libertad de conciencia y la libertad de religión. La libertad de pensamiento como fundamento y soporte de todo Estado democrático y de derecho tiene garantizada su protección a través de la libertad esencial de difusión de ideas, libertad de expresión, libertad de opinión, de ahí que el texto constitucional haya colocado a esta libertad junto con las propias de la difusión de ideas y opiniones[15]. En ese sentido podríamos afirmar de la libertad de

[11] Artículo 59: «La libertad de conciencia y de creencias es inviolable. Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas».

[12] Vid. Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. III de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre los más destacados. Con la excepción de la Convención Americana de Derechos Humanos que separa libertad de pensamiento (art. 13) de libertad de conciencia y religión (art. 12).

[13] Artículo 2.3 para la libertad de conciencia y religión, art. 2.4 para la libertad de pensamiento.

[14] Vid. S. MOSQUERA MONELOS, *Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado*, en «Gaceta Constituciona», n. 40, Abril 2011, p. 121.

[15] Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso La última tentación de Cristo v. Chile: «(…) la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a

pensamiento que opera como núcleo básico para varias libertades: expresión, opinión, información, conciencia y religión entre otras.

Para nuestro caso concreto –que llevará la libertad de pensamiento hasta la libertad religiosa– la libertad de pensamiento se materializa o concreta en el juicio crítico en la libertad de conciencia, de tal modo que la generalidad se convierte en particularidad y de la variedad plural de ideas que nutren mi pensamiento, hago ahora resumen y concretizo mi comportamiento externo de modo específico hacia aquellas que juzgo válidas, verdaderas o adecuadas. Pongo en marcha mi libertad de conciencia, y de ella derivo una actuación coherente y sincera. Libertad de pensamiento y libertad de conciencia aunque pueden ser libertades exteriorizadas, guardan un factor interno muy poderoso, factor que se protege garantizando un ámbito de inmunidad de coacción, un ámbito de no intervención por parte de terceros. No es óbice esta afirmación para reconocer que muy especialmente, la libertad de conciencia presenta en su exteriorización un problema al que el derecho ha calificado de *objeción de conciencia*. No es objeto de este trabajo explicar esta cuestión pero sí al menos debe quedar claro que la objeción de conciencia si bien guarda con la libertad de conciencia afinidad nominativa presenta más rasgos comunes con la siguiente fase o dimensión del derecho trino que estamos analizando, es decir, hay más supuestos de objeción de conciencia derivados de razones religiosas o de culto que no simplemente de razones de conciencia[16]. La confusión es común y derivar la objeción de

hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. (…) La libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia». Corte IDH. Caso La última tentación de Cristo (Olmedos Bustos y otros vs. Chile). Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 65 y 66. Y en el mismo sentido se ha pronunciado recientemente al señalar que: «Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo». Cit. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 45.

16 Cuando decimos que hay, queremos significar que jurisprudencialmente han sido atendidos con mayor grado de protección los recursos judiciales que amparaban la exoneración de cumplimiento de una norma o deber legal cuando dicho incumplimiento obedecía al cumplimiento de correlativas obligaciones religiosas.

conciencia exclusivamente del derecho de libertad de conciencia es un error en el que cae también el Tribunal Constitucional peruano[17], olvidando que las razones que justifican la objeción al cumplimiento de la norma han de ser razones religiosas, como bien recuerda la Ley 29635 de libertad religiosa[18].

La tercera y última etapa o dimensión del derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión es la que propiamente calificamos como derecho de libertad religiosa o de culto. Dimensión que comparte con las anteriores la etapa formativa y su fuero interno, pero que presenta normalmente[19] una *vis* exteriorizada muy poderosa. El culto, distintivo de esta libertad es una manifestación casi siempre externa y colectiva de la libertad religiosa[20], siendo en esta fase en la que el derecho interviene con mucha mayor frecuencia e intensidad, bien para evitar situaciones de discriminación por razón de las prácticas rituales propias, bien para garantizarles un espacio legítimo de acción, bien para protegerlas y autorizarlas, bien para establecer concretas líneas de cooperación o colaboración que concreten de ese modo la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa. Dimensión prestacional que encontramos en esta última y definitiva etapa y no en las anteriores, porque en el de libertad religiosa conviven la dimensión individual y colectiva del derecho, de modo que junto a la protección que debemos ofrecer a los individuos titulares del derecho, está la garantía de que las colectividades –confesiones y grupos religiosos– en los que la práctica del culto se manifiesta, disfruten de un espacio de acción libre dentro del marco legal que establezca el Derecho del Estado. Que ese marco de acción sea más o menos amplio, dependerá en realidad de cuestiones jurídicas complementarias al derecho de libertad religiosa, como el tipo modelo de relaciones Iglesia-Estado que ese concreto ordenamiento jurídico haya adoptado.

En este punto debemos recalcar la importancia que tiene una adecuada protección del derecho de libertad religiosa en esa doble dimensión, individual

[17] Vid. Exp. 0895-2001-AA/TC, de 19 de agosto de 2002: «Habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia» (fundamento jurídico 6).

[18] Artículo 4, Ley 29635 de 20 de diciembre de 2010: «La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas. Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece».

[19] Al menos en las tradiciones religiosas monoteístas mayoritarias.

[20] Aunque por supuestos, formas individuales e íntimas de culto deban recibir también adecuada protección jurídica.

y colectiva. La segunda, como decimos, va de la mano del modelo de Estado y en ese sentido el de libertad religiosa se presenta como derecho fundamental y también como principio jurídico que despliega sus efectos sobre todo el ordenamiento, inspirando la acción de los operadores jurídicos que deben tomar las precauciones debidas para establecer líneas normativas que eviten la discriminación por razones de religión, que promuevan la incorporación de la libertad religiosa como derecho efectivo, y que cuando así se haya previsto, se establezcan específicos acuerdos de colaboración con las entidades religiosas presentes en ese Estado. Así lo intuye el Tribunal Constitucional al señalar el carácter objetivo que tienen los derechos fundamentales:

> «Tales derechos no solo constituyen atributos subjetivos fundamentales del ser humanos, sino que son el sistema material de valores sobre el que reposa el sistema constitucional en su conjunto, de manera que éste ha de irradiarse a todo el sistema jurídico»[21].

La libertad religiosa será entonces un derecho subjetivo y un principio objetivo que exige un determinado comportamiento de parte de los operadores jurídicos, incluso antes de que norma alguna de desarrollo de su contenido despliegue sus efectos.

En el momento actual el ordenamiento jurídico peruano cuenta con esa norma de desarrollo que expresa el contenido básico del derecho de libertad religiosa en su dimensión individual y colectiva[22]; pero en la fecha que dan origen al expediente que estamos analizando no había en el ordenamiento peruano norma alguna, de modo que no le quedaba al intérprete constitucional otro camino que acudir a su propia jurisprudencia –como hizo–, o a los tratados internacionales –cosa que no hizo– que sirven de parámetro interpretativo a los derechos constitucionales y en ese sentido completan su contenido. Hubiese sido interesante ofrecer la interpretación que el Comité de Derechos Humanos ha hecho del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[23], la línea interpretativa que surge de la III Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos auspiciada por las Naciones Unidas en Viena en 1993[24], o la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre

[21] Exp. 0256-2003-HC/TC, fundamento jurídico 12.

[22] Artículos 3 y 6 de la Ley 29635 para visualizar respectivamente ese contenido individual y colectivo del derecho.

[23] Comentario general n.° 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 20 de julio de 1993.

[24] Declaración y Programa de acción de Viena. III Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones[25]. Lo que hizo el intérprete constitucional de los derechos fundamentales fue recurrir a su propia jurisprudencia, que con carácter desigual a la fecha de publicación de este caso –abril de 2005– había analizado no con demasiada intensidad el contenido del derecho de libertad religiosa. Se apoya así en el caso 0895-2001-AA/TC y en el 3283-2003-AA/TC para derivar de ellos las manifestaciones propias del derecho de libertad religiosa: práctica del culto, profesión de fe, facultad de tener o no tener, facultad para cambiar de fe, proselitismo y exteriorización[26]. Tampoco utiliza el Tribunal Constitucional los argumentos doctrinales que hubiesen podido ayudarle a fundamentar de un modo más sólido el contenido esencial del derecho de libertad religiosa, no hay en esta sentencia mención alguna a los principios del Derecho eclesiástico como sí encontramos ya en sentencias más reciente del Alto Tribunal.

3.2. Titularidad

De todas las manifestaciones o facultades que derivan del ejercicio del derecho de libertad religiosa, la que interesa para entender el presente caso es la que versa sobre la práctica del culto pues esta y no otra es la facultad que permite la exteriorización de los ritos y prácticas que conforman el dogma de fe de esa creencia. Así lo considera el Alto tribunal al señalar:

> «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 derivadas del matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentran la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos»[27].

Dejando a un lado la cuestión de si, como dice el Tribunal Constitucional, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto o más bien la segunda es la manera natural de exteriorizar las creencias religiosas, lo interesante es la referencia que en ese fundamento jurídico 16 el Tribunal Constitucional hace a la legislación comparada, en concreto a la Ley española de libertad religiosa de 1980 para recordarnos que en efecto recibir sepultura digna es una manifestación propia del derecho de libertad religiosa y de culto. Pero lo que en la Ley española de libertad religiosa se presenta como un derecho de la persona, en la

[25] Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981.
[26] Exp. 0256-2003-HC/TC, fundamentos jurídicos 14 y 15.
[27] Exp. 0256-2003-HC/TC, fundamento jurídico 16.

interpretación del Tribunal Constitucional peruano se ha transformado en un derecho *heredado* por los familiares o seres queridos del fallecido.

La cuestión no es baladí puesto que de la respuesta que demos a esa incógnita podremos concluir el acierto o el error en la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el caso en estudio. ¿Quién es el titular del derecho de libertad religiosa? En mi opinión personal el Tribunal Constitucional no se ha planteado de modo concreto esta cuestión sino que se ha encontrado ante la necesidad de dar una respuesta jurídica adecuada ante un caso que presentaba una evidente lesión al contenido constitucionalmente asignado al derecho de libertad religiosa, para hacerlo, para proteger la libertad religiosa debió mantener su competencia material a través de la revisión del segundo hábeas corpus nunca concedido por darse sustracción de la materia en opinión de las instancias infraconstitucionales. El argumento bajo el que el Tribunal Constitucional asume el estudio de este caso es el de la magnitud de la lesión y el deseo de evitar situaciones futuras de similares características, y para ellos incluye la libertad religiosa y la integridad personal en el debate a través del *iura novit curia*. Nada objetamos a ese hecho, pues en verdad este caso presenta la singularidad de haber provocado una lesión casi inconcebible a la libertad de culto.

Pero al incluir la libertad religiosa en la cuestión se presenta el problema concreto en relación a la titularidad de este derecho. Como bien se señala en el texto constitucional peruano estamos ante un derecho de la persona con una doble titularidad, individual y colectiva. No es esta segunda titularidad la que aquí se plantea, no estamos ante una dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa, sino ante una concreta consecuencia que la práctica individual del culto tiene, como es la de cumplir con el último eslabón en la cadena de ritos religiosos que componen el dogma de la creencia libremente elegida, la de los ritos funerarios. Titular del derecho es la persona, titular de la práctica y manifestación del culto incluido el rito funerario es la persona. Cuestión distinta es que, por imposibilidad material, sean terceros los encargados de hacer efectivo el cumplimiento de ese último deseo de la persona a la hora de exteriorizar sus creencias religiosas a través de una determinada práctica de enterramiento. Cuestión distinta es que esa última voluntad sea desatendida y surja la controversia entre los responsables de darle cumplimiento[28].

En mi opinión el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de culto es un derecho que en su dimensión individual se convierte en un derecho persona-

[28] Vid. H. Conwad, *Dead, but not Buried: Bodies, Burial and Family Conflicts*, en «Legal Studies», vol. 23, Issue 3, 2003, pp. 423-452.

lísimo, como podemos constatar al comprobar que el derecho de los padres de formar a sus hijos en las creencias por ellos elegidas se limita a eso, a la posibilidad de formar y orientar, pero no a profesar en su nombre este derecho libertad[29]. La principal consecuencia de ese enfoque se concreta en la imposibilidad de ejercer de forma interpuesta la toma de decisiones de conciencia que tienen resultado directo en el incumplimiento de normas legales específicas[30], es decir, naturaleza estrictamente personal de la objeción de conciencia. Por tanto, la eventual reclamación contra los actos que limiten en mí la toma de decisiones sobre la profesión de fe y sus consecuencias dado que parte de un acto íntimo y personalísimo de mi conciencia, son actos sobre los que en principio, únicamente el titular de ese derecho puede reclamar. No obstante claro que es posible la protección conjunta, la reclamación en nombre de terceros, pero la lógica dicta una reclamación directa e individual presentada por quien es titular directo de ese derecho.

Lo que en el presente caso salva esa problemática, la ausencia de legitimación para interponer recurso de reclamación contra una eventual lesión al derecho de libertad[31] es la incorporación desde el *iura novit curia* de la lesión a la integridad personal y moral de los familiares de la víctima. Hecho que los convierte entonces en legitimados activos, ahora sí, para reclamar y recibir el fallo que el Alto Tribunal ha extendido. Estamos totalmente de acuerdo con el Tribunal Constitucional en que los hechos cualifican como lesionadores de la integridad moral de los familiares del fallecido Sr. Francia, y en ese sentido relacionar la eventual afectación a la libertad de culto[32], con la lesión al derecho

[29] «Los Estado Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Y también, «Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño» (art. 5.1 de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 25 de noviembre de 1981).

[30] J. I. Arrieta Ochoa de Chinchetru, *Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica*, en «CODHEM» (Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México), Marzo-Abril 2002, p. 82.

[31] Ausencia de legitimación que por otro lado el propio Tribunal Constitucional ha ignorado, puesto que del habeas corpus legítimo y bien presentado en favor de terceros para lograr la reparación de lesiones habidas en su libertad personal, ha caminado a través del *iura novit curia* hacia lo que hubiese sido un proceso de amparo con una legitimación activa deficiente. Pues como señala el Código Procesal Constitucional en su artículo 39: «El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo».

[32] Eventual porque en modo alguno podremos llegar a saber cual hubiese sido la opinión del Sr. Francia sobre el ritual funerario elegido, dado que no nos consta la existencia de disposición testamentaria alguna al respecto; pero sí podemos imaginar lo que sus familiares querían como ritual de sepultura para él.

de integridad moral de los familiares es un acierto pleno[33]. Como bien dice el Tribunal Constitucional:

> «El derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental[34].

En similares términos se ha pronunciado el poder judicial de otros Estados cuando han tenido que resolver supuestos de similares características. En ese sentido el caso Finn contra la Ciudad de Nueva York presenta grandes similitudes con el expediente que estamos analizando. Las autoridades administrativas de la ciudad tardaron ocho días en notificar el fallecimiento del Sr. Finn. Durante ese tiempo su cadáver estuvo depositado en la morgue bajo custodia de la ciudad, lo que a juicio del tribunal constituyó una situación de abuso y tortura hacia la viuda que durante ese tiempo creyó y tuvo la esperanza de que su esposo estuviese con vida[35]. Y así se pronuncia también aquí el TC peruano al señalar que:

> «El acto reclamado linda con un trato cruel, inhumano o degradante (…)»[36].

4. Algunas respuestas en derecho comparado

Las razones que movieron a las autoridades del Hospital Dos de Mayo parecen haber sido intimidatorias, con la finalidad de coaccionar a los familiares del fallecido al pago de la deuda contraída con el centro por los servicios prestados. Razones de contenido económico que en modo alguno hubiesen podido funcionar como límite al ejercicio legítimo del culto. En el razonamiento de este punto, la cuestión del contenido del derecho y sus límites parece no haber sido analizada en la profundidad debida por parte del Alto Tribunal. Pues en

[33] Es decir, que antes que a la libertad religiosa, la limitación en el derecho a dar sepultura digna entra en el terreno de respeto a la vida privada y familiar. Vid. Leslie Burke v. General Medical Council (2004) EWHC 1879 (Admin). Y también puede apreciarse en el enfoque que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha dado a petición del caso Ostrowski. Application no. 27224/09 Adam Ostrowski v. Poland.

[34] Exp. 0256-2003-HC/TC, fundamento jurídico 19.

[35] Finn v. The City of New York. 335 N.Y.S. 2d 516 (1972).

[36] Exp. 0256-2003-HC/TC, fundamento jurídico 20.

efecto se detectan dos ausencias importantes en su argumentación jurídica, la que guarda relación propiamente con el funcionamiento de los límites al contenido esencial de los derechos fundamentales, y la referida a la aplicación de las técnicas de ponderación para determinar del modo más objetivo posible si dicho límite opera en ese caso concreto o no. A mayores se presenta una inquietud final, ¿qué hubiese sucedido si la consideración sobre el valor económico del cadáver hubiese sido otra? Son comunes las disposiciones que rechazan la propiedad sobre el cadáver pero eso no ha sido siempre así. Los escritos de Locke han sido base y fundamento para un derecho de propiedad sobre el cuerpo humano[37], no obstante muy probablemente lo que él buscaba era una fórmula para derivar de la propiedad del cuerpo, la propiedad del producto o trabajo que ese cuerpo realizase[38].

Hasta comienzos del siglo XIX el Common Law aceptaba la propiedad sobre los cadáveres[39]. Los casos antiguos señalaban que el deudor podía retener el cuerpo de su difunto deudor en concepto de pago. La tolerancia pacífica en la retención era base contractual. A comienzos del siglo XIX se condenó la práctica por ser contraria a «todos los principios de derecho y moral»[40]. Para la segunda mitad del siglo XIX ya se había establecido la regla de que el cuerpo no era una propiedad que podía ser retenida en ejecución de una deuda o proceso[41]. ¿Cómo surgen esas disposiciones que rechazan la propiedad sobre el cadáver? Muy probablemente por la influencia del Derecho canónico en el Common law, por la moral cristiana y por el comienzo de una intervención administrativa para regular la práctica de enterramientos irregulares que traslada los cementerios de la competencia eclesiástica a la esfera de las autoridades administrativas estatales[42]. Llegamos de ese modo a

[37] «Sec. 27. Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others». J. Locke, *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing Co., Indianapolis 1980, p. 19.

[38] En ese mismo sentido puede leerse a S. Mill., *Principles of Political Econom,* Appleton, New York 1887, p. 172.

[39] Quick v. Coppleton (1803) 83 E.R. 349; R. v. Cheer (1825) 107, E.R. 1294.

[40] Jones v. Ashburrnham (1804) 102, E.R. 905.

[41] R. v. Francis Scott (1842) 114. E. R. 97.

[42] B. Chacón, *La construcción de cementerios y la salud pública a lo largo del siglo XIX*, en *Studia Zamoriense*. 1999.

la regla expuesta magistralmente por el juez Blackstone contra la propiedad sobre el cadáver[43].

La ausencia de valor económico en los cadáveres es lo que justifica que el Common law no les haya asignado naturaleza de propiedad, pero los avances biotecnológicos pueden llevar a un cambio radical de enfoque en este tema. La controversia surgida a raíz de la exhibición de partes de cuerpo humano en una exposición de Gunther von Haggens desató la polémica sobre el uso dado al cuerpo humano después de muerto[44]. Uso que tradicionalmente ha incluido la función docente en las Facultades de Medicina[45], ámbito en el que también han surgido no pocas polémicas judiciales, especialmente referidas a autopsias no autorizadas[46]. Es indudable que el marco legal tiene vacios y surgen problemas cuando se produce el fallecimiento del titular de los derechos fundamentales. ¿Podría alguno de esos vacíos llegar a ser cubierto utilizando la fórmula jurídica de la propiedad sobre el cadáver? ¿De ese modo con un derecho limitado de propiedad podrían defenderse los derechos del occiso y de su familia? No debemos olvidar que alguna de las nuevas formas de propiedad que resultan de la biotecnología tiene características físicas y pueden ser objeto de protección bajo la teoría de la propiedad: células, y tejido celular, material genético y reproductivo[47]. Los imperativos de una era biomédica obligan al derecho a encontrar nuevas respuestas ante problemas antes no imaginados.

5. Valoración

Solo resta señalar nuestra positiva valoración sobre la sentencia examinada, puesto que independientemente de las posibles ausencias argumentativas que ya hemos señalado, no cabe duda que estamos ante una acción judicial que

43 «Though the heir has a property interest in the monuments and escutcheons of this ancestors, yet he has none in their bodies or ashes; not can he bring any civil action against such as indecently at least, if not impiously, violate and disturb their remains, when dead and buried». W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, The University of Chicago Press, Chicago 1979, p. 429.

44 Corpses Show not Ilegal, BBC, Marzo 2002.

45 «It can be seen, according to this authority, that under the civil law a person may, during his life, dispose of his remains in whole or part so long as the disposition does not offend against public order or police regulation, thus, he might will his body to school of anatomy». Caso Phillips v. Montreal General Hospital (1908) XIV La Revue Legale, 165.

46 Davidson v. Garret (1899) 5. C.C. 200. «(…) According to the law of England as introduced into this Province, there is no property in a dead body, and a trespass cannot be commited in respect of it».

47 R. N. Nwabueze, *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control,* en «Medical Law Review», vol. 16, Issue 2. 2008, p. 310.

reparó en efecto la lesión sufrida en lo que es una dimensión esencial del contenido del derecho de libertad religiosa. Hubiese sido nuestro deseo encontrar en el razonamiento del Tribunal Constitucional argumentos jurídicos sobre la ponderación de los intereses en juego, argumentos sobre el valor de los principios del Derecho eclesiástico del Estado para la fundamentación del modelo de relaciones Iglesia-Estado y para una mejor comprensión de derecho de libertad religiosa.

Pero agradecemos la decisión del Tribunal Constitucional de revisar en agravio las decisiones infraconstitucionales y aplicando el *iura novit curia* incluir la cuestión religiosa en el tablero. Estamos sin duda ante una sentencia extraña y atípica, pero no por ello menos pedagógica para entender el funcionamiento práctico del derecho de libertad religiosa.

La apostasía y la pretensión de cancelar la inscripción del bautismo en los libros parroquiales. Comentario a la STC 1004-2006-PHD

Dra. Lourdes Ruano Espina
Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de Salamanca (España)
lorues@usal.es

Sumario:

1. *Planteamiento de la cuestión*
2. *Procedimiento seguido para la defensa de los derechos constitucionales cuya lesión se alega: el proceso de hábeas data*
3. *Los libros parroquiales de bautismo: naturaleza, régimen jurídico y significación de la inscripción del bautismo*
4. *La declaración de apostasía en el marco de la libertad religiosa y su constancia registral en el libro de bautismos*
5. *La respuesta del Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia 1004-2006-PHD*
6. *Conclusiones*

1. Planteamiento de la cuestión

En los últimos años, las autoridades eclesiásticas de diversos países, han recibido solicitudes, en algunos casos masivas, de cancelación de la inscripción del bautismo en el correspondiente libro parroquial. El fenómeno, carente de visos de espontaneidad, parece más bien impulsado y alentado por ciertas corrientes ideológicas y políticas, lo que explica la utilización frecuente de un formato-modelo de solicitud[1]. Sin embargo, la motivación de los peticionarios

[1] Numerosas páginas de diversas plataformas digitales invitan a la apostasía colectiva y ofrecen modelos para apostatar en los distintos países. A modo de ejemplo, en la web http://www.taringa.net/posts/solidaridad/14673918/Apostasia-Colectiva-Colombia-2012.html pueden encontrarse formularios-modelo para apostatar en Colombia, Argentina, Chile, Brasil, México, Perú, Venezuela, Ecuador y España.

puede ser muy diversa y plural. En muchos casos responde a un auténtico rechazo de la fe o de la propia Iglesia católica, a la que se pertenece por el bautismo, contra la voluntad personal; en otros, parece deberse a la errónea convicción de que la Iglesia recibe del Estado financiación, que se encuentra en relación directa a su número de miembros; otros peticionarios, por su parte, presentan su solicitud guiados por la voluntad sincera de dejar de formar parte de la Iglesia católica. En cualquier caso, no nos corresponde, en este estudio, entrar en el análisis de las motivaciones personales, pero sí en el procedimiento elegido para satisfacer dicha pretensión, porque, en no pocos supuestos, para consumar la decisión personal de abandono de la Iglesia católica, en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, se ha aplicado la legislación relativa a la protección de datos personales, que protege un bien jurídico diverso[2]. Un ejemplo de este erróneo planteamiento lo encontramos en el caso que nos disponemos a comentar.

El objeto del presente trabajo consiste en realizar un análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 1004-2006-PHD, de fecha 17 de abril de 2007, a la luz del derecho fundamental a la libertad religiosa. La sentencia resuelve un recurso incoado por una demanda de *hábeas data*, interpuesta contra el Arzobispo de Lima.

El recurso de agravio constitucional se interpone contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 8 de septiembre de 2005, que declara improcedente *in limine* la demanda de autos, después de haber sido rechazada la pretensión de recurrente por los tribunales, tanto en primera como en segunda instancia. La desestimación del recurso, por los tribunales inferiores, se apoyaba en una doble argumentación: por una parte, los tribunales alegaron que, mediante esta acción constitucional de hábeas data, no se puede exigir que se emita, por parte de la autoridad eclesiástica, un Decreto en el que se considere a un miembro de la Iglesia incurso en apostasía o cisma. En segundo lugar, la acción tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales garantizados en los incisos 5 y 6 del artículo 2, mientras que lo que persigue la demanda es que se obligue a la autoridad eclesiástica, *a que excluya el nombre de feligrés de un archivo bautismal.*

[2] Como ha puesto de manifiesto J. Otaduy Guerín *(Iglesia española y Ley española de protección de datos: falsos conflictos*, en «Ius Canonicum», 95 [2008], p. 120): «La vinculación entre apostasía y protección de datos es errónea y perturbadora para la buena aplicación del Derecho. Induce a la confusión acerca de la verdadera naturaleza de los problemas planteados o, lo que es lo mismo, de los bienes jurídicos que se pretende proteger». En este mismo sentido, vid. F. Pérez Madrid, *Protección de datos personales y apostasía*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 19 (2009), p. 2.

La primera cuestión que conviene clarificar, pues, es la delimitación del objeto de la pretensión del recurrente. La demanda formula, en realidad, dos pretensiones distintas, que el Tribunal Constitucional analiza separadamente:

1) Por una parte, que se rectifique, anule y borre la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima, y se impida que se siga considerando al recurrente como miembro de la Iglesia Católica, a efectos estadísticos.
2) En segundo lugar, que se ordene al Arzobispado que emita un decreto por el que se le considere incurso en los delitos canónicos de apostasía y cisma conforme al canon 751 del Código de Derecho Canónico.

Por lo que respecta a la primera pretensión, la rectificación de la inscripción del bautismo en el correspondiente libro-registro parroquial, sólo será jurídicamente posible si se constata la existencia de defectos subsanables o si resultan inexactos o incompletos los datos que el canon 877 del Código de Derecho Canónico establece como necesarios para la prueba y anotación del bautismo, de forma que no haya una correspondencia fiel con la verdad de los datos que tienen reflejo registral (nombre del bautizado, ministro del bautismo, nombres de los padres, padrinos y testigos si los hubo, lugar y día en que se administró y lugar y día del nacimiento). En cualquier caso, la corrección del acta de bautismo asentada en el libro correspondiente, no debería implicar la sustitución del asiento por uno nuevo, sino que, previa autorización de la Curia diocesana, la rectificación debería ser anotada al margen de la partida corregida[3]. Sin embargo, no parece que nos encontremos aquí ante un supuesto de inexactitud de los datos del registro de bautismos, pues el rechazo de la fe, en un momento concreto de la vida de la persona, no convierte en erróneo o inexacto el dato histórico de la recepción del bautismo que ciertamente aconteció.

La pretensión relativa a la nulidad y borrado de la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima, en realidad, como advierte el Tribunal Constitucional, puede subdividirse en dos partes: en primer lugar, que se anule la información que obra en los archivos del Arzobispado de Lima y, posteriormente, que se proceda al borrado físico de dicha información y se impida que estadísticamente se siga considerando al recurrente como miembro de la Iglesia católica. La información a que alude el demandante puede hacer referencia, por

[3] J. Manzanares Marijuán, *Comentario al canon 877 del CIC*, en *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Ed. BAC, Madrid 2001, p. 474.

una parte, a la que obra en los libros de bautismo pero, además, podría deducirse que también está referida a otro tipo de información que conste, en su caso, en los archivos de la Curia. Por lo que respecta a la información que deriva de la inscripción del bautismo, obviamente, el resultado de la segunda parte de esta primera pretensión está subordinado a la primera, porque para que pudiera borrarse, en su caso, la información contenida en el registro de bautismo, sería preciso proceder previamente a la declaración de nulidad de la información contenida en el mismo, información que, en tanto subsista, no puede cancelarse y mucho menos borrarse, pues continúa siendo exacta y cierta. Cuestión diversa es el objetivo –lícito– perseguido por el demandante, de que se elimine toda referencia a su persona, que pueda constar en otro tipo de archivos del Arzobispado, a fin de que se evite, por todos los medios posibles, que pueda ser considerado como miembro de la Iglesia católica, a efectos estadísticos.

La declaración de nulidad de la anotación del bautismo en el correspondiente libro parroquial sólo podrá efectuarse como consecuencia, o bien de la existencia de una duplicidad en la inscripción registral del bautismo, o bien de la inexistencia del propio bautismo. En caso contrario, y no concurriendo estos presupuestos, no se podría proceder a anular el apunte registral del bautismo, si éste fue verdaderamente administrado. Incluso, la declaración de nulidad del sacramento del bautismo, por la inobservancia de alguno de los requisitos esenciales para su válida recepción, y que hacen referencia a la materia (agua verdadera y bendecida, fuera del caso de necesidad), la forma (las palabras *yo te bautizo en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo*), el sujeto o persona receptora del bautismo (niño o adulto) y el ministro del bautismo[4], daría lugar a anotación marginal de la nulidad en el asiento registral, pero no necesariamente a la nulidad ni supresión del asiento.

Ahora bien, si concurrieran ciertamente las circunstancias que pudieran dar lugar a la rectificación o corrección del acta de bautismo, o bien a la solicitud de nulidad de su inscripción, cabría iniciar el correspondiente procedimiento administrativo o, en su caso, judicial, ante las competentes autoridades eclesiásticas, en aplicación de las normas del Derecho canónico, pero en cualquier caso, la autonomía propia de la Iglesia y la libertad religiosa en su dimensión colectiva obligan a que esta cuestión deba resolverse en el ámbito interno de la propia Iglesia y en aplicación de su propio ordenamiento jurídico.

Cuestión muy distinta sería la pretensión del recurrente de que su nombre fuera borrado de posibles archivos, listados o bases de datos que existieran, en su caso, en el Arzobispado o en algún organismo eclesial o de la Curia, que

[4] Cf. Ritual de la Iniciación Cristiana de Adultos. Observaciones generales, Madrid 1976, pp. 13-14.

carezca de carácter y finalidad exclusivamente religioso, y que se conserve, por ejemplo, a efectos estadísticos. Tal pretensión sería, en mi opinión, legítima y debería ser atendida por el Tribunal.

En cuanto a la segunda pretensión, ante la solicitud del recurrente de que se le declare apóstata y cismático, el Tribunal Constitucional aclara que, mediante esta acción de garantía constitucional, no se puede exigir a un Arzobispo de la Iglesia católica que emita decreto por el que declare al demandante incurso en tales delitos canónicos, pues esta pretensión no se halla amparada por el derecho constitucional ni comprendida en el compendio reconocido como derechos protegidos a través del procedimiento de hábeas data.

En realidad, la cuestión de fondo que se plantea en el presente procedimiento consiste en determinar, por una parte, si el acto de abandono y rechazo de la fe católica por quien está bautizado en ella, puede dar lugar a un derecho, digno de tutela judicial, a que se rectifique, se cancele y/o se declare nulo el apunte registral del bautismo del interesado, en el correspondiente libro parroquial y, por otra, si dicha pretensión, así como la declaración de estar incurso en delitos tipificados en el Código de Derecho Canónico, puede hacerse valer ante los tribunales civiles, lo que implicaría el reconocimiento de que la sentencia, en este caso del Tribunal Constitucional, constituye título ejecutivo con fuerza vinculante ante las autoridades eclesiásticas.

En mi opinión, la demanda inicial parte de un planteamiento erróneo, que está radicado en la confusión de dos cuestiones diversas, que tienen su origen en dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la intimidad. Por una parte, la voluntad real de abandonar la Iglesia o la confesión religiosa a la que se pertenece, por motivaciones personales de diversa índole, está amparada por el derecho de libertad religiosa, por tanto, aunque el abandono deba formalizarse ante la propia confesión, de acuerdo con las normas internas de ésta, corresponde al Estado garantizar que se respete el derecho de toda persona a tener o no tener creencias religiosas, a cambiar de religión o a abandonar la que se tenía, así como a no sufrir ningún tipo de perjuicio o discriminación como consecuencia del ejercicio de este derecho.

Por otra parte, los datos personales que tienen relación con la ideología, las creencias religiosas o la pertenencia a una determinada confesión religiosa, constituyen datos sensibles que pertenecen a la intimidad de la persona y a la vida privada y familiar y los poderes públicos deben velar por que se garantice la eficaz protección de esos derechos fundamentales, a la intimidad, a la vida privada y familiar, y a la protección de datos personales. Estos derechos confieren a toda persona un ámbito de privacidad que conlleva la prohibición de toda injerencia no deseada de terceros en la vida privada y en la esfera personal

y familiar, pero también otorgan al titular del derecho un poder de dominio y control sobre los datos y la información relativa a la propia persona y a su familia, su uso y destino, información que no puede ser difundida sin consentimiento del interesado. El vertiginoso avance de las nuevas tecnologías, que ha hecho posible la amplia y rápida difusión de la información ha obligado a los Estados a fortalecer la garantía de estos derechos, mediante la legislación sobre protección de datos personales. Al confluir ambas cuestiones en el supuesto de hecho que nos ocupa, en no pocos casos se ha hecho valer, erróneamente, la legislación relativa a la protección del derecho a la intimidad o a la protección de datos personales, como instrumento para reclamar ante los tribunales civiles un pretendido derecho a que se obligue a las autoridades eclesiásticas a la cancelación o borrado de la inscripción del acta del bautismo, ante la previa formalización de la apostasía en el ámbito eclesial.

Así planteada, la cuestión que se aborda en la sentencia que nos ocupa, lejos de ser novedosa, viene siendo recurrente en los últimos años, sobre todo en algunos países europeos, como Francia[5], Bélgica, Alemania[6] e Italia[7], pero

[5] La solicitud masiva de cancelación del acta del bautismo en los libros parroquiales llevó a la Conferencia Episcopal francesa a pronunciarse sobre el tema en el *Directoire canonique et pastoral pour les actes administratifs des sacraments* promulgado en 1994, en el que estableció el procedimiento a seguir en estos casos. El Directorio establece que, recibida la solicitud, se enviará acuse de recibo de la petición y se procederá a la anotación de la petición al margen del acta del bautismo del interesado, sin que proceda expedir certificado de cancelación. Vid. al respecto J. Passicos, *L'acte formel. À propos des demandes de radiation de baptême et de sortie de l'Église,* en «L'Anné Canonique», 48 (2006), p. 52.

[6] En Alemania, donde el sistema de impuestos eclesiásticos obliga a la transmisión de datos concernientes a la pertenencia a una confesión religiosa, en numerosos casos, las solicitudes de cancelación enmascaran, realmente, una pretensión de eludir el denominado impuesto eclesiástico, sin que exista un verdadero rechazo total de la fe cristiana, en los términos del canon 751. Para evitar estas situaciones, la Conferencia Episcopal Alemana aprobó un Decreto, el 20 septiembre 2012, en el que establece que las personas que realicen ante la autoridad civil declaración de voluntad de salida de la Iglesia católica, no podrán participar de forma activa en la vida de la comunidad eclesial. La declaración de salida de la Iglesia lleva consigo graves consecuencias jurídicas que se indican en el texto: imposibilidad de recibir sacramentos, de ejercer oficio eclesiástico, ser padrino de bautismo o confirmación, o miembro de consejos parroquiales o diocesanos, pérdida del derecho de elección activa y pasiva y de ser miembro de asociaciones públicas de fieles: http://www.dbk.de/presse/details/?presseid=2168&cHash=39c11c115b880e0470f356fe77e7e5a0.

[7] Las solicitudes de cancelación de datos en Italia tuvieron lugar a raíz de la Ley N.º. 675/1996, de 31 de diciembre, sobre *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personale* y, sobre todo, del *Codice in materia i protezione dei dati personali* aprobado por Decreto Legislativo de 30 junio 2003, y han dado lugar a diversos pronunciamientos del *Garante Privacy* –órgano encargado de la protección de datos personales en aquél país–, ya desde 1999. En todos los casos, los recursos fueron considerados infundados, sobre el argumento central de que no es posible borrar de la vida de una persona los rastros de un acontecimiento histórico realmente sucedido, sino a costa de modificar la representación de la propia realidad. No obstante, el Garante reconoció la legítima aspiración del interesado de ver correctamente representada la propia imagen actual en relación a sus convicciones,

especialmente en España[8]. Aunque el planteamiento, y la fundamentación jurídica de las numerosas demandas que se han tramitado, concretamente ante los tribunales españoles, son obviamente diversos, creo que las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal Supremo español y la ya nutrida doctrina que ha tratado en profundidad el tema en nuestro país[9], pueden constituir una referencia válida para el esclarecimiento de la problemática que constituye el núcleo central de este estudio.

En España, entre los años 2005 y 2009 llegaron a verificarse alrededor de 1500 solicitudes de cancelación de los datos personales de los libros parroquiales de bautismo[10], ante las autoridades eclesiásticas competentes. En todos estos casos, los interesados manifestaban su voluntad de dejar de ser considerados miembros de la Iglesia católica, mediante una declaración de abandono formal de la Iglesia, en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, se apoyaban, erróneamente, en la legislación sobre protección de datos personales, y solicitaban la cancelación de la inscripción de su bautismo en el libro parroquial, invocando el derecho fundamental a la protección de dichos datos, garantizado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protec-

si bien consideró que ésta puede ser adecuadamente satisfecha mediante otras medidas, como puede ser la anotación marginal de la solicitud de abandono de la Iglesia: «*l'aspirazione degli interessati a veder correttamente rappresentata la propria immagine in relazione alle proprie convinzioni originarie o sopravvenute, può … essere soddisfatta…attraverso ad esempio, una semplice annotazione a margine del dato da rettificarsi…, ferma restando la documentazione del fatto storico dell'avvenuto battesimo*» (Decisión de 19 septiembre 1999, en «Bulletino del Garante», n. 9, 1999, p. 54. Vid., en el mismo sentido, la Decisión de 30 junio 2004, en «Bulletino del Garante», n. 51, 2004, accesible en http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1040777).

8 Desde el año 2005 se venía alentado, en varios países, desde algunos medios de comunicación y diversas plataformas políticas e ideológicas, a presentar ante las autoridades eclesiásticas declaración de apostasía y solicitar la cancelación de la inscripción del bautismo en los libros parroquiales.

9 Vid., sobre esta cuestión, J. Otaduy Guerín, *La Iglesia Católica ante la Ley española de Protección de Datos*, en «Ius Canonicum», 90 (2005), pp. 529-555; Idem, *Iglesia española y Ley española de protección de datos*… cit., pp. 117-140; J. A. Rodríguez García, *La protección de los datos personales y las confesiones religiosas*, en «Laicidad y libertades», 8 (2008), pp. 329-370; F. Pérez Madrid, *Protección de datos personales*…cit., pp. 1-31; B. González Moreno, *El derecho fundamental a la protección de datos personales: su contenido y límites respecto al bautismo y la apostasía,* en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 19 (2009), pp. 1-42; A. Troncoso Reigada (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, Aranzadi-Civitas, Madrid 2010; M. Gas Aixendri, *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Comares, Granada 2012; M. J. Roca Fernández, *La apostasía en los Derechos confesionales y en el Derecho del Estado. Estudio comparado*, Dykinson, 2012.

10 El 30 de septiembre de 2008 la propia Agencia Española de Protección de Datos hizo púbica la existencia de unas 650 resoluciones a las correspondientes solicitudes de cancelación de los datos del bautismo, cifra a la que se añaden otras 840, que se llegaron a registrar entre la mencionada fecha y finales de 2009. Vid. M. Gas Aixendri, *Apostasía y libertad religiosa*…, cit., p. 182. El dato puede consultarse en la web de la Agencia: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/index-ides-idphp.php.

ción de Datos de Carácter Personal. Casi la totalidad de las solicitudes fueron denegadas por los distintos Obispados. La principal motivación, en la mayoría de los casos, se fundaba en que los libros de bautismos no tienen la consideración de ficheros de datos, ni constituyen un archivo de sus miembros, sino que se limitan a recoger actas del hecho histórico de la recepción del bautismo, que no presume la pertenencia a la Iglesia Católica[11]. Contra estas resoluciones, muchos de los interesados interpusieron reclamación, por incumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), que estimó su pretensión e instó a cada Obispado denunciado, no a proceder a la cancelación de la anotación del bautismo, sino a remitir al reclamante, en el plazo de diez días, una certificación en la que quedara constancia de haber anotado en la inscripción de su bautismo el hecho de que había ejercido el derecho de cancelación[12].

Contra las resoluciones de dicho organismo, los Obispados interpusieron recurso ante la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso Administrativo se pronunció el 10 de octubre de 2007 –sentencias que traen su causa de los recursos presentados por el Arzobispado de Valencia, y a las que siguieron otros varios centenares de pronunciamientos con idéntica fundamentación y fallo– que consideró que, en la medida en que los Libros de Bautismos recogen datos de carácter personal, tienen la consideración de fichero y, en cuanto tales, están sujetos a la legislación en materia de protección de datos[13]. En consecuencia, ordenaba al Arzobispado demandado que efectuase, en la correspondiente partida de bautismo, una anotación marginal, en la que constase que el interesado había ejercitado el derecho a la cancelación del dato del bautismo. Contra la sentencia de la Audiencia Nacional el Arzobispado de Valencia (como el de Madrid, y otros varios Obispados posteriormente), interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue fallado por sentencia de 19 de septiembre de

[11] Se invocaba, además, el principio de inviolabilidad de los archivos y registros eclesiásticos, reconocido en el artículo I.6 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, el 3 de enero de 1979, en los siguientes términos: «El Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Órdenes y Congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesiásticas».

[12] De entrada, no deja de sorprender que en estos casos se haya tenido que recurrir a la jurisdicción del Estado porque, como ha señalado J. Otaduy Guerín (*Iglesia Católica y Ley Española de protección de datos*… cit., pp. 118-119), y tendremos ocasión de explicar en el presente trabajo, la resolución de la AEPD es conforme con el procedimiento previsto por el Derecho canónico y, en concreto, con las normas emanadas de la Conferencia Episcopal Española.

[13] Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Recurso Núm. 396/2006, Fundamento jurídico 5.

2008[14] –confirmada por otra de 14 de octubre de 2008 y seguida de más de un centenar prácticamente idénticas–, que anuló la resolución de la AEPD, por no ser ajustada a Derecho. El Tribunal Supremo estableció que los libros parroquiales de bautismos no pueden considerarse ficheros, en el sentido del artículo 3.b de la Ley Orgánica 15/1999[15], y tampoco resulta aplicable el artículo 4.3 de dicho texto legal, relativo a la exactitud y veracidad de los datos, pues los libros de bautismos no constituyen un conjunto organizado de datos personales, sino una pura acumulación de datos, que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto que ni están ordenados alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino solo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento de la parroquia donde tuvo lugar y no resultando accesible su contenido a terceros distintos del bautizado (Fundamento jurídico 4). En consecuencia, la AEPD no es competente para resolver las reclamaciones relativas a la solicitud de cancelación de las inscripciones de bautismo en los Libros parroquiales, al no resultar de aplicación la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, por no tener tales libros la naturaleza de ficheros.

2. Procedimiento seguido para la defensa de los derechos constitucionales cuya lesión se alega: el proceso de hábeas data

Íntimamente vinculado al objeto de la pretensión se encuentra la cuestión relativa al procedimiento elegido por el recurrente para hacer valer sus derechos. Los artículos 200 y siguientes del texto constitucional peruano y artículos

[14] Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Recurso de Casación Núm. 6031/2007. La sentencia tiene un voto particular formulado por el Magistrado Joaquín Huelín Martínez de Velasco. Un detenido comentario de esta sentencia puede verse en M. Arenas Ramiro, *Protección de datos personales y apostasía: la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» XXVI (2010), pp. 683-702.

[15] El citado precepto establece la siguiente definición de fichero, a los efectos de la aplicación de la propia Ley Orgánica: «Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». La Ley Orgánica 15/1999 se dictó en aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. La Directiva aclara que sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, que permitan acceder fácilmente a los datos personales, y el artículo 2.c ofrece la siguiente definición de fichero: «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica».

1 y siguientes del Código procesal constitucional del Perú, aprobado por la Ley n.º 28237, prevén varios tipos de acciones de garantía constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos reconocidos en la Constitución: la acción de *hábeas corpus,* amparo, *hábeas data* y cumplimiento.

En el caso que nos ocupa, el procedimiento ha sido incoado mediante una acción de *hábeas data.* Se trata de un procedimiento que fue introducido por primera vez en la Constitución Política de Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993[16] y que está previsto en su artículo 200, 3), que fue posteriormente modificado por el artículo único de la Ley n.º 26470[17]. De acuerdo con este precepto, la acción de hábeas data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución. El procedimiento está previsto, por tanto, específica y exclusivamente para la defensa de los derechos reconocidos en los citados parágrafos del artículo 2 de la Constitución. Se trata, en puridad, de una acción de garantía constitucional, que se crea para defender y dar seguridad a los derechos informáticos y cuya finalidad es, concretamente, garantizar la efectividad del derecho de toda persona a obtener la información que requiera de cualquier entidad pública, y a que no puedan suministrarse, por los servicios informáticos públicos o privados, informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar.

El tenor literal del precepto que garantiza los derechos cuya lesión legitima la interposición de este recurso, es el siguiente:

> «Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (…)
>
> 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
>
> El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.
>
> 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

[16] Entró en vigor el 1 de enero de 1994.

[17] Publicada el 12 junio 1995 en el Diario Oficial *El Peruano.* El texto anterior decía: «3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución».

Como puede fácilmente advertirse, el supuesto de hecho que nos ocupa tiene muy difícil encaje en cualquiera de ambos preceptos, porque los bienes jurídicos que protegen y los derechos fundamentales que garantizan son el derecho a obtener información y el derecho a la intimidad personal y familiar, que no sólo otorga a la persona un ámbito de autonomía frente a cualquier posible injerencia en la vida privada, sino que constituye un derecho de dominio y control sobre los datos personales. Tales derechos no guardan relación alguna con el derecho de toda persona a abandonar la confesión religiosa a la que pertenece, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa, ni tampoco con el pretendido derecho a que tal abandono tenga un reflejo explícito en los libros-registros de bautismos. Consecuentemente, el procedimiento elegido por el recurrente, en la sentencia que comentamos, no tiene por objeto la protección de la libertad religiosa y de conciencia, derecho que está garantizado en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución, y que habría exigido la interposición de un proceso de amparo constitucional[18], sino que ha acudido al recurso de hábeas data, previsto para la defensa de los derechos ya citados.

De hecho, el Código procesal constitucional de Perú[19], al regular cuáles son los derechos protegidos por este proceso, dispone en su artículo 61 que toda persona puede acudir a este proceso del hábeas data para:

[18] Más recientemente, el mismo Tribunal Constitucional peruano ha tenido que abordar una cuestión similar a la que aquí nos ocupa, aunque en este caso el derecho constitucional cuya lesión se invocaba fue el derecho a la libertad religiosa y de conciencia y, por ende, el procedimiento elegido, fue diverso. Se trata de la Sentencia de 12 de septiembre de 2011, en la causa 00928-2011, que ha resuelto un proceso de amparo, en el que se desestima por infundada la pretensión de los padres de un menor, que interpusieron proceso de amparo constitucional contra la resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 6 de septiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos. En este caso, la demanda se había presentado contra el Obispado del Callao, por vulneración del derecho de libertad religiosa, que se consideraba lesionado al no haber accedido a la solicitud de los padres del menor, de que se ordenase al demandado que «cumpla con *excomulgar* de la fe católica» a su hijo «mediante el mecanismo de la apostasía» (*sic*) y disponga que la parroquia en la que está inscrito su bautismo expida la correspondiente partida de bautismo con la anotación de dicha excomunión. A diferencia de la sentencia que nos ha correspondido comentar, en esta ocasión, lo que se plantea ante el Tribunal Constitucional es si la no anotación del acto formal de abandono de la Iglesia católica –realizado por los padres– del hijo de los recurrentes (de tres años de edad) en el libro de bautismos vulnera la libertad religiosa de éste. Con independencia del incorrecto planteamiento de la cuestión de fondo por los recurrentes, objeto de análisis por la autora que, en esta misma obra, tiene encomendado el comentario de esta sentencia, sí quiero advertir que en este pronunciamiento la Corte Constitucional sí entra a analizar, con acierto, la naturaleza jurídica de los libros parroquiales de bautismo, la significación de la inscripción o anotación del mismo, la formalización del abandono de una confesión religiosa como asunto interno de ésta y el alcance y contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa.

[19] Promulgado el 28 de mayo 2004 por Ley N.º 28237, y publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de mayo.

> «1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.
>
> 2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales».

Será preciso entonces, analizar la significación y alcance de la inscripción del bautismo y la apostasía en los correspondientes libros parroquiales, así como la naturaleza y el régimen jurídico de los libros de bautismo, para verificar si la negativa de la autoridad eclesiástica a la rectificación, borrado y anulación de la anotación del bautismo, constituye una lesión de los derechos constitucionales garantizados por los incisos 5 y 6 del artículo 2, o por el contrario responde a un interés jurídico legítimo de veracidad de los libros, a la defensa de los derechos de terceros que puedan verse afectados, y a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica. Dicho análisis nos llevará también a concluir si el amparo y tutela judicial efectiva de los citados derechos se ha reclamado por el procedimiento correcto. Por último, habremos de examinar si es conforme a Derecho y digna de tutela, la pretensión del recurrente, al solicitar del Tribunal Constitucional que inste a la autoridad eclesiástica a que por Decreto declare al demandante incurso en delitos tipificados por el Código de Derecho Canónico.

3. Los libros parroquiales de bautismo: naturaleza, régimen jurídico y significación de la inscripción del bautismo

La legislación de la Iglesia católica prescribe la obligación que tiene cada parroquia, de llevar una serie de libros, entre los que cita expresamente los libros de bautizados (canon 535 § 1). El Código de Derecho Canónico hace referencia a los libros de bautismo en el Capítulo V, Parte I del Libro IV, al tratar *de la prueba y anotación del bautismo administrado*. El canon 877 § 1 dispone:

> «El párroco del lugar en que se celebra el bautismo debe anotar diligentemente y sin demora en el libro de bautismo el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro, los padres, padrinos, testigos, si los hubo, y el lugar y día en que se administró e indicando asimismo el día y lugar del nacimiento».

Es decir, que la incorporación del acta del bautismo al libro parroquial tiene como finalidad dejar constancia y constituir prueba de la recepción del bautismo. Los libros de bautismo tienen, por tanto, una función típicamente registral[20].

Habida cuenta de que mediante el bautismo la persona se incorpora a la Iglesia, como sujeto capaz de derechos y deberes propiamente eclesiales (canon 96) –en cuanto esté en comunión con la Iglesia y no lo impida una sanción legítimamente impuesta[21]–, tiene particular relevancia que los datos que refleja el libro parroquial de bautismos sean fieles a la verdad. De ahí que el canon 535 establezca una serie de exigencias que deben observar en todo caso los párrocos: deben cuidar de que los libros estén anotados con exactitud, de que se guarden diligentemente[22], que sean revisados por el Obispo diocesano o su delegado en tiempo de visita, y que no vayan a parar a manos extrañas.

En el libro de bautismos se debe anotar también otros actos que testifican el estado jurídico-canónico de las personas, y que se harán constar en la partida del bautismo, de acuerdo con lo que prescribe el canon 535 § 2: se anotará la recepción del sacramento de la confirmación, así como lo que se refiere al estado canónico de los fieles por razón del matrimonio[23], de la adopción, de la recepción del orden sagrado, de la profesión perpetua emitida en un instituto religioso y del cambio de rito. El registro de bautismos debe reflejar, por tanto, todas aquellas circunstancias, de índole religiosa, que afectan al estado jurídico-canónico de las personas, y que por consiguiente pueden tener incidencia en su capacidad de obrar o al ejercicio de determinados derechos y obligaciones, en el ámbito intraeclesial.

[20] En este mismo sentido, F. Pérez Madrid, *Protección de datos personales*…, cit., p. 17.

[21] Es preciso advertir que el bautismo, si bien es requisito necesario para el pleno ejercicio de los derechos y deberes en la Iglesia, no lo es suficiente. El pleno disfrute de los derechos requiere estar en plena comunión con la Iglesia, por los vínculos de la profesión de fe, de los sacramentos y del régimen eclesiástico, conforme a lo establecido por el canon 205.

[22] Vid. así mismo, el canon 555 § 3 que, al regular los derechos y las obligaciones que tienen los arciprestes, establece que deben cuidar de que se cumplimenten y guarden convenientemente los libros parroquiales.

[23] Quedando a salvo lo prescrito por el canon 1133 por lo que se refiere al matrimonio celebrado en secreto, que se anota sólo en un libro especial que se guarda en el archivo secreto de la Curia diocesana.

Como cautela instrumental tendente a garantizar la seguridad jurídica, el párrafo 3 del mismo precepto dispone que cada parroquia ha de tener su propio sello y todos los certificados que se refieren al estado canónico de los fieles y todas las demás actas que puedan tener valor jurídico, deben llevar la firma del párroco o de su delegado, y el sello parroquial.

De esta regulación canónica de los libros parroquiales de bautismo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1) Los libros de bautismo no constituyen ficheros de datos personales: no son un conjunto de datos personales de miembros de la religión católica organizados, sino que tienen más bien la naturaleza de registros, que se limitan a recoger actas de hechos, es decir, a constatar el hecho histórico y cierto de la recepción del bautismo de una persona.
2) El hecho de que en el libro parroquial conste la recepción del bautismo de una persona constituye una apariencia de pertenencia a la Iglesia, pero realmente no prejuzga las creencias posteriores de dicha persona ni su pertenencia a la misma[24], porque la constancia de su bautismo no la identifica como miembro actual de la Iglesia católica ni presupone la adhesión personal al sacramento recibido. La Iglesia católica, de hecho, no posee ficheros ni relación alguna de sus miembros.
3) Los libros de bautismo no son accesibles a terceros, sino que tienen carácter estrictamente reservado, de tal modo que sólo el interesado puede obtener una certificación de los datos que constan en ellos. Es precisamente esta naturaleza lo que justifica las exigencias legales que imponen al párroco estrictas obligaciones de custodia y explícita prohibición de entregarlos a extraños.

La naturaleza canónica de los libros parroquiales de bautismos, como los de matrimonios, se identifica, pues, con verdaderos registros de los sacramentos administrados, que hacen prueba de los hechos inscritos, pero no prejuzgan la adhesión personal a la fe católica ni la pertenencia actual a la Iglesia[25]. De hecho, el propio legislador canónico, en algunos cánones del Código de

[24] Siguiendo a J. Otaduy Guerín *(Iglesia española y Ley española de protección de datos*…, cit., p. 122), «solamente quien voluntariamente asume la plenitud de la unidad en el credo, en los medios de santificación y en el reconocimiento de la potestad de gobierno es, en sentido jurídico-social, miembro de la Iglesia católica».

[25] B. González Moreno, *La Ley Orgánica de Protección de Datos y los Libros de Bautismo*, en *Comentarios a la Ley Orgánica*…, cit., p. 615.

Derecho Canónico, utiliza, para referirse tanto a los libros parroquiales de bautismos como a los de matrimonios, el término de *registros*[26]. Cuando se solicita que se rectifique, anule o borre la información contenida en el registro de bautismos, como ocurre en el procedimiento que ha dado lugar a la sentencia que comentamos, no se pretende, en realidad que se corrija un error o inexactitud de los datos que obran en el registro parroquial, ni tampoco se ha acreditado la falsedad del bautismo recibido por el solicitante, sino que lo que se está intentando y solicitando, es «*un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales*», como ha reconocido el Tribunal Supremo español[27]. Es decir, que aunque lo que pretende el demandante es que no quede rastro, en el libro de bautismos, del hecho cierto de que un día recibió el sacramento, no es posible jurídicamente eliminar la referencia registral en la que está anotada el acta del bautismo, como tampoco podría borrarse la inscripción del matrimonio por el hecho de haberse declarado posteriormente la nulidad o el divorcio. Cuestión diversa es si el interesado tiene un derecho digno de tutela a que quede reflejo o constancia registral en el mismo libro y asiento donde consta su bautismo, de haber abandonado la Iglesia por un acto formal, así como a no ser considerado miembro de la comunidad eclesial, a efectos estadísticos, lo que puede reclamarse legítimamente por el procedimiento canónico correspondiente.

El mismo Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2011[28], ha reconocido que:

> «El libro de bautismo es un registro del hecho histórico de haber sido administrado el bautismo en una determinada fecha y no un conjunto organizado de datos personales de miembros de la religión católica que impida al allí registrado abandonar dicha confesión sin que ello conste de modo fehaciente en tal registro, pues, como se ha visto, el bautizado católico tiene plena libertad para ejercer su derecho a cambiar de religión o de creencias, sin necesidad de formalizar el apartamiento de la Iglesia católica. Es decir, el hecho de que una persona haya sido bautizada y así conste en el respectivo libro de bautismo no impide que pueda dejar de ser creyente o cambiar de religión» (Fundamento 11).

Si bien la formalización del abandono de la Iglesia católica debe ser reclamada por los recurrentes en las instancias respectivas de dicha Iglesia y conforme a su propio ordenamiento jurídico (Fundamento 18).

[26] Cfr., a modo de ejemplo, los cánones 1121 § 1 y 1122 § 1.

[27] STS 17 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Rec. Núm. 6031/2007, Fundamento jurídico 4.

[28] Rec. 00928-2011.

4. La declaración de apostasía en el marco de la libertad religiosa y su constancia registral en el libro de bautismos

El derecho a abandonar la propia confesión religiosa, a cambiar de religión, a profesar las creencias religiosas que libremente elija o a no profesar ninguna, forma parte del contenido esencial a la libertad religiosa de toda persona. De ahí que los principales textos internacionales de derechos humanos hagan referencia explícita al derecho a cambiar de religión o creencias y a abandonar la propia confesión religiosa, como derecho inherente al de libertad religiosa. A modo de ejemplo, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[29], dispone:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia…».

En el marco del Derecho convencional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966[30], que ha desarrollado el citado precepto de la Declaración Universal, se ocupa de la libertad religiosa y de conciencia en el artículo 18, donde establece que

> «este derecho incluye la libertad de tener *o adoptar* la religión o las creencias de su elección», [de modo que] «nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener *o de adoptar* la religión o las creencias de su elección» [las cursivas son nuestras].

Este precepto ha sido objeto de comentario por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que fue creado por el artículo 28 del Pacto Internacional como órgano específico de tutela y control del cumplimiento de los derechos que en él se reconocen. En el apartado 3.º de su *Observación General* n.º 22[31], el Comité aclara que:

[29] Adoptada y proclamada por la 183.º Asamblea General de Naciones Unidas, Res. 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

[30] Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, Res. 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

[31] *Comentario General número 22 (48)* del Comité de Derechos Humanos, de 30 de julio de 1993 al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, § 6: UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), reimpreso en UN Doc. HRI/GEN/Rev.1 at 35 (1994). Disponible en: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?Opendocument).

> «El artículo 18 distingue entre la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias y la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. No permite ningún tipo de limitación de la libertad de pensamiento y de conciencia o de la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección…».

Y añade, en el apartado 5.º:

> «El Comité hace notar que la libertad de "tener o adoptar" una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias»[32].

Si descendemos al plano regional, la *Convención Americana de Derechos Humanos* que fue suscrita y adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, establece en su artículo 12:

> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
>
> 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias».

En el ámbito europeo, la libertad de cambiar de religión o de convicciones ha quedado garantizada, como derecho inherente a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de toda persona, entre otros textos, por el art. 9 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Y por último, cabe citar también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[33] –incorporada al Derecho europeo por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009–, importante texto, que reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión en términos similares a los textos y tratados citados.

[32] El texto del comentario continúa advirtiendo que el párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse.

[33] Aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 (DOCE núm. 364, 18 diciembre) y revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007 (DOUE núm. C 303, de 14 diciembre 2007).

De acuerdo con estos textos internacionales, el Estado no sólo debe garantizar el derecho de toda persona a abandonar la confesión a la que se pertenece, en virtud del ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, sino también la prohibición de todo tipo de discriminación o de posibles consecuencias negativas que una persona pueda sufrir como consecuencia directa de dicho abandono. Ahora bien, la forma en que el abandono de la confesión religiosa deba formalizarse, para que pueda tener eficacia intraeclesial, así como las consecuencias puramente religiosas que de tal abandono se derivan, constituyen cuestiones internas de cada confesión religiosa cuya regulación sólo a ella compete, en virtud de su propia autonomía.

Por lo que respecta a la Iglesia católica, el abandono de ella, el procedimiento para formalizarlo y las consecuencias jurídico-canónicas que de él se derivan están perfectamente regulados por el Derecho canónico. El Código de 1983 introdujo por primera vez una tipología variada de formas de abandono de la Iglesia, con efectos jurídico-canónicos también diversos: el abandono notorio, público y el abandono por acto formal. Por una parte, el legislador hace referencia a quienes *notoriamente* hubieran abandonado la fe católica, para referirse a aquellos que, sin necesidad de formalizar ninguna manifestación pública, resulta patente que se han alejado de la Iglesia, y que han abandonado la fe. Este tipo de abandono, que abarca una amplia gama de situaciones, lleva consigo una serie de consecuencias jurídicas que afectan, por ejemplo, a la celebración lícita del matrimonio canónico (el canon 1071 § 1, 4.º establece la necesidad de licencia del Ordinario del lugar como presupuesto de la licitud del vínculo) o a la capacidad jurídica para ejercer el derecho al voto para la provisión de un oficio eclesiástico (el canon 171 § 1, 4.º considera inhábil para votar a quien se ha apartado notoriamente de la comunión con la Iglesia). Además, si quien se ha apartado de la comunión eclesiástica, realiza alguna manifestación pública de rechazo de la fe católica, no podrá ser válidamente admitido en asociaciones públicas de fieles (canon 316 § 1)[34].

En relación a quienes se han apartado de la Iglesia, o la han abandonado, por un acto formal, el Código hacía referencia a ellos en diversos cánones, para exceptuarlos de la obligatoriedad de la forma canónica de celebración del matrimonio (canon 1117), así como para la determinación de los presupuestos que concurren en el impedimento de disparidad de cultos (canon 1086 § 1) y en el matrimonio mixto (canon 1124). El *Motu Proprio Omnium in Mentem* dado por el Papa Benedicto XVI el 26 de octubre de 2009 eliminó de

[34] Vid. también el canon 194 § 1, 2.º, que establece que queda de propio derecho removido del oficio eclesiástico quien se ha apartado públicamente de la fe católica o de la comunión de la Iglesia.

los tres cánones la expresión *abandono de la Iglesia por acto formal*. No obstante, ante las dudas de interpretación que en numerosos casos había suscitado la citada expresión, el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos emitió una Carta circular, dirigida a las Conferencias Episcopales y a los Obispos, el 13 de marzo de 2006, que lleva por título *Actus Formalis Defectionis ab Ecclesia Catholica*[35], y en la que aclara el significado y los requisitos de este acto, así como las formalidades que debe reunir. Se establece que, para que el abandono de la Iglesia católica pueda ser configurado válidamente como *actus formalis defectionis ab Ecclesia,* debe reunir, conjuntamente, tres requisitos: la decisión interna de salir de la Iglesia católica, la actuación y manifestación externa de esta decisión, y la recepción por parte de la autoridad competente, de esa decisión.

La Carta circular establece que el contenido del acto de voluntad ha de ser la ruptura de los vínculos de comunión, por lo que el acto formal de defección solo tiene el carácter jurídico-administrativo de salida de la Iglesia si supone un acto de apostasía, de herejía o de cisma. Debe tratarse de un acto jurídico válido, puesto por persona capaz, emitido de modo personal, consciente y libre, conforme a los requisitos establecidos por los cánones 1124 a 1126 para la validez de los actos jurídicos. Por último, el acto de abandono formal debe ser manifestado por el interesado de forma escrita, delante del Ordinario o el párroco propio, único competente para juzgar sobre la existencia del contenido explicado, en el acto de voluntad. El Consejo Pontificio aclara que sólo la coincidencia de los dos elementos, es decir, el perfil teológico del acto interior y su manifestación de acuerdo con lo arriba establecido, constituye un *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*. En estos casos, la autoridad eclesiástica competente «proveerá para que en el libro de bautizados (cfr. can. 535, 2) se haga la anotación con la expresión explícita de que ha tenido lugar la defectio ab Ecclesia catholica actu formali».

En conclusión, concurriendo todos los presupuestos citados, la Carta circular del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos establece claramente que la declaración de abandono de la Iglesia por acto formal, realizada conforme al procedimiento canónico que en ella se establece, debe conducir a la anotación marginal en el correspondiente libro de bautismos. Aunque podría resultar discutible si la omisión de dicha constancia registral lesiona o no la libertad religiosa del peticionario, lo cierto es que puede existir un interés legítimo en el solicitante, de disponer de un medio de prueba, en que quede constancia de la

[35] Prot. N.º 10279/2006, *Communicationes*, 38 (2006) 180-182.

declaración de voluntad formalizada y recibida por la autoridad eclesiástica[36], que en mi opinión queda suficientemente protegido con la anotación marginal del acto de abandono formal de la Iglesia.

Cuando el abandono de la Iglesia por acto formal va unido a un acto de voluntad de rechazo de la fe, estamos, realmente, ante un acto de apostasía. El Código de Derecho Canónico, define la apostasía como el rechazo total de la fe cristiana (canon 751). Constituye un delito canónico contra la religión y la unidad de la Iglesia, tipificado en el canon 1364 § 1, que lleva aparejado la pena de excomunión *latae sententiae*, es decir, que el apóstata incurre *ipso facto* en la pena de excomunión sin necesidad de que sea declarada ni impuesta por la autoridad eclesiástica; porque, en realidad, la pena no deja de ser «una constatación del estado en que el interesado se ha colocado de manera libre»[37]. Sin embargo, para que el delito pueda considerarse consumado, es preciso, por una parte, que no se trate de un acto puramente interno, sino que consista en una declaración u otro tipo de manifestación de voluntad y que sea percibida por terceros (canon 1330) y, por otra, que el acto sea jurídicamente imputable al sujeto que cometió el delito[38].

El procedimiento para recibir en la Iglesia las declaraciones de abandono formal de la fe y las solicitudes de cancelación o de rectificación de la partida de bautismo, ha sido regulado por algunas Conferencias Episcopales, que han elaborado orientaciones al respecto. Dada la amplia experiencia existente ya en España, de este tipo de solicitudes, la XCI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal española, celebrada los días 3 al 7 de marzo de 2008, aprobó unas *Orientaciones sobre el modo de proceder en caso de abandono formal de la Iglesia católica o de solicitud de cancelación de la partida de bautismo* que, aunque carecen de eficacia jurídica, constituyen importantes pautas orientadoras para la regulación de la materia que realicen los Obispos en sus respectivas diócesis[39].

36 J. Otaduy Guerín *(Iglesia española y Ley española de protección de datos*…, cit., p. 122) ha advertido que el interés del peticionario de que el acto cuente con una expresa relevancia pública, puede responder también a una demanda de tipo moral: «Quien impugna totalmente una doctrina religiosa –como es el caso del apóstata– puede experimentar la urgencia de descargar la propia conciencia de cualquier forma de connivencia o colaboración con lo que tales creencias representan. Resulta psicológicamente explicable el afán de deshacer la apariencia de pertenencia y aún la voluntad de ofrecer un testimonio público de rechazo».

37 *Ibidem*, p. 123.

38 A este respecto, habrán de tenerse en cuenta las normas contenidas en los cánones 1322 y 1323, relativas, respectivamente, a los sujetos que se reputan incapaces de cometer delito –quienes carecen habitualmente de uso de razón– y a aquellos en quienes concurre una circunstancia eximente de la punibilidad.

39 El texto de las citadas *Orientaciones* fue publicado en los boletines oficiales de algunas diócesis españolas. Puede consultarse, por ejemplo, en el «Boletín Oficial de la Diócesis de Jaén», 2008, vol. 2 (abril, mayo y junio), pp. 54-61.

Aunque dichos principios o pautas orientadoras solo son de aplicación a las Iglesias particulares del territorio de la Conferencia Episcopal Española, no dejan de tener un indudable interés para el esclarecimiento del procedimiento a seguir en casos similares presentados ante las Iglesias particulares del Perú, por lo que realizaremos una síntesis del procedimiento que en las mismas se establece.

Las *Orientaciones* establecen que el procedimiento canónico de abandono de la Iglesia debe seguirse, en todo caso, en la Curia, ante el Ordinario propio –que es el del lugar donde el interesado tiene su domicilio o cuasidomicilio, o lugar de residencia– y no en las parroquias. Recibida la comunicación individual del interesado, de su deseo de abandonar la Iglesia[40], la autoridad eclesiástica debe acusar recibo e intentar una aproximación pastoral al peticionario, mediante una referencia breve a la naturaleza teológica y canónica del acto de abandono formal y una invitación a mantener una entrevista[41], en la que conviene explicar al solicitante que el bautismo es un sacramento que produce un efecto indeleble, por lo que ni puede reiterarse ni eliminarse, y que el Derecho del Estado –español, en este caso– se rige por el principio de libertad religiosa y no establece diferencias jurídicas entre los ciudadanos, de manera que la formalización del abandono de la confesión religiosa carece de trascendencia civil. Además, se le debe aclarar que el libro de bautismos no es un fichero de miembros de la Iglesia sino un registro que da fe de un hecho histórico, que no puede negarse, y que cumple una función esencial para la determinación del estatuto de los fieles. La conservación de las anotaciones registrales es una exigencia de seguridad jurídica, y no se pueden eliminar, del mismo modo que no pueden cancelarse los asientos del registro civil o del expediente académico. Otros aspectos que deben explicarse al peticionario son los relativos al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, que la Iglesia reconoce, de tal manera que a nadie se debe obligar a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella, así como las consecuencias que se siguen del rechazo total de la fe cristiana que el interesado pretende, que constituye un acto de apostasía, y del que se siguen los siguientes efectos: la exclusión de los sacramentos (cánones 1331 § 1, 2.º y 915); privación de las exequias eclesiásticas, salvo que antes de la muerte se hubiera dado alguna señal de arrepentimiento (canon 1184 § 1); exclusión del encargo de padrino para el bautismo y la confirmación (cánones 874 § 1, 4.º y

[40] No se tomarán en consideración, según se establece de modo expreso, las solicitudes de abandono de la Iglesia de carácter colectivo, sin la debida identificación personal de cada sujeto.

[41] El documento establece que, si el solicitante rechazara la entrevista personal con el Ordinario o cualquier otra comparecencia en la Curia, el canciller le transmitirá los contenidos de la información citada mediante carta certificada con acuse de recibo.

893 § 1); necesidad de licencia del Ordinario del lugar para la admisión al matrimonio canónico (canon 1071 § 1, 5.º).

La recepción del abandono requiere la constancia, por parte de la Iglesia, de la mayoría de edad del declarante, el pleno conocimiento del significado y las consecuencias que de la declaración se derivan, y la entera libertad en la realización del acto. Finalmente, se explicará al solicitante que la Iglesia siempre está dispuesta a acoger, en cualquier momento, a cuantos quieran vivir y morir en su seno. Constatados estos presupuestos, el solicitante puede ratificar su solicitud y declarar formalmente ante el notario, el canciller o persona delegada, que se da por enterado de las consecuencias canónicas de su decisión. El documento en el que conste la voluntad del interesado de abandonar la Iglesia católica, junto con el resto de la documentación, se han de conservar en un registro especial de la Curia diocesana.

Pero además, la Conferencia Episcopal Española ha establecido indicaciones muy precisas acerca de las actuaciones que deben seguir a la declaración de voluntad. Así, una vez que conste la ratificación por parte del interesado, y su identidad, capacidad y libertad, el Ordinario del lugar instará al párroco de la parroquia en que fue bautizado a que, al margen de la partida de bautismo, haga la correspondiente anotación, del abandono formal de la Iglesia (número 9), y éste deberá remitir al Ordinario del lugar la oportuna certificación. Corresponde entonces al canciller de la Curia solicitar al párroco del lugar de residencia del interesado, y a la Curia de la diócesis de bautismo, que *asegure la cancelación de los datos personales del interesado de cualquiera de los listados, ficheros o bases de datos de organismos eclesiales en los que pudiera constar*, a fin de que en adelante no reciba correspondencia de la Iglesia, así como comunicar al interesado que se han tomado todas las medidas para que conste, a todos los efectos, su abandono de la Iglesia, y que su nombre no figura en ningún tipo de listado, fichero o base de datos de la Iglesia. *Se garantiza, de este modo, que no será considerado miembro de la Iglesia a fines estadísticos y se evitará el envío, en adelante, de cualquier género de correspondencia* (números 11 y 12).

Como puede apreciarse, el procedimiento canónico previsto a nivel universal por el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, y en el Derecho particular por algunas Conferencias Episcopales, como la Española, como, cumple con los requisitos comunes a las manifestaciones de voluntad que han de producir efectos jurídicos[42], así como con las garantías que exige la seguridad jurídica y la tutela de los derechos fundamentales –en particular, con

[42] En este mismo sentido, B. González Moreno, *La Ley Orgánica de Protección de Datos*…, cit., pp. 621 y 622.

el derecho de libertad religiosa–. Tanto la recepción del bautismo como la declaración formal de abandono de la Iglesia católica, son actos que producen importantes efectos jurídicos en el ámbito canónico, pero la inscripción del primero y la anotación marginal del acto de abandono formal en el libro de bautismos carecen de eficacia civil y no tienen ninguna incidencia ni sobre el derecho a la información, ni a la protección de datos personales, ni mucho menos sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, dado que, como ha quedado explicado, los Libros-registros parroquiales no son accesibles a terceros. De hecho, ni en el caso que nos ocupa en el presente trabajo, ni en ninguno de los supuestos que han sido resueltos ya por los tribunales españoles, se ha hecho valer una posible vulneración del derecho a la intimidad personal debida a un uso ilegítimo de los datos contenidos en el Libro de bautismos. Además, como acertadamente ha puesto de manifiesto González Moreno, el ejercicio de la apostasía es un acto vinculado al rechazo de la fe católica que nada tiene que ver con la cancelación de datos registrales que no hacen prueba de ninguna clase de adhesión a la fe ni son manifestación de creencias, sino tan solo constatación de un hecho histórico, que tiene relevancia exclusiva en el ámbito eclesial[43].

Pero además, el hecho de que el libro de bautismos constate el hecho histórico del bautismo del demandante, tampoco lesiona ni menoscaba el derecho a la libertad religiosa, puesto que no impide al interesado cambiar de religión o creencias, profesar la que libremente elija, o no profesar ninguna, incluso aún cuando no llegara a formalizarse en el libro parroquial la anotación del abandono de la Iglesia católica, pues de hecho la Iglesia no dispone de mecanismo alguno para *retener* contra su voluntad a quien voluntariamente se aparta de ella. Lo que sí resulta amparado por la libertad religiosa, en definitiva, es el derecho abandonar la Iglesia y a formalizar la declaración de apostasía, que no deja de constituir un manifestación del ejercicio del derecho de libertad religiosa negativa, pero el procedimiento en que deba formalizarse, y el modo en que quede constancia de la misma cae bajo el ámbito de autonomía de la propia confesión religiosa –y, como he explicado, en el caso de la Iglesia católica, el procedimiento está suficientemente regulado–[44].

[43] Ibidem, p. 622; Idem, *El derecho fundamental a la protección de datos personales: su contenido y límites respecto al bautismo y la apostasía*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 19 (2009), p. 42.

[44] No obstante, no debemos perder de vista que, lo que el recurrente solicita, en el procedimiento que nos ocupa, no es que quede constancia de su declaración de apostasía, en el correspondiente registro parroquial, sino que se rectifique, anule y borre la información obrante *en los archivos del Arzobispado,* lo que es, jurídicamente, improcedente.

De ahí que, en mi opinión, incurre en un error el Tribunal Constitucional, en la sentencia que nos ocupa, al entender que la pretensión de que «se anule la partida de bautismo y eventualmente cualquier otro documento en que pudiera constar cualquier otro sacramento del recurrente, se halla vinculado a la protección de la libertad de conciencia y de religión, reconocidos por el artículo 2º inciso 3) de la Constitución».

Es cierto que, como afirma el Tribunal: «La libertad de conciencia garantiza a la persona la libertad de adoptar una concepción determinada del mundo y, en consecuencia, actuar de conformidad con tales postulados», y por su parte, «la libertad de religión garantiza, entre otros atributos, lo que se denomina libertad negativa de religión y, ciertamente, la actuación conforme a esta opción».

Pero, como hemos puesto de manifiesto, lo que el recurrente reclama en este procedimiento no es la tutela de su legítimo derecho a formalizar su declaración de voluntad de dejar de ser miembro de la Iglesia –que está amparado por la libertad religiosa y de conciencia–, y a ser considerado apóstata –acción que tendría que ejercitar en cualquier caso en el fuero competente, ante los tribunales eclesiásticos y en aplicación de las normas del Derecho canónico–, sino una cuestión bien diversa, que tiene relación con el ejercicio del derecho de cancelación del dato relativo a la recepción del sacramento del bautismo *en los archivos del Arzobispado de Lima*.

5. La respuesta del Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia 1004-2006-PHD

Centrado, erróneamente, por el Tribunal, el objeto de la reclamación del demandante en la defensa del derecho fundamental a la libertad de conciencia y de religión, cobra pleno sentido el hecho de que se rechace, por no pertinente, el procedimiento utilizado para reclamar el amparo judicial de los derechos. El errado planteamiento de la cuestión, que acabo de explicar, conduce al Tribunal Constitucional a estimar que, sin que ello implique una valoración sobre el fondo de la controversia, si la pretensión del recurrente está vinculada a la protección de la libertad de conciencia y de religión, el procedimiento judicial pertinente para la defensa de sus derechos no debería haber sido el de hábeas data, sino el proceso constitucional de amparo.

Continuando con este argumento, añade la sentencia, en el parágrafo 8:

> [La anterior afirmación] «conduciría a declarar la nulidad del presente proceso a efectos de que pueda ser sustanciado como proceso de amparo. Sin embargo, un requisito de procedencia para promover este proceso es el agotamiento de la vía previa. El agotamiento de la vía previa en este caso sería ante las propias instancias de la Iglesia Católica: en consecuencia, agotada tal vía, quedaría habilitado el proceso de amparo para pretensiones de este género».

Si, como hemos explicado, la inscripción del bautismo recibido por una persona en el correspondiente libro parroquial, y las anotaciones posteriores de los actos que afecten a su estado canónico despliega sus efectos exclusivamente en el ámbito canónico, sin que dichos asientos tengan relevancia civil alguna, dado que en el ordenamiento canónico no existe ningún mecanismo ni instrumento de presión contra quien voluntariamente decida apartarse de la Iglesia, no se entiende bien que el procedimiento para la formalización del rechazo de la fe, por parte del recurrente, se haya planteado ante la jurisdicción del Estado, cuando el cauce correcto para plantear tal solicitud es el procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico de la propia Iglesia. Sin embargo, ello no puede conducir a interpretar, como hace el Tribunal, que, planteada y resuelta la solicitud en el ámbito eclesial por procedimiento previsto en el Derecho canónico, se considera agotada la vía judicial, a efectos de recurrir en amparo, ante el Tribunal Constitucional, la sentencia definitiva emanada de los tribunales de la Iglesia, porque tal conclusión, que carece de apoyo normativo, implicaría atribuir a los tribunales del Estado la potestad de revisar las sentencias dictadas por la jurisdicción eclesiástica, lo que supondría un grave atentado contra la plena autonomía y la soberanía de la Iglesia católica y contra el principio de separación Iglesia-Estado.

La autonomía de las confesiones religiosas constituye el núcleo esencial del derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva o institucional. Pretender atribuir a los órganos del Estado la capacidad de revisar las decisiones adoptadas en el ámbito propio de la Iglesia, implicaría una injerencia injustificada e ilegítima de la jurisdicción estatal en el ámbito propio de una jurisdicción independiente y soberana, como es la de la Iglesia católica, que tiene reconocida personalidad jurídica internacional, pero además lesionaría gravemente la libertad religiosa, en su dimensión colectiva, del que son sujetos titulares las confesiones religiosas y, por tanto, también la Iglesia católica.

La propia Constitución de Perú, de 1993, reconoce expresamente la autonomía organizativa e institucional de la Iglesia católica, y su independencia del Estado, al afirmar, en su artículo 50, que:

«*Dentro de un régimen de independencia y autonomía*, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración».

A este respecto, al regular y desarrollar el contenido del derecho de libertad religiosa, del que son titulares tanto las personas como las confesiones religiosas, la Ley de Libertad Religiosa, aprobada por el parlamento peruano el 2 de diciembre de 2010[45], establece que son derechos colectivos de las Entidades Religiosas[46]:

«Gozar de personería jurídica civil así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución»[47].

Y como consecuencia de la plena autonomía que, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, se reconoce a las confesiones religiosas, el Reglamento de desarrollo de la Ley, dispone, en su artículo 13:

«Las autoridades del Estado, no tendrán injerencia en los asuntos internos de las entidades religiosas…»[48].

Con respecto a la Iglesia católica en concreto, el Estado peruano firmó un Acuerdo con la Santa Sede el 19 de julio de 1980, sobre materias de interés común[49], con categoría de tratado internacional, cuya negociación, suscripción y entrada en vigor se realizó conforme a las normas de Derecho internacional en materia de Tratados –lo cual es coherente con la subjetividad internacional

45 Ley N.º 29635, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, Año 2007, Nº 11233, de 21 de diciembre de 2010, pp. 431254-56.

46 El art. 5 de la Ley define las entidades religiosas en términos amplios, que incluye a «las iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden una determinada fe. Estas entidades cuentan con credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministerio propios».

47 La personalidad jurídica de la Iglesia católica había sido reconocida expresamente en el ámbito del Derecho interno del Estado peruano, por Decreto Supremo N.º 019-78 PM, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha de 14 de diciembre de 1978.

48 El precepto aclara que, para los efectos de la Ley y del presente Reglamento, «se entenderán como asuntos internos todos aquellos actos que las entidades religiosas realicen conforme a sus estatutos para el cumplimiento de sus fines estrictamente religiosos. El Estado ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden, la salud y la moral públicos» (Decreto Supremo N.º 010-2011 JUS, de la Ley de Libertad Religiosa, Diario Oficial *El Peruano*, Año 2008, N.º 11482, de 27 de julio de 2011, p. 447366).

49 Aprobado por Decreto Ley N.º 23211, promulgado el 24 de julio de 1980.

de las dos partes firmantes–[50]. En el artículo 1 de este Acuerdo, el Estado reconoce que «la Iglesia Católica en el Perú goza de plena independencia y autonomía….».

Sin embargo, como ha advertido Pérez Madrid, sería erróneo concluir que, en virtud de la autonomía reconocida a la Iglesia a nivel internacional y constitucional, la actividad que desarrollen las personas jurídicas que forman parte de su estructura orgánica quedan al margen de la legislación del Estado de forma indiscriminada, por ejemplo, en materia de protección de datos, a diferencia de otras entidades asociativas:

> «El criterio clave para distinguir el alcance de la autonomía de las entidades religiosas es la naturaleza de las actividades que desempeñan en el tráfico jurídico. Así, el Estado deberá respetar la autonomía de los entes religiosos en las actividades estrictamente religiosas, organizativas o pastorales… en cambio, cuando las entidades realicen actividades civiles o seculares, como pueden ser las actividades sanitarias, económicas o docentes, por citar algunos ejemplos, deberán sujetarse como cualquier otra persona jurídica, a lo establecido por la norma estatal»[51].

Pues ciertamente, la facultad de llevar los libros de registro de bautismo, de acuerdo con la propia concepción teológica que tenga cada confesión religiosa, es manifestación clara del derecho de autonomía de las confesiones[52] y, en particular, de la Iglesia católica, autonomía que, como hemos señalado, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa. Por el contrario, como ya hemos señalado, si las entidades eclesiásticas tuvieran archivos, bases de datos o listados en que consten datos personales para el desarrollo de otro tipo de actividades –económicas, fiscales, laborales– que no sean religiosas u organizativas de la Iglesia, éstos quedarían sometidos a la legislación del Estado que protege el derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar.

Por otra parte, tampoco sería acertado, obviamente, esgrimir como argumento la autonomía de la Iglesia en defensa de actividades que pudieran resultar lesivas de los derechos fundamentales de las personas, porque la cuestión,

[50] Un análisis del texto puede verse en J. J. Ruda Santolaria, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 22 (2010) pp. 1-15.

[51] F. Pérez Madrid, *La autonomía de las confesiones y entidades religiosas en materia de protección de datos*, en A. Troncoso (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, cit., pp. 594-95.

[52] M. J. Roca Fernández, *Interpretación del término 'inviolabilidad' en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3-I-1979*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 29 (2012), pp. 9-10.

entonces, debería plantearse desde la perspectiva de los límites y de la protección de los derechos individuales y del orden público protegido por la ley.

En el caso que nos ocupa, el interesado debió haber solicitado, en el ámbito correspondiente –el canónico–, ante la autoridad eclesiástica competente –el ordinario o párroco propio–, y de acuerdo con el procedimiento previsto por el ordenamiento canónico, su declaración formal de abandono de la Iglesia y de rechazo total de la fe católica –apostasía– y, presentada la manifestación de voluntad en la forma debida, la autoridad eclesiástica debió haber procedido a la anotación marginal de la *defectio ab Ecclesia católica actus formali* en el libro-registro donde está inscrito el bautismo del recurrente, en respuesta al interés legítimo del peticionario. No habiéndose procedido de esta forma, bien por parte del interesado –que siempre podrá presentar declaración formal de abandono–, o bien por parte de la autoridad eclesiástica –en cuyo caso cabría proceder de acuerdo con las normas del Derecho canónico, ante la jurisdicción eclesiástica–, el procedimiento incoado y tramitado en sede civil parte de un planteamiento erróneo de la cuestión de fondo, que debió haber sido objeto de desestimación de la pretensión *ab initio*. Lo que en cualquier caso quedaría proscrito, por vulnerar la autonomía de la Iglesia y la libertad religiosa en su dimensión colectiva –e incluso la inviolabilidad de que gozan los archivos y registros de la Iglesia–, sería la posibilidad de recurrir una decisión eclesiástica, en una cuestión de naturaleza propiamente religiosa y pastoral, que despliega plenos efectos exclusivamente en el ámbito canónico, ante los tribunales estatales y en aplicación de las normas del Estado, dado que además no afecta a la seguridad jurídica ni al orden público protegido por la ley.

Esta cuestión conecta con la segunda pretensión del recurrente, que tiene por objeto que se ordene judicialmente a las autoridades eclesiásticas que emitan un decreto por el que se considere al interesado incurso en los delitos canónicos de apostasía y cisma, sin que se explique muy bien la razón por la que, sin existir justificación objetiva, se elude el recurso al procedimiento canónico correspondiente. El Tribunal Constitucional rechaza, acertadamente en este caso, la pretensión planteada y sometida a su juicio, y señala:

> «Mediante esta acción de garantía constitucional no se puede exigir a la Iglesia católica que emita decreto arzobispal mediante el cual se declare tal condición, pues esta pretensión no se halla amparada por el Derecho constitucional y no se encuentra comprendida dentro del compendio reconocido como derechos protegidos a través del proceso de hábeas data».

Por todo ello, el Tribunal, finalmente, declara improcedente la demanda de hábeas data interpuesta.

6. Conclusiones.

La demanda inicial que ha dado lugar a la sentencia objeto de este cometario, parte de un planteamiento erróneo, que tiene su origen en la confusión de dos cuestiones diversas, que radican en el ejercicio de dos derechos fundamentales y que confluyen en la pretensión del recurrente: por una parte, la voluntad de abandonar la Iglesia católica mediante la declaración de apostasía, que se encuentra amparada por el derecho de libertad religiosa y que deberá ser formalizada mediante el recurso al cauce procedimental establecido por el Derecho canónico y, por otra, la utilización de la normativa estatal garante del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, como instrumento para reclamar ante la jurisdicción estatal un pretendido derecho a que se obligue a las autoridades eclesiásticas a la cancelación o borrado de la inscripción del acta del bautismo.

Los libros-registro de bautismo no constituyen ficheros de datos personales ni una relación de miembros de la Iglesia católica, sino que su naturaleza jurídico-canónica se identifica con verdaderos registros de los sacramentos administrados, que se limitan a constatar el hecho histórico y cierto de la recepción del bautismo de una persona, sin que ello prejuzgue sus creencias posteriores ni su pertenencia a la Iglesia, que no posee relación alguna de sus miembros. Tampoco son accesibles a terceros, sino que su carácter es reservado, lo que justifica las exigencias legales que imponen al párroco estrictas obligaciones de custodia. No es posible, jurídicamente eliminar la referencia registral en la que está anotada el acta del bautismo, actuación que, además, afectaría a la seguridad jurídica y a los derechos de terceros. Cuestión diversa es si el interesado tiene un derecho digno de tutela a que quede reflejo o constancia registral en el mismo libro y asiento donde consta su bautismo, de haber abandonado la Iglesia por un acto formal, así como a no ser considerado miembro de la comunidad eclesial, a efectos estadísticos, lo que puede reclamarse legítimamente por el procedimiento canónico correspondiente.

No procede estimar, por tanto, en este caso, la acción de hábeas data interpuesta, que está prevista para los casos de lesión de los derechos fundamentales garantizados en los incisos 5 y 6 del artículo 2 del texto constitucional. El supuesto de hecho que nos ocupa tiene muy difícil encaje en cualquiera de ambos preceptos, pues si bien la recepción del bautismo y la declaración formal de abandono de la Iglesia católica, son actos que producen importantes efectos jurídicos en el ámbito canónico, la inscripción del primero y la anotación marginal de la declaración de apostasía en el libro de bautismos

carecen de eficacia civil y no tienen ninguna incidencia ni sobre el derecho a la información, ni a la protección de datos personales, ni mucho menos sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, dado que, además, los libros-registros parroquiales no son accesibles a terceros. No obstante, si las entidades eclesiásticas tuvieran archivos, bases de datos o listados en que consten datos personales para el desarrollo de otro tipo de actividades que no tengan carácter exclusivamente religioso, éstos quedarían sometidos a la legislación del Estado que protege el derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar, por lo que, el Tribunal debió estimar la pretensión del recurrente referida a los datos relativos a su persona que, en su caso, pudieran obrar en poder de la curia o las entidades eclesiásticas del Arzobispado de Lima, por ejemplo, a efectos estadísticos.

Por otra parte, el hecho de que el libro de bautismos constate el hecho histórico del bautismo del demandante, tampoco lesiona ni menoscaba el derecho a la libertad religiosa, puesto que no impide al interesado cambiar de religión o creencias, profesar las que libremente elija o no profesar ninguna. La Iglesia católica no dispone de mecanismo alguno para retener a quien voluntariamente se aparta de ella. Lo que sí resulta amparado por la libertad religiosa, en definitiva, es el derecho abandonar la Iglesia, que constituye un manifestación del ejercicio del derecho, en su dimensión negativa, negativa, pero el procedimiento en que deba formalizarse, y el modo en que quede constancia de la misma constituyen cuestiones internas de cada confesión, cuya regulación sólo a ella compete, en virtud de su propia autonomía. Por lo que respecta a la Iglesia católica, el abandono de la Iglesia, el procedimiento para formalizarlo y las consecuencias jurídico-canónicas que de él se derivan, están perfectamente regulados por el Derecho canónico, que establece que la declaración de abandono de la Iglesia por acto formal, realizada conforme al procedimiento canónico correspondiente, debe conducir a la anotación marginal en el correspondiente libro de bautismos.

El interesado, por tanto, debió haber presentado su declaración formal de apostasía ante la autoridad eclesiástica competente y por el procedimiento previsto por el ordenamiento canónico, y la autoridad eclesiástica debió haber procedido a su anotación marginal en el libro-registro donde está inscrito el bautismo del recurrente. El procedimiento civil que ha dado lugar a la sentencia que nos ocupa parte, en consecuencia, de un planteamiento erróneo de la cuestión de fondo, que debió haber sido objeto de desestimación de la pretensión *ab initio*. Lo que en ningún caso resultaría ajustado a Derecho, por atentar contra la autonomía de la Iglesia y la libertad religiosa en su dimensión colectiva, sería la posibilidad de recurrir, ante los tribunales estatales, una decisión eclesiástica,

en una cuestión de naturaleza propiamente religiosa y pastoral que no perturba la seguridad jurídica ni el orden público. Y tampoco puede ser estimada, por las razones expuestas, la pretensión del recurrente, que tiene por objeto que se ordene judicialmente a las autoridades eclesiásticas que emitan un decreto por el que se considere al interesado incurso en los delitos canónicos de apostasía y cisma.

La apostasía como contenido del derecho de libertad religiosa. Comentario a la STC 928-2011-PA/TC*

Dra. M. ª del Carmen Garcimartín Montero
Profesora titular de Derecho eclesiástico del Estado
Universidad de La Coruña (España)
cgarcimartin@udc.es

Sumario:

1. *Introducción*
2. *Los antecedentes del hecho*
3. *El concepto de apostasía*
4. *El abandono de las creencias en la legislación sobre libertad religiosa*
   4.1. *Derecho internacional*
   4.2. *Derecho interno*
5. *Fundamento jurídico de la protección civil de la apostasía*
6. *La constancia pública de la apostasía*
   6.1. *La inviolabilidad de los archivos de la Iglesia*
   6.2. *La naturaleza de los libros de bautismo*
   6.3. *Los libros de bautismo y la excepción de la LOPD*
7. *Conclusión*

1. Introducción

La apostasía de la Iglesia católica ha sido noticia en los medios de comunicación de algunos países en los últimos años. No es, sin embargo, un fenómeno nuevo. Desde los primeros siglos del cristianismo se tiene noticia de apostasías, individuales o colectivas, y de controversias vinculadas a estos hechos, como la si-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto DER 2012-34765, sobre *La religión en el espacio público: conflictos y soluciones jurídicas,* financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

tuación de los cristianos que apostataban en épocas de persecución y que después trataban de volver a la Iglesia, provocando diversas reacciones de quienes habían permanecido fieles. Por otra parte, la apostasía, entendiendo este término en su acepción más amplia, no es un hecho privativo del cristianismo; por el contrario, se produce en todas las confesiones religiosas, aunque sus implicaciones varían según los casos, llegando a veces hasta consecuencias drásticas. Es bien conocido el problema que también actualmente plantea el abandono de la religión musulmana, que en algunos países islámicos es castigado con la pena de muerte.

En todo caso, la apostasía o abandono de la religión se consideraba un asunto interno de la propia confesión, que no afectaba al ámbito civil. La novedad que se ha producido en estos últimos años, y que ha llamado la atención de los medios de comunicación –en ocasiones de una forma desproporcionada a su relevancia práctica– es que algunos ciudadanos católicos han recurrido a la jurisdicción civil solicitando el auxilio de las autoridades estatales en el ejercicio de la apostasía. A primera vista, es obvio que el Estado carece de competencia para resolver un asunto intraeclesial en los países en que impera el principio de separación Iglesia-Estado. El poder civil no puede interferir en la relación entre un individuo y la confesión religiosa a la que pertenece; sí ha de garantizar que cualquier ciudadano pueda libremente formar sus propias convicciones religiosas y vivir conforme a ellas, dentro de los límites del orden público, pero no puede intervenir en el proceso de creación, modificación o cambio de las creencias de los ciudadanos.

Aunque las situaciones que han alcanzado notoriedad en estos años son en ocasiones confusas en cuanto a las pretensiones de los interesados, como regla general no se solicitaba el amparo del Estado para el ejercicio de la apostasía propiamente dicho, que en ningún caso se ha denegado o dificultado. Lo que se pretendía era que la constancia documental de este hecho fuera protegida de conformidad con la normativa civil. De no hacerlo así, según alegaban los demandantes, se vería vulnerado su derecho de libertad religiosa o su derecho a la intimidad y protección de datos personales; e incluso, si estaba implicado un menor, podría vulnerarse también el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones.

Es importante tener en cuenta el contexto en que se han producido estas controversias. En numerosos países occidentales, la protección de la intimidad es un asunto que ha atraído el interés de los poderes públicos desde que se generalizó el uso de los recursos electrónicos, en particular de internet y de las redes sociales. El auge de una mercadotecnia que ocasionalmente adopta fórmulas intrusivas ha alimentado la preocupación de políticos, legisladores, padres y agentes sociales en general, que han visto cómo determinadas libertades y derechos podían verse menoscabados por el abuso de estos medios. De

ahí la proliferación de medidas legislativas y de otra índole dirigidas a proteger la intimidad personal de estos potenciales peligros, ante los que los ciudadanos podrían encontrarse indefensos.

No es fácil, sin embargo, encontrar el punto de equilibrio en los casos en que aparecen implicados diversos derechos fundamentales, y es aún más difícil si los poderes públicos tienden a regular sectores cada vez más amplios de la vida social, que podrían llegar a invadir espacios que no han de ser objeto de control estatal. Las resoluciones de los tribunales de justicia han reflejado estas dificultades y vacilaciones, con decisiones a veces contradictorias que frecuentemente han llegado hasta la última instancia judicial, o, en su caso, hasta los tribunales constitucionales, habida cuenta del carácter fundamental de los derechos afectados.

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en una Sentencia de 12 de septiembre de 2011. Pocos meses antes, el 28 de febrero del mismo año, el Tribunal Constitucional español había dictado un Auto de inadmisión de un proceso de amparo interpuesto por la Agencia Española de Protección de Datos, que traía causa de una sentencia de casación dictada por el Tribunal Supremo en un supuesto de apostasía. Aunque el fundamento jurídico de las resoluciones judiciales de ambos países es diferente, el paralelismo en muchos otros aspectos entre el caso español y el peruano hacen especialmente oportuna una referencia comparativa al modo en se ha resuelto en estos dos países los conflictos planteados en la materia.

2. Los antecedentes de hecho

La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 928-2011-PA/TC, de 12 de septiembre, resolvió un recurso de agravio constitucional interpuesto una vez agotados los recursos ante la jurisdicción ordinaria[1].

El hecho que inicialmente dio lugar a la demanda fue el bautizo de un menor a petición de su madre el 17 de enero de 2009 en la parroquia de San Pablo, Obispado del Callao, en la República del Perú. El padre del menor, una vez que tuvo conocimiento del hecho, instó a la madre a solicitar la nulidad del bautismo. La contestación de la autoridad eclesiástica –el presbítero titular de la parroquia– fue negativa, declarando la imposibilidad de proceder en la forma señalada; el demandante reiteró la solicitud, recibiendo la misma respuesta. Los demandantes –ahora los dos progenitores del niño– dirigieron entonces una carta al Obispado expresando su rechazo de la fe católica y solicitando a la auto-

[1] Exp. N.º 00928-2011-PA/TC.

ridad competente que anotara la apostasía en la partida de bautismo de su hijo. Ante la falta de respuesta, los demandantes interpusieron una demanda contra el Obispado del Callao ante el Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, solicitando que se *excomulgara de la fe católica mediante el mecanismo de la apostasía* [sic] al menor en cuestión. La demanda fue declarada improcedente; los demandantes interpusieron recurso ante la Corte Superior de Justicia de Lima, que también declaró improcedente la demanda. Contra esta decisión los demandantes recurrieron ante el Tribunal Constitucional, que entró en el fondo del asunto y resolvió mediante Sentencia el 11 de septiembre de 2011, desestimando la pretensión.

Los antecedentes de hecho, tal como aparecen recogidos en la Sentencia, adolecen de cierta falta de claridad, por dos motivos fundamentales: uno, no se adivina fácilmente quién actúa como solicitante o demandante en cada una de las fases del proceso. Se afirma que el padre del menor conminó a la madre a que solicitara la nulidad, pero según parece fue el propio interesado quien reiteradamente pidió la nulidad del bautismo; posteriormente, ambos progenitores aparecen como coautores de la carta dirigida al Obispado, e interponen las sucesivas demandas conjuntamente. Es cierto que el hecho de que la demanda sea individual o conjunta, en este caso, es irrelevante, al estar ambos progenitores legitimados para interponerla como representantes del menor. No obstante, el propio Tribunal Constitucional, en un determinado momento, llama la atención sobre la incoherente actitud de la madre, que primero solicita el bautismo y poco después reclama la constancia de la apostasía (literalmente, la *anulación* del bautismo)[2]. Tal contradicción podría ser un indicio de la falta de libertad de actuación de la mujer en el momento de solicitar el bautismo o su *anulación*. Sin embargo, ni el Tribunal incide más en el tema ni tiene un interés especial a efectos de dilucidar la cuestión de la apostasía, aunque sí podría tener importancia si fuera otra la problemática debatida: por ejemplo, podría afectar a la validez del bautismo si se hubiera solicitado bajo coacción.

La segunda cuestión que cabe destacar es que los antecedentes de hecho no recogen todas las fases del proceso con la precisión que sería deseable. No constan, por ejemplo, la fecha de interposición del recurso de agravio constitucional ni la resolución contra la que se interpone el recurso ante la Corte Superior de Justicia de Lima.

Si estas carencias pueden calificarse como circunstancias accidentales, no lo es, por el contrario, la formulación de la pretensión. El *petitum* en un sentido amplio es que se haga constar la apostasía que realizan los progenitores en representación de su hijo menor. Sin embargo, en las sucesivas solicitudes y demandas,

[2] *Ibidem,* n. 15.

hacen referencia indistintamente a la apostasía, excomunión, nulidad del bautismo o abdicación de la fe cristiana, como si se tratara de términos sinónimos. Volveremos sobre la cuestión más adelante, pero es conveniente aludir a este dato porque ya desde el principio pone de relieve la confusión de la parte actora respecto a la actuación que se solicita de las autoridades de la Iglesia católica.

Los antecedentes de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo español son menos complejos en su formulación, pero interviene un sujeto que incorpora elementos distintos a la demanda. El 23 de mayo de 2006, la Agencia Española de Protección de Datos estimó una reclamación de un ciudadano contra el Arzobispado de Valencia, al que había solicitado que cancelara su partida de bautismo[3]. El Arzobispado interpuso recurso contra esta decisión ante la Audiencia Nacional, alegando la inviolabilidad de los libros y registros de la Iglesia católica; aducía también que los libros de la Iglesia no tienen la condición de ficheros en el sentido en que los define la Ley Orgánica de Protección de Datos, por lo que no le son aplicables las disposiciones de la Ley sobre cancelación y rectificación de asientos. La Audiencia Nacional dictó Sentencia desestimatoria el 10 de octubre de 2007. El Arzobispado recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, que el 19 de septiembre de 2008 dictó Sentencia estimando la pretensión del Arzobispado, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Nacional que obligaba a la Iglesia a rectificar los datos de los libros de bautismo en los mismos términos en que se exige a los titulares de ficheros de datos[4]. La Agencia Española de Protección de Datos recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva protegida por el artículo 24 de la Constitución. El 28 de febrero de 2011, el Tribunal Constitucional dictó auto de inadmisión de la demanda por falta de legitimación activa de la parte actora. Por tanto, no entró en el fondo del asunto, de manera que la doctrina jurisprudencial que examinaremos deriva principalmente de la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2008[5].

La jurisprudencia de estos dos países plantea una serie de cuestiones similares y otras particulares de cada una de ellas. El examen más detenido de unas y otras nos permitirá extraer conclusiones sobre el enfoque que ha recibido en ambos ordenamientos la apostasía de la fe católica.

[3] Concretamente, la Sentencia instó al Arzobispado de Valencia a que en el plazo de diez días hábiles enviara al demandante certificación haciendo constar en su partida de bautismo el hecho de haber ejercido su derecho a la cancelación, o que motivara las causas que lo impedían.

[4] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de Casación núm. 6031/2007 (RJ\2008\5475).

[5] El Tribunal Supremo ha dictado, con posterioridad, otras sentencias en el mismo sentido. Por tanto, puede afirmarse que existe una línea jurisprudencial consolidada en esta materia.

3. El concepto de apostasía

Para centrar adecuadamente las controversias planteadas es necesario tener presente la definición de apostasía. El Diccionario de la Real Academia vincula el término apostasía a la fe cristiana, al definirlo en su primera acepción como «negar la fe en Jesucristo»[6].

Por analogía, la expresión *apostatar* –y su derivado apóstata– se utiliza para designar la acción de quien abandona formalmente la fe que profesa, bien para incorporarse a otra confesión o bien para prescindir de toda afiliación religiosa. Se trata, por tanto, de un acto que afecta principalmente a la relación de un individuo con la confesión a la que pertenece. Sólo de manera secundaria podría tener repercusiones en el ámbito civil.

Por consiguiente, interesa en primer lugar analizar cómo regulan la apostasía las confesiones religiosas. Por razones prácticas, es imposible –y no parece necesario– examinar el tratamiento que recibe este acto en todas las confesiones religiosas reconocidas en España y Perú. Parece más adecuado limitar el análisis a la Iglesia católica, porque es la confesión a la que se refieren las sentencias analizadas, y por ser la confesión a la que pertenecen la mayoría de los habitantes de ambos países, sin perjuicio de hacer una breve referencia a otras confesiones religiosas.

El Código de Derecho Canónico menciona la apostasía en el canon 751. La define como el rechazo total de la fe cristiana, por oposición al cisma, que supone el rechazo de la sujeción al Papa o de la comunión con la Iglesia, y a la herejía, que implica la negación de una verdad de fe. De esta definición resulta que la apostasía conlleva la voluntad de apartarse de la Iglesia de una forma absoluta. Aunque el Código no lo dice expresamente, esta voluntad ha de manifestarse externamente, de forma explícita o implícita, para que produzca efectos jurídicos[7].

En el ámbito canónico, la apostasía constituye un delito que lleva aparejadas las correspondientes penas, siempre que el sujeto activo haya cumplido dieciséis años[8]. El apóstata incurre en excomunión *latae sententiae*, con todas las consecuencias que lleva consigo; si causa grave escándalo o persiste en el

[6] Las restantes acepciones tienen también connotaciones religiosas cristianas o prescinden de este matiz para referir la apostasía al abandono de un partido para entrar en otro, o cambiar de opinión o doctrina. Cfr. *Diccionario de Lengua Española,* Real Academia Española, 23.ª ed. (on-line), voz «Apostatar» (http://lema.rae.es/drae).

[7] Canon 1330: «No se considera consumado el delito que consiste en una declaración o en otra manifestación de la voluntad, doctrina o conocimiento, si nadie percibe tal declaración o manifestación».

[8] Cfr. canon 1323.

delito, se le pueden imponer además otras penas, incluyendo, si fuera el caso, la expulsión del estado clerical[9]; se le niegan las exequias eclesiásticas[10], y no puede recibir las órdenes sagradas[11]. En cambio, puede contraer matrimonio en forma canónica tras la modificación, en el año 2009, del canon 1086, que declaraba inválido el matrimonio contraído entre dos personas, una de las cuales se hubiera apartado formalmente de la Iglesia católica[12].

En el año 2006, el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos envió a los Presidentes de las Conferencias Episcopales una Carta aclaratoria sobre los requisitos de la apostasía y modo de proceder en estos casos[13]. En este texto se precisa que el abandono formal de la Iglesia, para que pueda ser configurado válidamente como tal, es un acto jurídico que requiere:

> «a) la decisión interna de salir de la Iglesia católica;
>
> »b) la actuación y manifestación externa de esta decisión;
>
> »c) la recepción por parte de la autoridad eclesiástica competente de esa decisión»[14].

No existe, sin embargo, un procedimiento reglado para realizar la apostasía de forma explícita. En la Carta aclaratoria del año 2006 se dice únicamente que

9 Cfr. canon 1364. Se considera también removido del oficio eclesiástico (canon 194) y expulsado del instituto religioso a que pudiera pertenecer (canon 694). Los apóstatas tampoco pueden ser válidamente admitidos en asociaciones públicas canónicas, o serán expulsados, previa amonestación, si ya estuvieran legítimamente adscritos a ellas (canon 316).

10 Cfr. canon 1184 § 1.

11 Cfr. canon 1041.

12 Las razones alegadas para la modificación están señaladas en la Carta Apostólica que introduce este nuevo régimen: «La experiencia de estos años ha mostrado (…) que esta nueva ley ha generado no pocos problemas pastorales. En primer lugar, ha parecido difícil la determinación y la configuración práctica, en los casos particulares, de este acto formal de separación de la Iglesia, sea en cuanto a su sustancia teológica, sea en cuanto al aspecto canónico. Además, han surgido muchas dificultades tanto en la acción pastoral como en la praxis de los tribunales. De hecho, se observaba que de la nueva ley parecían derivar, al menos indirectamente, una cierta facilidad o, por decir así, un incentivo a la apostasía en aquellos lugares donde los fieles católicos son escasos en número, o donde rigen leyes matrimoniales injustas, que establecen discriminaciones entre los ciudadanos por motivos religiosos; además, esa nueva ley hacía difícil el retorno de aquellos bautizados que deseaban vivamente contraer un nuevo matrimonio canónico, después del fracaso del anterior; por último, omitiendo otras cosas, para la Iglesia muchísimos de estos matrimonios se convertían de hecho en matrimonios denominados clandestinos» (Motu Proprio *Omnium in Mentem,* de 26 de octubre de 2009; disponible en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/apost_letters/documents/hf_ben-xvi_apl_20091026_codex-iuris-canonici_sp.html [último acceso, 30 de julio de 2012]).

13 *Actus Formalis Defectionis Ab Ecclesia Catholica,* Prot. N. 10279/2006, de 13 de marzo; disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20060313_actus-formalis_sp.html (último acceso, 30 de julio de 2012).

14 *Ibidem,* n. 1.

ha de realizarse de forma escrita ante la autoridad competente, esto es, el Ordinario o párroco propio. Esta misma autoridad adoptará las medidas necesarias para que se anote en el libro de bautismos que ha tenido lugar la apostasía[15].

Tras la publicación de este documento, diversas Conferencias Episcopales y diócesis han adoptado disposiciones articulando un procedimiento determinado para estos casos, aunque la Carta aclaratoria no lo exige expresamente, ni tan siquiera detalla quién es competente para desarrollar su contenido. De ahí que cada país, o cada diócesis, según los casos, gestione las declaraciones de abandono de la fe católica del modo que considera más adecuado, dentro de las directrices de la Carta.

En Perú, la Conferencia Episcopal no ha adoptado directrices propias, sino que se aplican directamente las normas de la Santa Sede. En la práctica, las actuaciones a realizar en casos de apostasía son las siguientes:

1) Presentación de la declaración de apostasía ante el Ordinario del lugar de quien decide abandonar la Iglesia.
2) Registro de la declaración en el libro especial que se conserva en la Cancillería.
3) Decreto de aceptación de la declaración de abandono formal de la Iglesia, previa consulta al Vicario judicial.
4) Mandato a la parroquia para que registren la apostasía como nota marginal en la partida de bautismo del interesado[16].

En España, la Conferencia Episcopal ya había enviado unas orientaciones sobre este asunto antes de la publicación de la Carta aclaratoria de 2006, y la mayoría de las diócesis han establecido sus propias normas procedimentales para los casos de apostasía[17]. Aunque existen variaciones de un lugar a otro en el modo de proceder, pueden extraerse unas líneas generales de estos procedi-

[15] *Ibidem*, nn. 5 y 6.

[16] La información ha sido facilitada por la Archidiócesis de Lima, en respuesta a una consulta realizada sobre esta cuestión.

[17] Cfr. Nota sobre la cancelación de datos personales en los registros de bautismo de la Iglesia católica, de 6 de julio de 2000, y Orientaciones sobre el modo de proceder en caso de solicitud de abandono formal de la Iglesia católica o de cancelación de la partida de bautismo, aprobada en la Asamblea Plenaria del 7 al 11 de marzo de 2005. Estas Notas, al igual que la mayor parte de las normas y disposiciones diocesanas, no han sido publicadas. Aparecen analizadas detalladamente en F. R. Aznar Gil, *La defección de la Iglesia Católica por acto formal*, en R. Rodríguez Chacón (coord.), *Puntos de especial dificultad en Derecho Matrimonial Canónico Sustantivo y Procesal, y Cuestiones Actuales de Derecho Eclesiástico y Relaciones Iglesia Estado*, Dykinson, Madrid 2007, pp. 28 y ss., a quien sigo en esta cuestión.

mientos, que ofrecen una idea bastante aproximada de la praxis a seguir cuando una persona solicita abandonar formalmente la Iglesia católica en España[18].

El procedimiento de apostasía, con carácter general, se inicia mediante una petición escrita del interesado dirigida a la diócesis en que fue bautizado[19]; sin embargo, bastantes diócesis admiten las solicitudes de cualquier residente, y la envían a la demarcación territorial correspondiente[20]. El solicitante debe identificarse personalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. La autoridad competente, cuando sea posible, informará a quien emite la declaración sobre el alcance y efectos de su solicitud, asegurándose de que se trata de una manifestación de voluntad consciente y libre[21]. La autoridad competente es el Ordinario o párroco propio, pero en algunas diócesis el Ordinario ha delegado la instrucción del procedimiento en quienes ostentan un determinado cargo en la Curia: Vicario general o episcopal, canciller, secretario general, notario del Obispado o incluso en algún caso al Vicario judicial o a un arcipreste. No siempre se deduce con claridad de las normas diocesanas si la autoridad eclesiástica tiene una intervención activa, dando fe de la declaración de voluntad, o meramente pasiva, limitándose a recibir dicha declaración, aunque los efectos en todo caso son idénticos.

A continuación la autoridad eclesiástica debe practicar una nota marginal en el asiento de bautismo donde conste que el interesado ha realizado una declaración de abandono de la fe católica y la fecha, y comunicará al interesado que se ha procedido a practicar la anotación y que nadie puede examinar su partida de bautismo, donde consta la apostasía, sin su consentimiento expreso. En cada diócesis debe haber un libro registro de estas declaraciones, cuya denominación y lugar de custodia varían de una diócesis a otra. Asimismo, en algunos lugares se dispone expresamente que deben cancelarse sin necesidad de nuevas soli-

[18] Las características formales de las disposiciones que regulan estos procedimientos y la denominación empleada son diferentes. En quince diócesis hay una praxis de actuación, pero no hay normativa. Otras veintitrés diócesis han adoptado las Orientaciones de la Conferencia Episcopal y veintiocho tienen una normativa diocesana propia, que en algunos casos incorpora las Notas de la Conferencia Episcopal o la Carta aclaratoria del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos. *Ibidem,* p. 31.

[19] Según las diócesis, la petición deberá presentarla el interesado presencialmente o podrá también enviarla por carta certificada con acuse de recibo, o presentar un escrito formalizado ante un notario civil o magistrado que pueda garantizar y dar fe de la capacidad de la persona y de la autenticidad de la firma.

[20] Esta praxis, como señala Aznar, ha sido avalada por el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos (vid. Respuesta Particular, 16 de diciembre de 2006, en «Communicationes» 38 [2006], 188), que incluso considera que la tramitación de esta solicitud en el lugar de residencia del interesado es más pertinente porque la autoridad eclesiástica tiene más facilidad para comunicarse con él y entablar un diálogo pastoral. Cfr. F. R. Aznar Gil, *La defección de la Iglesia Católica*…, cit., p. 33.

[21] Las Orientaciones de la Conferencia Episcopal advierten que no se tomaran en consideración las solicitudes de carácter colectivo o las realizadas en grupo, sin identificación individual de cada uno de los interesados.

citudes los datos que consten en ficheros o bases de datos de entidades de la Iglesia en ese territorio.

Como puede observarse, el procedimiento es extremadamente sencillo, y se halla en línea con la preocupación cada vez más extendida de garantizar la transparencia y certidumbre en las actuaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales.

Tal como se ha señalado, aunque el término *apostasía* se aplica principalmente a las confesiones cristianas, tiene un significado similar, pero diferentes efectos, en el Islam. La religión islámica no admite la posibilidad de apostatar, y por tanto no hay una forma determinada de hacerlo. Teniendo en cuenta que en los Estados islámicos no hay separación entre poder político y poder religioso, la legislación de estos países prevé distintas penas o sanciones si se produce la apostasía, que varían sensiblemente de un lugar a otro tanto en su configuración como en su aplicación[22]. Obviamente, en países no islámicos no existen penas o sanciones en el ámbito civil para quienes abandonan el Islam, lo que no significa que la apostasía, en determinadas circunstancias, no genere conflictos de índole social, que pueden llegar a tener relevancia política[23].

Respecto del judaísmo, la apostasía, que reviste el mismo significado de abandono de la fe, puede tener relevancia civil en el Estado de Israel, donde los judíos gozan de un estatuto personal favorable[24]. Fuera de este caso, la apostasía carece de efectos civiles, si bien no se puede olvidar que el judaísmo no es sólo una religión, sino que tiene otras connotaciones étnicas, sociales y políticas que confieren cierta singularidad al tratamiento jurídico y fáctico de la apostasía.

Vistos los requisitos y el procedimiento de la apostasía, parece claro que es un acto que en principio permanece en la esfera interna de las confesiones. Afecta a la relación personal de un individuo con una confesión religiosa, relación en la que el Estado no puede intervenir en virtud del principio de laicidad. Sin embargo, como hemos señalado, en algunos casos se ha solicitado el amparo de los poderes públicos frente a la pretendida imposibilidad de apostatar de la Iglesia católica. Las demandas, aunque diferentes en su formulación, fundamentan la protección de la decisión de apostatar en el derecho fundamental de libertad religiosa o en el derecho a la intimidad. ¿Es correcto este modo de proceder? ¿Qué respuesta han dado los tribunales? A estas y otras cuestiones derivadas de ellas están dedicados los próximos apartados.

22 Cfr. Á. López-Sidro López, *La apostasía como ejercicio de la libertad religiosa: Iglesia Católica e Islam,* en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 23 (2007), pp. 177-210, 189 ss.

23 *Ibidem,* pp. 189-191.

24 Cfr. A. Vega Gutiérrez, *El derecho a cambiar de religión: consecuencias jurídicas de la pertenencia y disidencia religiosa en el derecho comparado*, en «Ius Canonicum», 51 (2011), pp. 173-217, 188.

4. El abandono de las creencias en la legislación sobre libertad religiosa

El derecho de libertad religiosa protege al individuo frente a cualquier coacción en la adopción de decisiones relativas a sus creencias. Esto incluye la libertad de incorporarse a una confesión o de abandonarla sin sufrir consecuencia alguna fuera del ámbito estricto de la confesión. Desde esta perspectiva podemos decir que la apostasía estaría protegida por el principio fundamental de libertad religiosa. No obstante, el término *apostasía,* como hemos visto, contempla la defección desde la perspectiva de la confesión o religión, mientras que *abandono de las creencias* contempla el mismo fenómeno desde el punto de vista externo o civil. Por ello, parece más adecuado afirmar que el Derecho internacional y la mayor parte de los ordenamientos europeos y americanos protegen y garantizan tanto el derecho a unirse a una confesión como a abandonarla.

4.1. Derecho internacional

Los principales documentos internacionales sobre derechos fundamentales se refieren expresamente a la libertad de cambiar de creencias como parte del contenido del derecho de libertad religiosa. La Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú menciona algunas de estas Declaraciones o Convenciones en su fundamentación jurídica. La Ley de Libertad Religiosa también garantiza de manera explícita el derecho a cambiar de religión[25]. Sin embargo, la Constitución peruana es más parca en la formulación del contenido de este derecho; se entiende, por tanto, que el Tribunal Constitucional haya querido recoger las normas de mayor rango jurídico aplicables al caso. El Tribunal Supremo español, por su parte, prescinde de las referencias a Tratados y Convenciones internacionales. Evidentemente, eso no significa que no tengan relevancia en los casos planteados ante los tribunales[26]; la razón de esta omisión posiblemente sea que el contenido del derecho de libertad religiosa ha sido desarrollado por la legislación y la jurisprudencia españolas, que han especificado con detalle las implicaciones del reconocimiento constitucional de este derecho.

[25] Cfr. Exp. N.º 00928-2011-PA/TC, cit., n. 7.

[26] El artículo 10.2 de la Constitución española señala que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece lo siguiente:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia»[27].

Es bien conocido el problema que el reconocimiento de esta libertad planteó en relación con determinados países del ámbito islámico, que no contemplan el derecho al abandono del Islam. El texto final de la Declaración menciona explícitamente el derecho a cambiar de religión a pesar de la oposición de estos países, que, como consecuencia, se abstuvieron en la votación o formularon reservas[28]. No fue posible, sin embargo, mantener esta expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que siguió a la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se adoptaron fórmulas de compromiso mucho más matizadas; así, el artículo 18, en sus dos primeros párrafos, dice:

> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
>
> »2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección»[29].

Ciertamente, el derecho de *adoptar* una religión, como dice el texto, implica la posibilidad de abandonar la confesión a la que hasta entonces se pertenecía[30].

[27] Artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948; disponible en http://www.un.org/es/documents/udhr/ (último acceso, 30 de julio de 2012).

[28] Vid. más extensamente sobre esta cuestión D. García-Pardo, *La protección internacional de la libertad religiosa,* Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense (Facultad de Derecho), Madrid 2000, pp. 22 y ss.

[29] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966; disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm (último acceso, 30 de julio de 2012).

[30] Así lo reconoce uno de los Comentarios Generales sobre el Pacto elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: «The freedom to "have or to adopt" a religion or belief necessarily entails the freedom to choose a religion or belief, including the right to replace one's current religion or belief with another or to adopt atheistic views, as well as the right to retain one's religion or belief. Article 18.2 bars coercion that would impair the right to have or adopt a religion or belief, including the use of threat of physical force or penal sanctions to compel believers or non-believers to adhere to their religious beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert» (General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18), 30/07/1993. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22.). Disponible en http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument (último acceso, 30 de julio de 2012).

Carecería de sentido reconocer este derecho solo a quienes no profesan una religión, negándolo a quienes ya hubieran ejercido antes la libertad positiva de incorporarse a una confesión. No obstante, es indudable que la omisión, por contraposición al texto adoptado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tiene un significado latente que no puede ignorarse.

En el ámbito regional tanto europeo como iberoamericano, el derecho a cambiar de religión aparece reflejado en los Convenios más relevantes. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 12, dispone:

> «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias.
>
> »2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias»[31].

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala, en términos casi idénticos:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones»[32].

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, más detalladamente, afirma:

> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos»[33].

[31] Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969; disponible en http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001 (último acceso, 30 de julio de 2012).

[32] Artículo 9.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf (último acceso, 30 de julio de 2012). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un considerable número de sentencias sobre el alcance y contenido de este derecho. No obstante, ninguna de ellas, hasta la fecha, se refiere directamente a la apostasía como contenido del derecho de libertad religiosa, sino que esta cuestión se trata en el contexto del derecho a cambiar de religión o de vivir de acuerdo con las convicciones religiosas personales.

[33] Artículo 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (último acceso, 30 de julio de 2012).

4.2. Derecho interno

Los Derechos internos, por regla general, han seguido las pautas de las Declaraciones internacionales de derechos y han incorporado en sus leyes el reconocimiento y contenido fundamental del derecho de libertad religiosa, más o menos explicitado según los casos. El Reino de España y la República de Perú han adoptado un esquema similar en la incorporación de este derecho a sus ordenamientos respectivos: el texto constitucional reconoce el derecho fundamental de libertad religiosa y la ley de libertad religiosa especifica su contenido, incluyendo el derecho a cambiar de religión.

El artículo 2.3 de la Constitución de Perú de 1993 reconoce:

> «El derecho de todos a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias»[34].

Posteriormente, la Ley de Libertad Religiosa establece:

> «La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos: a. Profesar la creencia religiosa que libremente se elija y cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa. (…)»[35].

En análogo sentido, la Constitución española de 1978 señala:

> «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»[36].

Por su parte, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece que

> «La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión

[34] Constitución peruana de 29 de diciembre de 1993, disponible en: http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf (último acceso, 30 de julio de 2012)

[35] Artículo 3.a de la Ley de Libertad Religiosa nº 29635, de 16 de diciembre de 2010. Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29635.pdf (último acceso, 30 de julio de 2012)

[36] Constitución española de 6 de diciembre de 1978, artículo 16.1; disponible en: http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2(último acceso, 30 de julio de 2012)

o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas»[37].

La similitud entre ambas regulaciones y la pertenencia a una misma tradición jurídica confiere un particular interés a la comparación de las interpretaciones de estas disposiciones realizadas por los tribunales respectivos. En los dos países han surgido controversias respecto de la apostasía de la misma confesión, la Iglesia católica, y en ambos se han pronunciado los más altos tribunales de la Nación. Los fundamentos jurídicos de las decisiones, sin embargo, son distintos, como veremos seguidamente.

5. Fundamento jurídico de la protección civil de la apostasía

Hasta ahora se han examinado, por una parte, la apostasía como acto de abandono de la Iglesia católica, al que el Código de Derecho Canónico atribuye una eficacia determinada, y el derecho al abandono formal de las propias creencias, como contenido de la libertad religiosa, regulado y protegido por el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados. Es necesario, sin embargo, encontrar un punto de conexión que justifique el recurso a la jurisdicción civil para solicitar la protección de las leyes del Estado en el ejercicio de la apostasía. Para ello hay que analizar las pretensiones de las partes y los fundamentos jurídicos que alegan. A primera vista, la pretensión tanto en el caso peruano como en el español es similar: que se cancele una partida de bautismo en el libro parroquial correspondiente. El fundamento jurídico, por el contrario, es diferente en uno y otro caso.

En la demanda interpuesta en Perú, la pretensión del demandante adolece de una notable falta de claridad. En las distintas instancias solicita que las autoridades civiles adopten decisiones que corresponden a las autoridades canónicas, o modifica la pretensión como si fuera simplemente una forma diferente de expresar el *petitum*. Aunque puede deducirse qué es lo que solicita, los términos en que lo hace son realmente confusos.

[37] Artículo 2.a de la Ley 7/1980, Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio. Disponible en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-15955 (último acceso, 30 de julio de 2012)

En su primera petición ante el Obispado del Callao, el demandante reclama:

> «Que la autoridad eclesiástica cumpla con *excomulgar* de la fe católica al menor (…) mediante el mecanismo de la Apostasía establecido en el Codex Canónico y disponga que la parroquia (…) expida la correspondiente Partida de Bautismo con la anotación de dicha excomunión»[38].

El demandante confunde los medios con las sanciones canónicas. La apostasía, como ya se ha señalado, es el rechazo de la fe católica; no es, por tanto, un *mecanismo*, sino un acto jurídico originado por la libre voluntad de un fiel católico, que decide apartarse de la Iglesia. El Código de Derecho Canónico establece para los apóstatas la pena de excomunión *late sententiae*[39], es decir, que opera automáticamente. Bien es cierto que la pena de excomunión no hace sino confirmar lo que el apóstata ha declarado que es su voluntad: un apartamiento total de la Iglesia. No obstante, la apostasía y la excomunión son conceptos diferentes, que no pueden equipararse aunque a efectos prácticos su incidencia en la situación del fiel sea similar.

Como es evidente, no cabe reclamar ante los tribunales civiles que se obligue a la Iglesia a cumplir con una obligación interna suya como es la de imponer una sanción por un acto realizado por un fiel católico. Sería una intervención contraria al principio de separación Iglesia-Estado, en el más puro estilo cesaropapista. Como señala la propia Sentencia:

> «Acceder al pedido de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su hijo, implicaría una vulneración de la libertad religiosa –en su dimensión colectiva o asociada (artículo 2, inciso 3, de la Constitución)– de la Iglesia Católica; representaría una transgresión del Estado a su laicidad o aconfesionalidad consagrada en el artículo 50 de la Constitución (…); y afectaría la independencia y autonomía que reconocen a dicha Iglesia tanto la Constitución (artículo 50) como el tratado internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980 (artículo 1)»[40].

Cabe señalar también, aunque se trata de una cuestión secundaria, que la pretensión que formula el demandante no tiene mucho sentido porque la excomunión no necesita ningún tipo de declaración oficial, sino que se produce en el momento mismo en que tiene lugar el hecho sancionado con esta pena, de manera que se está solicitando algo que ya se habría producido.

38 Exp. N.º 00928-2011-PA/TC, cit., relación de Antecedentes.
39 Cfr. canon 1364.
40 Exp. N.º 00928-2011-PA/TC, n. 17.

La incongruencia que se observa en la demanda es aún mayor si se repara en el hecho de que, inicialmente, el demandante solicitó a la Iglesia que declarara la nulidad del bautizo. También aquí nos encontramos con un supuesto de falta de jurisdicción: no puede el Estado reclamar a la Iglesia que aplique su normativa interna a un acto realizado en el ámbito eclesiástico, con independencia de que concurran o no las circunstancias que pudieran determinar la efectiva nulidad del bautismo. Ante todo, el párroco que administró el bautizo se limitó a realizar lo que solicitó una persona legítimamente: una madre pidió que se bautizara a su hijo menor de edad. Si el padre del menor no estaba conforme con este hecho, debería interponer una demanda contra su esposa, si procediera, por un ejercicio inadecuado de la patria potestad, pero no contra la Iglesia. Si, pese a todo, el demandante consideraba que el bautismo podría ser nulo, el foro competente para conocer esta reclamación es el foro canónico, porque el Estado no puede decidir sobre la aplicación de la ley canónica.

El caso planteado en los tribunales españoles se diferencia del peruano, en primer lugar, en que la recurrente es la Iglesia católica, no el sujeto que solicita protección ante el ejercicio de la apostasía, puesto que los tribunales de instancia y en vía de recurso obligaron a la Iglesia a anotar la declaración de apostasía en el libro de bautismos. En segundo lugar, interviene un tercer sujeto, la Agencia Española de Protección de Datos, que es un organismo con competencia en materia de protección de datos personales[41]. Precisamente la falta de legitimación de la Agencia para reclamar la protección del Estado ante la supuesta vulneración de un derecho fundamental será el motivo por el que el Tribunal Constitucional no entre en el fondo del asunto. Finalmente, el derecho en litigio no será el derecho de libertad religiosa; aunque se alude a este derecho y se mencionan sus límites, la demanda se articula en torno al derecho a la protección de la intimidad, y dentro de éste, a la protección de los datos personales.

Una vez clarificadas las pretensiones, la pregunta que cabe plantearse a la vista de estas diferencias es la adecuación del fundamento jurídico, es decir, si el derecho fundamental de libertad religiosa puede resultar vulnerado por la negativa de la Iglesia a practicar una anotación en los libros de bautismo en los términos exigidos en la legislación estatal sobre ficheros de datos.

[41] La Agencia Española de Protección de Datos es un ente público con personalidad jurídica propia plena capacidad pública y privada, que actúa con independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Con carácter general, le corresponde velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos. Vid. con más detalle las funciones, estructura y régimen jurídico de la Agencia en http://www.agpd.es/ (último acceso, 10 de agosto de 2012).

El derecho fundamental de libertad religiosa supone entre otras cosas que cualquier persona puede dejar de profesar –en el sentido de creer o confesar– unas determinadas creencias y vivir de manera coherente con su decisión sin coacción alguna. En las controversias resueltas en estos casos no se aprecia ningún tipo de coacción dirigida a que los interesados sigan profesando la fe católica; no han visto mermada su libertad de cambiar o abandonar sus creencias y de actuar conforme a esta decisión. Esta cuestión es esencial. Si los demandantes no han sufrido coacción que les impidiera vivir según sus propias convicciones, no hay vulneración de la libertad religiosa. La esfera de protección y actuación de los poderes públicos es la sociedad civil[42]; y, de cuanto resulta de los hechos, no ha habido en el ámbito civil ninguna intervención directa o indirecta que haya impedido mínimamente a los demandantes ejercitar su libertad religiosa. Otra cosa es el procedimiento interno que pueda existir en una confesión para la salida de un miembro, que es un asunto de la propia confesión en el que el Estado no puede intervenir sin lesionar seriamente el principio de laicidad, como no podría intervenir, por ejemplo, si una persona solicitara que la Iglesia católica reconociera como válido el bautismo recibido en otra confesión cristiana y la Iglesia se negara a ello. El interesado no podría alegar una vulneración de la libertad religiosa, en este caso, de la libertad para incorporarse a una iglesia, para que el Estado estimara su pretensión, porque la decisión sobre el reconocimiento o no del bautismo en una determinada confesión cristiana es un asunto interno de la Iglesia, ajeno a las potestades estatales.

El procedimiento por el que la Iglesia católica hace constar en sus propios registros el abandono de la fe es, igualmente, un asunto interno. Siempre y cuando la apostasía no haya tenido consecuencias civiles, la jurisdicción civil es ajena a los procedimientos seguidos por la Iglesia católica, o por cualquier confesión, para hacer constar la salida de sus miembros. La intervención del Estado tendría sentido si la declaración de apostasía privara a un ciudadano de ejercitar determinados derechos, como acceder a la función pública, disfrutar de ciertos beneficios económicos, etc. Este planteamiento es propio de un régimen confesional, pero en el caso de regímenes políticos en los que impera el principio de laicidad no se producen este tipo de situaciones, en un contexto de funcionamiento regular de las instituciones.

La pretensión deducida por los demandantes en ambos casos se refiere a un asunto que se inscribe, por tanto, dentro del ámbito propio de la confesión. Lo que en última instancia se solicita es que la Iglesia haga constar el abandono de

[42] Vid. sobre esta cuestión J. Otaduy Guerín, *Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos: Falsos Conflictos,* en «Ius Canonicum», 48 (2008), pp. 117-140, 121 ss.

la confesión de la forma prevista en la legislación civil. Esto cambia la perspectiva de la demanda. No estamos ante una vulneración del derecho de libertad religiosa, puesto que una mera anotación en un libro que pertenece a la Iglesia no impide –no ha impedido– a nadie actuar de una u otra forma[43]. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú:

> «El abandono de la Iglesia católica, como ejercicio del derecho de cambiar de religión o creencias, no requiere de intervención de ninguna instancia de dicha Iglesia, con lo cual se ve respetado el derecho de libertad religiosa»[44].

El derecho que podría haber sido vulnerado es el derecho a la intimidad, y de modo más preciso, el derecho a la protección de los datos personales, lo que exige examinar si la Iglesia está sometida o no a la normativa estatal sobre protección de datos.

6. La constancia pública de la apostasía

Las dificultades que ha planteado el ejercicio de la apostasía derivan, por tanto, no del ejercicio de este aspecto de la libertad religiosa, sino de su constancia documental. En la mayor parte de los casos, y en particular en los que han sido objeto de recurso en España y Perú, las autoridades competentes de la Iglesia católica se limitaron a practicar una nota marginal en la hoja de bautismo de los miembros de la Iglesia que realizaron una declaración formal de abandono de la fe cristiana.

Este modo de proceder es coherente con la concepción que la propia confesión tiene del bautismo. La Iglesia católica considera que el bautismo es el acto de incorporación a la Iglesia católica y tiene carácter indeleble. Desde el momento en que el bautismo es un acto exclusivamente religioso, sólo la Iglesia puede definir cuáles son sus características. Y quienes de forma libre y volun-

[43] Refiriéndose al caso español, señala Otaduy que «el cambio de religión forma indiscutiblemente parte del derecho de libertad religiosa y así se encuentra reconocido explícitamente en la Ley orgánica de libertad religiosa, de 16 de julio de 1980. No ha habido que esperar a la legislación sobre protección de datos para que los apóstatas vean reconocido su derecho a cambiar de confesión, o a no tener ninguna, y para que la Iglesia católica admita el abandono o la salida de los fieles de su seno. La protección de datos garantiza una parte de la denominada autonomía informativa de la persona; la libertad religiosa, por su lado, conecta con el respeto a la autodeterminación individual en aspectos esenciales de la configuración de las ideas y del obrar humano. No es difícil advertir la distancia entre los bienes jurídicos que constituyen el objeto de cada uno de estos derechos» (*Ibidem,* p. 120).

[44] Exp. N.º 00928-2011-PA/TC, cit., n. 10.

taria, mediante solicitud personal o de sus representantes legítimos, recibieron el bautismo, aceptan también sus consecuencias jurídicas, que se producen en el ámbito intraeclesial[45]. Como es obvio, esto no significa que una persona bautizada no pueda dejar de profesar o practicar la fe católica. La propia Iglesia excluye la coacción en la práctica de la fe[46]. Pero si un individuo bautizado, tras abandonar formalmente la fe católica –acto que sí es revocable–, decide volver al seno de la Iglesia, no recibe nuevamente el bautismo; deberá realizar una declaración formal de aceptación de la fe. En otras palabras, el bautismo permanece para siempre.

De acuerdo con este planteamiento, las autoridades eclesiásticas decidieron que la forma procedente de actuar ante una declaración de abandono de la Iglesia era hacerlo constar por nota marginal, y no eliminar un asiento que, incluso, podría llegar a tener vigencia de nuevo. Esta nota no tiene efectos civiles de ningún tipo, como no los tiene el bautismo. Por consiguiente, su relevancia permanece en la esfera interna de la Iglesia.

En el caso resuelto por el Tribunal Constitucional peruano no se alude al derecho a la protección de datos personales. Este derecho está protegido explícitamente en la Constitución, que afirma en su artículo 2:

> «Que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, [y al] honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias».

Este derecho ha sido posteriormente desarrollado por la Ley n.º 29733, de Protección de Datos Personales, de 3 de julio de 2011. La demanda, sin embargo, se limita a solicitar el amparo frente a la supuesta vulneración de la libertad religiosa, posiblemente debido a la ausencia de una Ley sobre esta materia en el momento de interponer la demanda. Al no haber referencia alguna a la protección de datos personales en la demanda, el Tribunal no entró a examinar si la forma de actuar de la Iglesia podría ser contraria al derecho a la intimidad. No obstante, es posible que en el futuro se pueda plantear otra demanda por vul-

[45] El bautismo no tiene efectos en la esfera estatal. Hasta la reforma del Código de Derecho Canónico de 2009 (cfr. nota 13), el bautismo tenía cierta relevancia a efectos de validez del matrimonio canónico y por tanto, de manera indirecta, en el ámbito civil en la medida en que el matrimonio canónico válido produce efectos civiles desde su celebración; tras esta reforma, quienes han abandonado formalmente la Iglesia católica no están dispensados de la forma canónica, por lo que la declaración de apostasía tampoco tiene trascendencia en relación con el matrimonio.

[46] Canon 748 § 2: «A nadie le es lícito jamás coaccionar a los hombres a abrazar la fe católica contra su propia conciencia».

neración de este derecho, y las similitudes entre la ley peruana y la ley española de protección de datos hacen que la jurisprudencia española pueda servir de pauta en la resolución de los conflictos que eventualmente lleguen a plantearse en Perú.

Los procesos civiles resueltos en España se han centrado en la protección de los datos personales. Sintetizando la cuestión, se plantea si es aplicable la legislación estatal sobre protección de datos a los libros de bautismo. La controversia, como hemos visto, llegó hasta el Tribunal Supremo, que resolvió revocando la sentencia de instancia que declaraba aplicable a los libros de bautismo la legislación civil sobre ficheros de datos. La Agencia Nacional de Protección de Datos recurrió al Tribunal Constitucional, que le denegó legitimación para interponer el recurso. Es notoria en este asunto la falta de claridad de la legislación española sobre protección de datos. Ni la doctrina ni la jurisprudencia ni los operadores jurídicos coinciden en la interpretación de las normas aplicables. La ambigüedad en su enunciado permite, aparentemente, defender soluciones divergentes, que en consecuencia corren el riesgo de fundamentarse más en motivos ideológicos que estrictamente jurídicos.

A la vista de la situación, parece conveniente analizar el tema a tres niveles distintos, examinando los principales argumentos vertidos en relación con cada uno de ellos. En primer lugar, habría que determinar si los libros de la Iglesia están sometidos a la normativa española sobre protección de datos. Si es así, habría que precisar si el libro de bautismos es un fichero; y si la respuesta es también afirmativa, habría que dilucidar si es suficiente realizar una nota marginal de declaración de apostasía en la partida de bautismo para cumplir con la normativa de protección de datos, que ordena la cancelación de cualesquiera datos personales mediando solicitud del interesado.

6.1. La inviolabilidad de los archivos de la Iglesia

El artículo I.6 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos establece lo siguiente:

> «El Estado respeta y protege la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las Curias episcopales, a las Curias de los superiores mayores de las Órdenes y Congregaciones Religiosas, a las Parroquias y a otras Instituciones y Entidades Eclesiásticas».

Se trata de una norma amplia, que ampara con carácter general los documentos que puede elaborar y conservar la Iglesia en el ejercicio de su misión. El

Arzobispado de Valencia, en las demandas interpuestas tanto en instancia como en vía de recurso, alegó vulneración de este artículo al ser requerido para que procediera a la cancelación del asiento correspondiente en el libro de bautismo. La Sentencia de la Audiencia Nacional, sin embargo, rechazó la aplicación de este artículo al caso. Afirma dicha resolución que la inviolabilidad a que se refiere el Acuerdo sobre asuntos jurídicos no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la Constitución española, en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona. Otra cosa equivaldría a reconocer una superioridad de la norma contenida en un Tratado frente a la norma constitucional[47].

Entiendo, sin embargo, que la correcta comprensión de este artículo exige una aclaración previa. La Iglesia católica y todas las entidades, orgánicas o no, que forman parte de ella, pueden crear ficheros de carácter personal en el desarrollo de actividades de carácter no estrictamente religioso. Estas entidades, en función de su naturaleza y fines, podrían tener, por ejemplo, ficheros de empleados, alumnos o proveedores, que estarían sometidos a la normativa estatal. Por el contrario, los documentos que la Iglesia pueda crear y conservar en el ejercicio de sus funciones son inviolables conforme al artículo citado del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, y el Estado no sólo debe respetar sino también proteger la inviolabilidad de los archivos de la Iglesia, como textualmente dice el Acuerdo.

Indudablemente, si los libros de bautismo no se consideran documentos creados por la Iglesia para el desarrollo de sus funciones, y por tanto amparados por el artículo I.6 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, la siguiente cuestión que hay que analizar es si estos libros tienen propiamente la condición de ficheros.

6.2. La naturaleza de los libros de bautismo

La Ley Orgánica de Protección de Datos define los ficheros, a efectos de aplicación de la Ley, en el artículo 3.b[48]. De acuerdo con esta disposición, se considera *fichero*:

[47] «Los archivos y registros relacionados en el citado artículo del Acuerdo Internacional se encuentran protegidos de cualquier intromisión procedente del Estado y resultan inviolables frente al mismo. Ahora bien, tal inviolabilidad no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE, en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona. La solución inversa a la expuesta, que postula el Arzobispado recurrente, equivaldría a reconocer una superioridad de la norma contenida en un Tratado, frente a la norma constitucional» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, Recurso contencioso-administrativo num. 171/2006, JUR\2007\368540, Fundamento jurídico 7).

[48] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE n. 298, de 14 de diciembre de 1999 (en adelante LOPD).

> «Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso».

Estos conjuntos de datos o ficheros están sometidos a la Ley siempre que haya un tratamiento de datos en territorio español realizado en el marco de las actividades de un establecimiento. Por *tratamiento de datos* se entiende:*:*

> «Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias»[49].

La LOPD, por tanto, sigue un criterio objetivo, es decir, se consideran ficheros todos los conjuntos de datos que reúnan las características establecidas por la Ley, con independencia de la voluntad del responsable de mantenerlo o su declaración en uno u otro sentido.

La interpretación de estas normas, sin embargo, no ha estado exenta de dificultades. Existe en la doctrina y en la jurisprudencia una cierta ambigüedad en torno a los conceptos de *registro* y *fichero*, de manera que los libros de bautismo reciben una u otra calificación según el autor o tribunal de que se trate: un sector doctrinal y jurisprudencial entiende que son ficheros sometidos a la LOPD; otro sector considera que no son ficheros, o al menos no resulta de aplicación la LOPD.

A ello se añade que entra en juego, en relación con estos conceptos, una norma del Derecho de la Unión Europea de la que trae causa la LOPD. De hecho, el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo señala que el modo de proceder correcto habría sido que la Sala, antes de pronunciarse, se dirigiera al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interrogarle a título prejudicial sobre la interpretación de los conceptos de *fichero de datos personales* y *tratamiento de datos personales,* y posteriormente resolver en congruencia con la respuesta obtenida[50].

El Magistrado que formuló el voto explica por extenso los motivos que hacían necesaria esta consulta. Afirma que la LOPD no se limita a desarrollar el derecho a la intimidad protegido por la Constitución, sino que también transpone al ordenamiento jurídico español una Directiva de la Unión Europa que tenía como finalidad la armonización del Derecho de los Estados miembros

[49] Artículos 2 a y 3 c de la LOPD.

[50] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, cit., voto particular del Magistrado Joaquín Huelín Martín de Velasco.

en materia de protección de datos, equiparando los niveles de protección entre todos los Estados miembros, de modo que todos dispensen una protección equivalente, sin perjuicio de reconocerles un margen de apreciación y autonomía, que han de ejercer de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y dentro de los límites de la propia Directiva[51].

Para facilitar la tarea armonizadora –continúa el voto particular– la Directiva define los términos que considera necesario. De este modo, se entiende por *datos personales* toda información sobre una persona física identificada o identificable; *tratamiento de datos personales* es cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción; y *fichero de datos personales* es un conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica[52]. En opinión de este Magistrado:

> « [Se trata de] auténticas nociones de derecho comunitario, que no deben interpretarse desde las singularidades de los sistemas nacionales, sino en función de las exigencias propias del ordenamiento jurídico de la Comunidad. Su aplicación uniforme requiere (…) una interpretación autónoma por el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido»[53].

Esto requiere que haya una auténtica aproximación de la normativa de los Estados miembros en esta materia para eliminar obstáculos a la libre circulación de datos para facilitar el mercado interior[54].

[51] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (LCEur 1995, 2977), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, número 281, de 23 de noviembre de 1995, página 31). Vid. también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003, asunto *Lindqvist,* C-101/01 [TJCE 2003, 368], apartado 96.

[52] Cfr. Directiva 95/46/CE, cit., artículo 2 a, b y c.

[53] Según este Magistrado, la obligación de suscitar la cuestión prejudicial sobre la interpretación de estos términos no desaparece por el simple hecho de que la Directiva se haya traspuesto al Derecho interno o porque no haya sido alegada en el procedimiento. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, cit., voto particular del Magistrado Joaquín Huelín Martín de Velasco.

[54] El voto particular incurre, a mi entender, en un error al equiparar la actividad institucional de la Iglesia a la realizada por una catequista a través de una página web, aunque este dato no afecta directamente a la conveniencia o no de solicitar una interpretación de los términos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cita el Magistrado Huelín una Sentencia de este Tribunal que sostiene que la Directiva citada opera para las actividades voluntarias y religiosas realizadas por una catequista sueca a través

La mayoría de los miembros del Tribunal, sin embargo, consideraron que el concepto *fichero de datos* no presenta dudas interpretativas, y resolvieron de conformidad con la interpretación que entendieron era clara[55].

La Audiencia Nacional, en la resolución que dio lugar al recurso de casación, concluyó que los libros de bautismo tienen carácter de ficheros en el sentido de la LOPD, y consiguientemente están sometidos a las disposiciones de esta norma. El Tribunal Supremo decidió en sentido contrario. Veamos, por tanto, los argumentos de unos y otros para aceptar o rechazar la calificación de los libros de bautismo como ficheros de datos. Para ello, podemos analizar si los libros de bautismo reúnen los caracteres que según la LOPD y la Directiva 95/46/CE deben reunir los ficheros.

1) *Ha de tratarse de un conjunto de datos personales.*

Los datos que figuran en los libros de bautismo son, indudablemente, datos personales, esto es, se trata de información sobre un individuo identificable, porque constan, al menos, el nombre y apellidos y la fecha de bautismo[56].

2) *Los datos deben estar organizados o estructurados en soporte físico automatizado o no con arreglo a un criterio determinado.*

En el caso de los libros de bautismo, están en soporte papel, y según la Sentencia de la Audiencia Nacional, los datos están organizados siguiendo un

de una página web. «Con estas pautas interpretativas –concluye– parece indiscutible que la disciplina comunitaria rige, en principio, para los datos mediante los que queda constancia de la pertenencia de una persona a un credo religioso, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de datos se consideran especialmente protegidos por la Directiva (artículo 8) y la Ley Orgánica 15/1999 (artículo 7)» (*Ibidem*). Sin embargo, en este caso falta el elemento institucional, decisivo para el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo español. Una catequista no es una autoridad eclesiástica, ni tan siquiera la representante de una determinada entidad religiosa. Por tanto, los documentos que pueda crear y utilizar en el desarrollo de la actividad catequética no tienen la condición de documentos eclesiásticos.

55 Discrepa también sobre las dudas interpretativas el Magistrado Huelín, que en su voto particular sostiene que «la doctrina del Tribunal de Justicia no alude (…) a una convicción subjetiva del juez, que no alberga duda alguna sobre el alcance que, a su criterio, deba otorgarse a la norma, sino a una condición objetiva de esta última, cuyo contenido se ofrece tan nítido que permite establecer, con toda evidencia, su exégesis. Pues bien, a mi entender no cabe sostener en el asunto controvertido que la interpretación de la noción de derecho comunitario "fichero de datos personales" no presenta, como se dice en la sentencia mayoritaria, "ninguna duda interpretativa"».

56 Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, cit., Fundamento jurídico 5. De acuerdo con el canon 877 § 1 del Código de Derecho Canónico, «el párroco del lugar en que se celebra el bautismo debe anotar diligentemente y sin demora en el libro de bautismo el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro, los padres, padrinos, testigos, si los hubo, y el lugar y día en que se administró, indicando asimismo el día y lugar del nacimiento».

criterio determinado[57]. El Tribunal Supremo afirma que estos libros no son ficheros, sino una mera acumulación de datos que están ordenados por fecha de bautismo y no por orden alfabético o por fecha de nacimiento, lo que hace más compleja la búsqueda porque es imprescindible conocer la parroquia en que se celebró el bautismo, y no están accesibles para terceros distintos del interesado, ya que no se pueden solicitar partidas de bautismo ajenas[58].

Llegamos así a la cuestión más conflictiva planteada a este respecto. ¿Es posible sostener, como hace el Tribunal Supremo y una parte de la doctrina, que los libros de bautizos no son ficheros sino un registro de hechos históricos, y por tanto no susceptibles de modificación?

Entiendo que los libros de bautismo son, efectivamente, un registro de hechos que no pueden borrarse sin faltar a la veracidad histórica[59]. La Iglesia no cancela los asientos porque, según hemos visto, el bautismo es indeleble: quien está bautizado no puede dejar de estarlo, y por consiguiente no es posible hacer un asiento que revoque este acto jurídico. Sobre este particular, ninguna persona puede plantear reclamaciones. La Iglesia católica es la única competente para decidir el modo de llevar el registro de sus propios actos, y si, como sucede en la práctica, opta por llevar un registro de bautismos, es una cuestión que pertenece a su autonomía interna. Quien voluntariamente decide bautizarse, acepta implícitamente los procedimientos de la propia Iglesia en relación con este hecho.

Pero aparte del dato del bautismo, los libros de registro de bautizos no son una hoja personal que tenga como finalidad reflejar con exactitud el modo de

57 Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, cit., Fundamento jurídico 5.

58 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, cit., Fundamento jurídico 4. No está conforme con esta decisión mayoritaria el Magistrado Huelín, que en el voto particular afirma: «Me pregunto si los libros que contienen los bautismos administrados, con indicación del día, del nombre y apellidos del neófito, así como del lugar y de la fecha de su nacimiento dejan de ser ficheros por la circunstancia de que no estén ordenados alfabéticamente ni por esa última fecha. O, dicho de otra manera, dudo que la ordenación con arreglo a la jornada en que se celebró el sacramento no sea un "criterio determinado" de acceso, impidiendo tildar a estos libros parroquiales de "conjunto estructurado de datos". Reconozco que la búsqueda resulta más fácil cuanto mayor sea el número de parámetros disponibles, pero no sé qué grado de dificultad en el examen determina que un conjunto estructurado de datos personales deje de considerarse un fichero a los efectos de someterlo a la legislación comunitaria armonizada. ¿Dónde se fija el umbral?».

59 Cita también la doctrina como argumento para sostener la naturaleza de registro de los libros de bautismo que los registros de la Iglesia son precedente directo de los libros registro del estado civil. Durante siglos, la Iglesia llevó constancia de los hechos más importantes de la vida de las personas a través de los libros de bautismos, matrimonios y defunciones. Tras la Revolución Francesa, se crearon los registros civiles a cargo de funcionarios del Estado. En España, los registros de la Iglesia son el asiento de las partidas de nacimiento y de las actas de matrimonio canónico anteriores a 1870. Cfr. B. González Moreno, *Apostasía y protección de datos,* en «Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense» (2008), pp. 227-246, p. 243

vida o las ideas y creencias actuales del interesado[60]. Nada previenen respecto de su planteamiento vital: estar bautizado no obliga, desde la perspectiva de las leyes civiles, a mantener una determinada actitud, a hacer ciertas declaraciones, o a adoptar unas prácticas concretas, y por supuesto, no impide el ejercicio de ninguno de los derechos ciudadanos. Por tanto, si el *hecho* de estar bautizado no es susceptible de modificación, y el libro de bautizos no tiene como finalidad recoger más datos relacionados con la vida del fiel católico, nada hay en él que se pueda rectificar. Evidentemente, el planteamiento es distinto si el libro de bautizos se considera un fichero de datos, que debe responder con exactitud a la realidad actual del interesado; o por decirlo de manera más precisa, debe reflejar todos aquellos datos, y solo aquellos, que el interesado quiera que figuren.

Este es el argumento primordial de la Sentencia de la Audiencia Nacional para concluir que la Iglesia ha de atender a la demanda del fiel y hacer constar aquellos datos que el interesado considere pertinente[61]:

> «La LOPD –afirma la Sentencia– establece una serie de principios generales (…) encaminados a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en dichos datos, cuanto la congruencia y calidad de los mismos para salvaguardar el respeto al derecho fundamental a la protección de los datos personales. (…) Aunque la Agencia Española de Protección de Datos no manifieste expresamente cuáles datos son inexactos o no puestos al día, es claro para este Tribunal que solo puede referirse a la pertenencia a la Iglesia Católica. En la Nota elaborada por la Dirección General de Asuntos Religiosos se afirma que "el hecho de que una persona se considere o no católico, practique o no la religión, es distinto de si fue o no bautizado, hecho que no prejuzga las

[60] Los datos que deben hacerse constar en el libro de bautismo están especificados en el canon 535 § 2, que señala que en el libro de bautizos «se anotará también la confirmación, así como lo que se refiere al estado canónico de los fieles por razón del matrimonio, quedando a salvo lo que prescribe el c. 1133, por razón de la adopción, de la recepción del orden sagrado, de la profesión perpetua emitida en un instituto religioso y del cambio de rito».

[61] Esta obligación derivaría de las disposiciones de la LOPD, que establece en el artículo 16: «1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificados o cancelados, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión». El artículo 18, a su vez, establece: «1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine. 2. El interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación».

creencias posteriores de las personas ni su pertenencia a la Iglesia Católica, así como que el asiento registral de bautismo no es prueba de la condición de católico". Estas afirmaciones no empecen, sin embargo, para que el bautismo como sacramento tenga un sentido de iniciación cristiana, de incorporación a la Iglesia, como se afirma en el propio catecismo de la Iglesia Católica. Su constancia documental, por ello, no puede considerarse irrelevante desde esta perspectiva, pues supone al menos presunción o indicio de pertenencia. Será en consecuencia una información exacta en todas sus manifestaciones si el afectado, la persona a la que viene referido el asiento, manifiesta expresamente su voluntad de no pertenecer a la misma. Reflexión de la que necesariamente se concluye, desde la perspectiva estricta del derecho fundamental a la protección de datos personales o autodeterminación informativa, que el principio de calidad del dato se puede infringir si el responsable del fichero –en este caso el Arzobispado de Valencia– permanece impasible ante una petición de puesta al día de la información contenida en el Registro»[62].

Prescindiendo de la sorprendente incursión de la Audiencia Nacional en la doctrina católica, el problema deriva de que se confunde la *pertenencia* a la Iglesia, que es una situación derivada exclusivamente de un acto jurídico, con la *adhesión* actual a la doctrina y moral de la Iglesia, que es una actitud intelectual y práctica, de carácter fáctico y no jurídico[63]. Desde esta perspectiva, si tenemos en cuenta que el libro de bautizos solo hace referencia a que esa persona pertenece jurídicamente a la Iglesia católica –y seguirá perteneciendo, puesto que es el bautismo el que determina este hecho–, y no a su actual aceptación de la doctrina de la Iglesia o a una mayor o menor adhesión a su credo y normas morales, no es inexacto lo que indica el libro de bautismos. No existe en la Iglesia ningún tipo de fichero o registro donde se haga constar la fidelidad o coherencia de la vida de los fieles con los mandatos de la Iglesia[64]. Ciertamente, puede haber ficheros de personas que pertenezcan a organizaciones eclesiásticas, o que trabajen para entes de la Iglesia, lo que probablemente sea un indicador de que esas personas aceptan las

[62] Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, cit., Fundamento jurídico 6.

[63] El recurrente, el Arzobispado de Valencia, ya había alegado que aparecer en el libro de bautismo no es identificable con la pertenencia actual a la Iglesia católica. *Idem,* Fundamento jurídico 2. Hubiera sido deseable que el recurrente distinguiera con más claridad la pertenencia, como dato jurídico, de la práctica o modo de vida fáctico del fiel católico.

[64] Esta es también la postura del Tribunal Supremo, que afirma que «en los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y cuando esta solicita la cancelación de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales». El Tribunal concluye, por tanto, que «los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/99 (art. 3.b.)». Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, cit., Fundamento jurídico 4.

enseñanzas de la Iglesia y tratan de vivir conforme a ellas. Pero aun en este caso se trataría de un mero indicio o presunción, o un indicador de carácter sociológico, no jurídico, puesto que no es garantía de una mayor adhesión a la Iglesia el formar parte de determinadas asociaciones o trabajar para entes eclesiásticos. El bautismo es idéntico para todos los fieles, produce los mismos efectos, y es en todos los casos suficiente para justificar la pertenencia a la Iglesia.

Es más, si lo que se busca realmente es la veracidad y exactitud de los datos que constan en los registros de bautismos, precisamente en aras de la veracidad habría que mantener el asiento de bautizo, porque su desaparición podría dar lugar a una incoherencia jurídica. Por ejemplo, si una persona bautizada realiza una declaración de apostasía y posteriormente decide contraer matrimonio canónico, podrá hacerlo porque sigue estando bautizada, y ese matrimonio será válido y producirá efectos en el ámbito civil, de acuerdo con lo establecido en el artículo VI.1 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede[65]. Si desapareciera el asiento de bautismo, esa persona, aun pudiendo contraer matrimonio en el ámbito canónico, puesto que sigue estando bautizada, no podría presentar su partida de bautismo y por tanto no sería admitida al matrimonio canónico. Lo más correcto, por tanto, es que el asiento de bautismo siga vigente, porque el bautismo tendrá eficacia jurídica a pesar de la apostasía; de ahí que si se pretende la exactitud de los datos que figuran en los libros de bautismo, lo más exacto es que figure el bautismo con la anotación de que se ha realizado una declaración de apostasía.

3) El último requisito exigido a los ficheros es que los datos que contienen han de ser susceptibles de tratamiento y ser accesibles de algún modo.

La Audiencia Nacional sostiene:

> «No puede negarse que, por ejemplo, la expedición de una partida de bautismo sea una forma de tratamiento de datos personales»[66].

[65] «El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico (…)».

[66] Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, cit., Fundamento jurídico 6. Señala también la Sentencia, en el Fundamento jurídico 4, que «la Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica de tal forma que los concibe no sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal a que antes se refiere dicha Exposición de Motivos. Todo ello nos lleva a concluir que los Libros de Bautismo, por las razones expuestas, no pueden, en ningún caso, ser considerados como ficheros de datos personales en los términos definidos tanto en el art. 2 de la Directiva Comunitaria mencionada, como de las Leyes Orgánicas 5/92 y su posterior modificación en la Ley 15/99».

Podría aducirse, frente a esta afirmación, que la expedición de una partida de bautismo sólo puede hacerse a petición del interesado, pero no cabe la modificación o cesión de los datos para otros fines. Hay que tener en cuenta que no existe en la Iglesia comunicación con los fieles sobre la base de los datos que constan en estos libros[67]. Además, el interesado tiene derecho a obtener una certificación de los datos relativos a su persona que figuren en cualquier registro, por lo que la posibilidad de obtener una partida de bautismo no es argumento suficiente para rechazar la naturaleza de registro del libro de bautismos.

Por último, cabe hacer referencia a otro dato que cita algún autor en defensa de la consideración de los libros de bautismo como ficheros, y es el hecho de que varias parroquias tengan ficheros inscritos, e incluso que haya varios ficheros para gestión del bautismo[68]. La realidad es que actualmente no hay ningún fichero que responda a los criterios indicados[69]. Evidentemente, pueden haber sido dados de baja, pero no tendría nada de extraño, al ser novedoso el planteamiento de los ficheros de la LOPD, que se hubiera creado cierta confusión sobre la conveniencia o no de inscribir los libros de bautismo como ficheros, tal vez sin ser sus responsables plenamente conscientes de la trascendencia jurídica de tal actuación[70]. Pero, además, las parroquias pueden tener ficheros para su gestión ordinaria, que tendrán que comunicar a la Agencia Española de Protección de Datos y estarán sometidos a la normativa estatal[71]. Por tanto, es normal que aparezcan las parroquias como titulares de ficheros, sin que eso presuponga que también los libros de bautismo han de ser considerados necesariamente ficheros a efectos de la LOPD.

67 Cfr. J. Otaduy Guerín, *Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos*…, cit., p. 135.

68 Cfr. G. Codes Belda y A. Sanchís Vidal, *Apostasía y Jurisprudencia*, en «Revista de las Cortes Generales», 76 (2009), pp. 212-235, pp. 234-235.

69 Cfr. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/ficheros_inscritos/titularidad_privada/resultado_busqueda_privada-ides-idphp.php?searchType=simple&razon_social=bautismo&NIF=&nombre_doarc=&localidad=&provincia=&nombre_fich=&finalidad_usos=&texto_libre=&buscar=%3E%3E+Buscar (último acceso 30 de julio de 2012).

70 «La adaptación de las entidades religiosas a la legislación estatal no ha sido lo rápida y eficiente que hubiera sido deseable. No cabe olvidar, sin embargo, que nos encontramos ante criterios normativos nuevos, que van calando en las diferentes organizaciones sociales con dificultad, y las confesiones religiosas, que presentan peculiaridades nada desdeñables en su estructura y funcionamiento, no son una excepción» (J. Otaduy Guerín*, Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos…,* cit., p. 138).

71 Esto mismo ha sucedido en casos similares. Por ejemplo, el Registro de Entidades Religiosas aceptó, en los primeros años de funcionamiento, la solicitud de inscripción de entidades exentas según el Acuerdo sobre asuntos jurídicos, hasta que una nota aclaratoria de la Conferencia Episcopal indicó que determinados tipos de entes (como los cabildos, por ejemplo), no debían inscribirse.

6.3. Los libros de bautismo y la excepción de la LOPD

Aunque los argumentos mencionados permiten sostener que los libros de bautismo no tienen la condición de ficheros a efectos de la LOPD, algún autor entiende que, desde el punto de vista práctico, es más adecuado considerar que los libros de bautismo están incluidos en los supuestos de ficheros excluidos de la aplicación de esta Ley[72].

El artículo 7 de la LOPD contempla una serie de supuestos exceptuados de la aplicación de la Ley. Dice este artículo:

> «2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. (…)
>
> »4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual».

Los libros de bautismo se incluirían en la categoría de ficheros mantenidos por una iglesia con una finalidad exclusivamente religiosa. Este razonamiento, sin embargo, implica dar por válidos todos los argumentos que defienden la consideración de los libros de bautismos como fichero, lo que no parece correcto puesto que la inscripción del bautismo supone el registro de un hecho; no es una declaración o manifestación de creencias, a las que, en opinión de algún autor, se refiere este artículo[73]. Más aún, si aceptamos este argumento, los libros de bautismos entrarían en la categoría de ficheros mencionados en el apartado 4, por lo que, aplicando estrictamente la ley, la Audiencia Nacional debería ordenar la destrucción de los libros de bautismos de la Iglesia, no la mera rectificación de datos. A la vez, lleva consigo el riesgo que supone quedar a merced de la normativa estatal en cuanto a la aplicación o no de la legislación sobre protección de datos.

[72] Este artículo, señala Codes, resuelve el problema jurídico con que nos encontramos. Cfr. G. Codes Belda y A. Sanchís Vidal, *Apostasía y Jurisprudencia,* cit., p. 230. No obstante, la autora deja sin resolver algunas cuestiones, como por ejemplo, el hecho de que el apartado 4 prohíba los ficheros que tengan como finalidad única almacenar datos de carácter religioso no es razón suficiente para justificar que *de hecho* no existen.

[73] Cfr. J. Otaduy Guerín, *Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos*…, cit., p. 135.

Por otra parte, la Ley de protección de datos de 1992, que fue el antecedente inmediato de la Ley vigente, exceptuaba expresamente de su aplicación los ficheros de la Iglesia[74]. El hecho de que la normativa actual no contemple esta excepción podría hacer pensar que se ha querido incluir estos ficheros en el ámbito de la Ley[75]. En realidad, no es un argumento definitivo: la estructura de la Ley de 1999 es distinta, en el sentido de que diversos supuestos de exclusión –no solo los ficheros pertenecientes a las confesiones religiosas– se recogen en el artículo 7, con una dicción más detallada y precisa que se ajusta a la tendencia expansiva de la normativa sobre protección de datos.

7. Conclusión

La Sentencia del Tribunal Supremo español parece que pone fin a la polémica sobre la anotación de la apostasía en España. La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano supone, asimismo, una conclusión definitiva de esta controversia. Aunque con distintos razonamientos y argumentos jurídicos, la conclusión a que llegan ambos Tribunales es similar: la anotación de la apostasía en la partida de bautismo es suficiente para satisfacer las aspiraciones legítimas de quienes quieren desvincularse de la Iglesia católica, a la que pertenecen en razón del bautismo, y a la vez respeta la naturaleza propia de estos libros. El Estado no puede interferir en la organización interna de una confesión. En su función de garante de los derechos fundamentales, debe velar por el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades. En los casos resueltos por estas

[74] Artículo 2.2.e de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: «A los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex miembros, sin perjuicio de la cesión de los datos que queda sometida a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, salvo que resultara de aplicación el artículo 7 por tratarse de los datos personales en él contenidos».

[75] Señala la Sentencia de la Audiencia Nacional que «cuando el legislador ha querido excluir del ámbito de aplicación de la LOPD determinados ficheros lo ha dicho expresamente (art. 2.2 de la LOPD), sin que en dichas excepciones se comprendan los Libros y Registros de la Iglesia Católica» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2007, cit., Fundamento jurídico 5.) El artículo 2.2 de la LOPD establece: «El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: 1. A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. 2. A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. 3. A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia Española de Protección de Datos».

sentencias, la libertad religiosa no ha sufrido menoscabo, puesto que los interesados han podido abandonar la Iglesia católica en el sentido de vivir y actuar en coherencia con el abandono formal de la Iglesia. La polémica sobre la protección de datos se ha producido en España por la ambigüedad de la normativa vigente, que ha dado lugar a líneas jurisprudenciales contradictorias[76].

No hay que excluir, por otra parte, la posibilidad de que concurra un elemento ideológico en estas disputas[77]. Resulta sorprendente, por ejemplo, que solo haya habido conflictos en relación con los libros de bautismo, pero no con otros registros que posee la Iglesia[78]. O que se haya llegado a una polémica judicial cuando la anotación en el libro de bautismo no tiene efectos civiles ni está accesible a personas distintas del interesado, que puede vivir sin perturbación alguna en el ámbito civil de acuerdo con sus convicciones actuales. Es importante, sin embargo, atenerse a motivaciones exclusivamente jurídicas cuando una controversia de estas características llega a los tribunales. En otro caso, los jueces y magistrados podrían acabar realizando una función que no es la que les corresponde: interpretar y aplicar las leyes vigentes.

[76] Tal vez hubiera sido posible hallar una solución consensuada entre la Iglesia católica y el Estado, como se ha hecho en otras ocasiones, evitando una polémica estéril que no ha aportado beneficios a ninguna de las partes. Cfr. J. Otaduy Guerín, *Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos…,* cit., p. 139.

[77] Comparten esta opinión A. López-Sidro López, *La apostasía como ejercicio de la libertad religiosa…,* cit., p. 208 y B. González Moreno, *Apostasía y protección de datos,* cit., p. 230, 245.

[78] Cfr. J. Otaduy Guerín, *Iglesia Católica y Ley Española de Protección de Datos…,* cit., pp. 118-120.

Jurisprudencia

1
STC 5680-2009-PA/TC, caso *Félix Wagner Arista Torres*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de octubre del 2010, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto adjunto del magistrado Calle Hayen, y el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Hermes Antonio Muñoz Morí, en representación de don Félix Wagner Arista Torres, contra la resolución de la Sala Mixta de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, de fojas 169, su fecha 6 de octubre del 2009, que, confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de mayo de 2009, don Félix Wagner Arista Torres, Fiscal Adjunto Superior Titular de la Fiscalía Superior Mixta de Amazonas, interpone demanda de amparo contra el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Amazonas, don Osvaldo Bautista Carranza, por considerar que se viene vulnerando su derecho constitucional a la igualdad así como a no ser discriminado por motivos de religión. Solicita, en tal contexto, que el demandado no vuelva a incurrir en las acciones discriminatorias que motivan la presente demanda, debiéndose declarar inaplicables al recurrente la Resolución Administrativa N.º 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS, de fecha 21 de enero de 1999, así como la Resolución del Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, de fecha 6 de enero de 2006.

Manifiesta que desde el año 2008, en que fue nombrado fiscal superior, viene siendo víctima de hostigamiento y trato discriminatorio por parte del demandado, quien utilizando su condición de jefe inmediato lo ha excluido de diversas actividades protocolares, tales como el "Aniversario de Creación del Ministerio Público", en el que a pesar de haber participado todos los fiscales de la provincia de Chachapoyas, se procedió a exceptuarlo de dicha ceremonia sin una razón que justifique dicho proceder. Agrega incluso que pese a su solicitud expresa, tampoco ha sido incluido en las múltiples comisiones académicas que ha creado el Ministerio Público de su localidad, no obstante contar con estudios especializados de maestría y de doctorado. Puntualiza, por lo demás, que como parte del hostigamiento del que ha sido objeto, el demandado ha venido enviando diversos informes a la Fiscalía de la Nación y a la Fiscalía Suprema de Control a fin de que se deje sin efecto su nombramiento, pedidos todos estos que han sido archivados por ser evidentemente infundados.

El recurrente, por otra parte, señala que también se ha lesionado su derecho a la libertad de confesión religiosa, pues el demandado en su calidad de Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de Amazonas, dictó la Resolución Administrativa N.º 008-99-MP-FSEGG-DJ- AMAZONAS, así como la Resolución

del Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, en las que se establece que todos los días de cada año se deberá adorar la imagen del Niño Jesús y la Sagrada Familia dentro del local institucional, vinculando de este modo y en forma obligatoria a todo el personal de la entidad en el mes de mayo, periodo en el que se conmemora el aniversario de creación del Ministerio Público, estableciéndose, en caso de incumplimiento, la elaboración de un informe dirigido a la Oficina Desconcentrada de Control Interno por una presunta "no identificación con el Ministerio Público", hechos que indudablemente resultan lesivos a sus derechos y al orden constitucional.

El Juzgado Mixto de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, con fecha 25 de mayo de 2009, declara improcedente la demanda por considerar que los derechos invocados son de origen legal y no de rango constitucional, y porque en todo caso y en el contexto de lo que representa el amparo subsidiario, existiría una vía procedimental igualmente satisfactoria para su protección o tutela.

La recurrida confirma la apelada por considerar que por pertenecer ambas partes a una misma institución, previo a la interposición de la presente demanda, el accionante debió hacer valer sus reclamos ante los fueros internos de la Institución a la que pertenece, por lo que no habiéndose cumplido con agotar la vía previa administrativa, la demanda deviene en improcedente.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a que cesen los actos contrarios a la igualdad y a la no discriminación efectuados por el demandado Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Amazonas en contra del recurrente, así como a que se inaplique la Resolución Administrativa N.º 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS, de fecha 21 de enero de 1999, y la Resolución del Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, de fecha 6 de enero de 2006, en la medida en que dichos pronunciamientos administrativos resultarían contrarios a la libertad religiosa del demandante.

Sobre la existencia de sustracción de la materia

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y habida cuenta de los hechos descritos en la demanda, este Colegiado considera que en el caso examinado existe, respecto de ambos extremos del petitorio, presunción en torno a la configuración de sustracción de la materia. Esta apreciación se sustenta en lo siguiente: **a)** Los actos presuntamente violatorios al derecho a la igualdad del recurrente han venido aconteciendo durante un lapso de tiempo comprendido entre el año 2008 y el mes de mayo del año 2009 (en que es presentada la presente demanda). A posteriori de esta última fecha, no existen en el expediente medios probatorios o instrumentales que acrediten de alguna forma que tales conductas hayan proseguido o que se hayan repetido. Por lo demás, lo que el demandante ha venido cuestionando es que, a raíz de la decisión arbitraria del emplazado, no se le haya incluido en determinadas ceremonias protocolares del Ministerio Público que fueron programadas durante el año 2009, así como en diversas Comisiones Académicas conformadas para el mismo periodo. También, por cierto, que se le haya denegado inmotivadamente y a diferencia del trato dispensado a otros colegas suyos, el poder viajar en el mes de abril del año 2009, con el objeto de cumplir diversas comisiones de trabajo dispuestas por la Fiscalía de la Nación; **b)** De las dos resoluciones administrativas que se consideran lesivas a la libertad religiosa una de ellas tiene, cuando menos, un carácter inobjetablemente temporal. En efecto, la Resolución de Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS establece expresamente en su artículo 1.º que su aplicación se circunscribe al año 2006. Por otra parte y aunque la Resolución Administrativa N.º 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS tiene un alcance aparentemente indefinido (según los párrafos que de ella se glosan en la Resolución de Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS), tampoco obran en los autos instrumentales que acrediten que con posterioridad al año 2009 hayan venido emitiéndose nuevas Resoluciones Administrativas que la concreticen o apliquen para nuevos calendarios anuales. Esta última apreciación se basa

en un documento suscrito por el emplazado (Recordatorio) en el que, al igual que la citada Resolución N.° 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, se pretende condicionar la libertad religiosa de diversas personas para efectos de una determinada ceremonia a realizarse en el mes de mayo del referido año 2009.

3. Evidentemente y si con posterioridad al año 2009 no tiene cómo acreditarse la vulneración actual o vigente de los derechos invocados, o no existe forma de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, tras haberse cumplido para todos sus efectos con los actos cuestionados mediante la demanda, resulta por principio de aplicación el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, debiéndose, como ya se ha dicho, declarar la sustracción de la materia.

Necesidad de pronunciamiento de fondo y no exigibilidad de agotamiento de la vía previa

4. Sin embargo y al margen de las consideraciones precedentes, este Colegiado, siguiendo el mismo raciocinio contenido en la última parte del dispositivo legal antes citado, es de la opinión de que, dadas las características del presente caso y los temas que involucra, sí se hace posible, a pesar del consabido estado de sustracción de la materia, un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, habida cuenta de que existen suficientes elementos probatorios en el expediente que acreditan plenamente que los hechos cuestionados en la demanda no sólo revisten indudable relevancia constitucional, sino que en su momento efectivamente ocurrieron, como luego se pasará a desarrollar. En tales circunstancias y si bien no es posible contrarrestar conductas lesivas actuales o vigentes, si lo es, en cambio, evitar que acontecimientos similares a los denunciados se repitan en la práctica.
5. Este Tribunal, por lo demás, asume que la necesidad de un pronunciamiento de fondo es pertinente en este caso pese a haber constatado la existencia de un rechazo liminar en las dos instancias del Poder Judicial, ya que de lo que se trata no es de un debate sobre la justificación o no de los actos que aquí se cuestionan, sino de un examen rigurosamente objetivo a la luz de las instrumentales acompañadas. En cualquier caso, nada de lo que pueda decirse enerva la validez de tales instrumentales pues se trata de documentos ciertos y evidentes, y en cualquier caso los alcances de un eventual fallo estimatorio no serían, como ya se ha dicho restitutorios, sino exhortativos a fin de que conductas inobjetablemente inconstitucionales no se reiteren en lo sucesivo.
6. Cabe finalmente agregar que en tanto no se encuentra acreditado que para hechos como los cuestionados mediante la presente demanda exista una vía interna de reclamo, resulta impertinente el argumento desestimatorio esgrimido por la segunda instancia del Poder Judicial, en torno a la exigencia de agotamiento de la vía previa. En efecto, el Código Procesal Constitucional es enfático al establecer en su artículo 46.º que el cumplimiento de la citada regla no resulta exigible en el caso de que la vía previa no se encuentre adecuadamente regulada (inciso 3), precisando que en caso de duda sobre su existencia, deberá estarse a la continuidad del proceso conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 45.º del mismo cuerpo normativo procesal. Por lo demás, este Colegiado toma en cuenta que el demandante sí reclamó ante el demandado respecto de las conductas consideradas discriminatorias, sin que en mérito de tales pedidos, haya obtenido atención o respuesta alguna.

Derecho a la igualdad y no discriminación

7. En lo que respecta al primer extremo del petitorio de la demanda, resulta pertinente que este Colegiado verifique la constitucionalidad de los hechos producidos en el contexto de lo que representa el artículo 2.°, inciso 2, de la Constitución. De acuerdo con la citada norma: *"Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*.
8. Oportuno es recordar que conforme a la mencionada cláusula constitucional, la igualdad tiene dos modos de ser interpretada, como derecho a título subjetivo y como principio constitucional. Como lo primero permite que cualquier persona o sujeto titular de derechos se autodetermine de forma igual o similar al resto de sus semejantes, sin que pueda verificarse como admisible circunstancia discriminatoria insustentada, sea que esta se genere por actos; sea que se genere por omisiones; sea que esta pro-

venga del Estado o la sociedad, sea que esta se genere por voluntad o decisión de los sujetos privados o particulares.

La igualdad así concebida busca proteger a todo ser humano contra el trato desigual que se juzgue arbitrario por no tener sustento objetivo razonable, racional, adecuado y proporcional. No es, por tanto, que todo trato diferenciado sea *per se* contrario a la Constitución, sino que el distingo realizado se encuentre en una situación insustentada. De este modo lo que proscribe el ordenamiento y, por ende, legitima el reclamo de cada persona no es la presencia de cualquier fórmula distintiva, sino única y exclusivamente la de aquellas que carezcan de base razonable o de sustento objetivo.

9. La igualdad, por lo demás, es un derecho que, como lo tiene definido este Colegiado, responde a dos tipos de concepción. Una formal o negativa y otra material o positiva. Mientras que con la primera se trata de evitar la discriminación por motivos o circunstancias de suyo personales (raza, sexo, opinión, religión, idioma, etc.), con la segunda se pretende garantizar que la condición personal distintiva con la que todo ser humano se ve acompañado a lo largo de su vida no sea un obstáculo o impedimento para recibir trato igual al de sus propios semejantes. En dicho contexto, el Estado y la sociedad (incluso los particulares) adquieren un rol protagónico pues antes que abstenerse (perspectiva meramente negativa), deben actuar promoviendo condiciones a favor de los derechos (perspectiva positiva).
10. Pero la igualdad es también y como se ha dicho un principio fundamental objetivo en tanto representa la expresión jurídica de un valor esencial en el desenvolvimiento de todo Estado, de la sociedad o de cualquier individuo en particular. Según esta visión, toda conducta proveniente del Estado, de sus poderes públicos, del medio social o de cualquier sujeto en particular, debe encontrarse exenta de comportamientos discriminatorios o diferenciados a menos que estos últimos se encuentren sustentados en razones debidamente justificadas. No se necesita, por tanto, que dicha visión tenga que ser reclamada por alguien en particular a la luz de algún caso concreto, sino que la misma debe ser una línea de raciocinio permanente o inalterable, una obligación imperativa nacida para ser acatada o puesta en práctica en toda circunstancia, por todos y principalmente por el Estado, en cuanto garante o protector de las libertades y derechos.
11. En el contexto descrito, cabe entonces apreciar que la igualdad en cualquiera de sus dos variantes (sea que se presente como un derecho, sea que se presente como principio) asume un rol capital dentro del esquema constitucional. Bien que trascendente debe ser, sin embargo, adecuadamente entendida en todos sus alcances. De acuerdo con ellos y como ya se ha dicho, su invocación no significa la proscripción absoluta de cualquier forma o expresión de trato desigual, sino específicamente de aquellas que no obedezcan a motivaciones objetivas o elementalmente razonables (justas). Por consiguiente, no está prohibido que el Estado, la sociedad o los individuos en particular puedan introducir tratamientos diferenciados, sino que dichas diferenciaciones resulten irracionales, grotescas o arbitrarias, sea por no poseer un elemento objetivo que las justifique o una justificación razonable que las respalde.

Conductas lesivas del derecho a la igualdad

12. En el presente caso, aprecia este Colegiado que son por lo menos, dos los hechos que conducen a considerar que el demandante en algún momento ha venido siendo discriminado y que dicha conducta discriminatoria ha tenido como directo responsable al demandado, quien de una forma o de otra se ha valido de su condición de jefe inmediato superior para generarlas.
    a. Aparece de autos, en primer término, que el recurrente fue excluido de la ceremonia protocolar de izamiento de pabellones por el XXVIII Aniversario de Creación del Ministerio Público, realizada el día 10 de mayo del 2009, y que pese a su solicitud escrita para ser incorporado al programa correspondiente (fojas 15 a 16 de los autos), fue el único Fiscal que no fue tomado en cuenta para participar en dicha ceremonia programada por el demandado (fojas 18 a 20). Cabe resaltar, en dicho contexto, que fue el mismo demandado quien en contestación al pedido antes referido emitió la resolución de fecha 7 de mayo del 2009, que ordena la entrega de copias simples de la invitación al personal fiscal y administrativo y del programa de actividades oficiales al recurrente (fojas 17), mas en modo alguno y como ya se ha señalado, lo incluye para participar de la citada actividad como tampoco ni mucho menos justifica las razones de dicha exclusión.

b. Un segundo hecho irregular se configura tras la presentación de la solicitud de licencia formulada por el recurrente con fecha 24 de abril del 2009, en atención al requerimiento de la Fiscal de la Nación y de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público (fojas 25). Pese a que se trataba de un pedido absolutamente regular y plenamente sustentado en la naturaleza del cargo y la responsabilidad que le asistía al recurrente en su condición de ex Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Amazonas (fojas 32 y 33), el demandado emite decreto en la misma fecha 24 de abril del 2009, mediante el que condiciona la tramitación de la licencia correspondiente a la presentación de documentación sustentatoria de la solicitud (fojas 25, vuelta), sin tomar en cuenta que el propio recurrente no sólo se había comprometido expresamente y como consta de su escrito a entregar dicha documentación sustentatoria a su regreso, sino y, por sobre todo, sin tomar en cuenta que en situaciones similares, debidamente acreditadas, ha sido práctica común el que se otorgue la concesión de dicha licencia con cargo a ulterior sustentación documentada.

c. Aunque los hechos antes descritos, interpretados aisladamente podrían suponer una simple coincidencia de circunstancias, ocurre que los mismos obedecen a un conjunto de situaciones que este Colegiado no puede ni debe ignorar. En efecto: i) consta de las instrumentales acompañadas a los autos (particularmente de la Resolución N.º 1904-2008-MP-F.SUPR.CI, del 30 de diciembre del 2008, obrante de fojas 36 a 39; de la Resolución N.º 1916-2008-MP-F.SUPR.CI., del 1 de diciembre del 2008, obrante de fojas 41 a 41 vuelta; de la Resolución N.º 1837, del 17 de diciembre del 2008, obrante de fojas 42 a 42 vuelta; de la Resolución N.º 1464, del 30 de septiembre del 2008, obrante de fojas 43 a 44 vuelta, y de la Resolución Nº 1854, del 23 de diciembre del 2008, obrante de fojas 46 a 48 vuelta) que en diversas y reiteradas oportunidades el demandado ha promovido varias denuncias contra el demandante ante la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, acusándolo de supuestas irregularidades en el ejercicio de sus funciones, y que en todas estas ocasiones el citado órgano de control no sólo ha desestimado las denuncias presentadas, sino que incluso ha invocado al denunciante y emplazado del presente proceso a ser más tolerante y respetuoso con el ejercicio de los derechos fundamentales (Resolución N.º 1864); ii) Consta asimismo que tras la visita realizada con fecha 23 de diciembre del 2008 por el Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Amazonas, doctor Macedonio Amado Arenas Neyra, el demandado reconoce expresamente que su relación con el demandante no es buena y que incluso y pese a trabajar para la misma Fiscalía Superior Mixta de Chachapoyas (uno en condición de Fiscal Superior y el otro en la condición de Fiscal Adjunto Superior) ni siquiera se dirigen la palabra, siendo su nexo para fines de comunicación la señorita Julissa Chuquizuta Orozco (Acta de Visita Ordinaria de fecha 23 de diciembre del 2008, obrante de fojas 50 a 59 de los autos); iii) Consta en definitiva que si la relación entre el demandado y el demandante no es definitivamente la mejor o más cordial desde el punto de vista personal, no significa ello que puede utilizarse el nexo o vínculo de jerarquía-subordinación funcional que tiene uno respecto del otro como un mecanismo generador de abusos, como al parecer y de acuerdo a lo que ha sido mencionado, ha venido ocurriendo en algún momento.

13. Este Colegiado reitera que cuando se otorga un trato distintivo a las personas, ello sólo puede hacerse a la luz de razones objetivas o plenamente justificadas. En el caso de autos, queda claro que los hechos cuestionados por el recurrente suponen un trato diferenciado no sólo carente de bases objetivas, sino que más bien y como antes se ha expuesto, parecen responder a la infraternidad existente entre el demandado y el demandante, situación que conduce inevitablemente a su proscripción por considerarse tales actos indiscutiblemente arbitrarios o lesivos del derecho a la igualdad.

Libertad Religiosa, Estado Laico y Religión Católica. Alcances y límites

14. El segundo extremo del petitorio demandado invoca la vulneración de la libertad religiosa del recurrente. Pertinente es, por consiguiente, dilucidar sobre sus alcances, así como respecto de la ubicación de dicho atributo en el contexto del modelo de Estado reconocido por nuestro ordenamiento constitucional.

15. Al respecto y de acuerdo con lo que establece el artículo 2.°, inciso 3), de nuestra Constitución*: "Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay*

persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público". Por otra parte y conforme lo ha señalado el artículo 50.° de la misma norma fundamental: *"Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración",* puntualizando asimismo que *"El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas"*.

16. Aunque el primero de los citados dispositivos unifica el tratamiento de la libertad de conciencia con la libertad de religión, no significa ni debe interpretarse con ello que se trate del mismo derecho o que pueda predicarse el mismo contenido respecto de ambas libertades. Al margen de debates en torno a sus alcances, la libertad de conciencia es asumida, por lo general, como la facultad de optar por una determinada concepción deontológica o estimativa de la vida. En otras palabras, como una capacidad para razonar o comportarse con sujeción a la percepción ética o moral con la que se autoconciba cada persona en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelva. A diferencia de la libertad de religión, la libertad de conciencia se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna, aunque excepcionalmente o en ciertas circunstancias, también de manera externa, como sucede en los casos en los que se invoca objeción de conciencia.
17. La libertad de religión o libertad religiosa que es la que realmente nos interesa en esta ocasión, supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso. Vital es, al respecto, considerar que la religión implica la asunción de un conjunto de creencias y dogmas en torno a la divinidad, creencias y dogmas a partir de las cuales se explica el mundo y el estilo de vida de cada ser humano. La religión, en tal sentido, predetermina el comportamiento de las personas que la profesan, así como fundamenta el alcance de sus propias conductas. La religión, por otra parte, trae consigo, y de acuerdo a los matices de cada creencia u orientación, la aceptación de costumbres, prácticas, ritos, celebraciones y, en general, de formas conductuales a través de las cuales se vea expresada la conciencia o creencia estrictamente religiosa.
18. Aun cuando puedan ser diversas las manifestaciones que integran la libertad religiosa, se acepta, por lo general, que son cuatro las variantes principales en las que esta se ve reflejada. De acuerdo con estas variantes, la citada libertad supone: **a)** la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que por voluntad propia escoja cada persona; **b)** la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o perspectiva religiosa; **c)** la facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa; y **d)** la facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia o perspectiva religiosa.
19. En el contexto señalado y si la libertad religiosa es asumida a título de atributo fundamental, cabe preguntarse cómo es que se conciben sus alcances en el contexto de un modelo constitucional como el peruano, en el que, como ya se ha consignado, existe un Estado Laico, garante de dicha libertad, y un compromiso de cooperación de dicho Estado específicamente en favor de la religión católica.
20. Nuestra Constitución, como ya se ha señalado, reconoce a la Iglesia Católica como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, prestándole incluso su colaboración. A este respecto y aunque una posición como la asumida por el ordenamiento puede, en efecto, sugerir una suerte de tratamiento preferente en favor de la religión católica y de quienes comulgan con ella, tal postura no significa ni tampoco debe entenderse como que dicho tratamiento pueda sobreponerse o incluso invadir la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así, no tendría sentido que la misma norma fundamental se esfuerce en proclamar una libertad con toda firmeza para luego neutralizarla o simplemente vaciarla de contenido. Evidentemente colaborar significa que el Estado procure facilitar condiciones para que la religión católica se fomente como un modo particular de concebir teológicamente el mundo, pero colaborar no supone imponer, ni tampoco ni mucho menos desconocer otras formas de pensar, religiosas o no, pues ello supondría que los derechos se determinan o se justifican únicamente a partir de las convicciones o raciocinios propios de la fe católica.
21. La referencia a que la Iglesia Católica es un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú puede, sin duda, ser tomada como un indicativo de concepción ontológica de nuestro Estado, pero tampoco significa que la moral colectiva o individual de las personas o su propio sen-

tido de autodeterminación dependa de acatar o no los mandatos de la fe católica. Se trata, en otras palabras, de un reconocimiento especial que hace el Estado en tanto la misma ha coadyuvado a la realización de los propios valores que nuestra Constitución Histórica ha venido proclamando. Sin embargo, de allí a pensar que las convicciones católicas deben determinar el comportamiento de las personas, como incluso, el de las autoridades, obligando a que las funciones o competencias tengan que subordinarse a los postulados de dicha fe, resulta, a todas luces, ilegítimo en un Estado donde el pluralismo de creencias religiosas constituye un componente esencial derivado, tanto del principio de primacía de la persona humana como del sustento democrático. Este Colegiado, por consiguiente, considera que por más arraigadas que resulten ciertas costumbres religiosas en nuestra colectividad y que esta última resulte mayoritariamente católica, ello no significa que las mismas deban irradiarse a todos los sectores del ordenamiento jurídico condicionando desmesuradamente libertades y derechos. Sin perjuicio de que las mismas sean mantenidas o legítimamente respetadas y sin que ello suponga negar la indudable incidencia de la fe católica en nuestra historia, hay que saber respetar el derecho de quienes no comparten dicha fe y, por tanto, garantizar la plena autodeterminación de cada persona según sus propias convicciones. No en vano, y como enfatiza la propia norma fundamental, el reconocimiento y la colaboración a la Iglesia Católica es sin perjuicio del respeto por otras confesiones y sin la negación de vínculos o fórmulas de apoyo en torno a ellas.

Conductas lesivas de la libertad religiosa

22. En el caso de autos se cuestiona directamente tanto la Resolución Administrativa N.º 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS, de fecha 21 de enero de 1999, como la Resolución del Decanato Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS de fecha 6 de enero del 2006. Al respecto y aun cuando el primero de los citados pronunciamientos administrativos no ha sido acompañado al expediente, del contenido de la segunda resolución cuestionada y particularmente de sus considerandos, es perfectamente posible determinar sus alcances.
23. En efecto, en la parte considerativa de la Resolución Superior N.º 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS se establece:

"Que cada año y a nivel mundial, se celebra el nacimiento del Niño Jesús, lo que se conoce como la Navidad"

"Que el Ministerio Público –Distrito Judicial de Amazonas, en Diciembre de cada año para la celebración de la Navidad, en la Sede Institucional y en cada una de las Fiscalías Provinciales Mixtas del Distrito Judicial de Amazonas, se levantan los nacimientos, que consisten en la representación del nacimiento del Niño Jesús en el pesebre de Belén, alrededor de los cuales y como una forma de honrar al Divino Redentor, se celebran oficios religiosos, hasta el 6 de Enero de cada año, en que se recuerda la adoración de los Reyes Magos".

"Que mediante la Resolución Administrativa Nº 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS de fecha 21 de Enero de 1999, se oficializó el acuerdo del Personal del Sistema Fiscal, de Medicina Legal y Administrativo del Ministerio Público – Distrito Judicial de Amazonas, habiendo quedado establecido que después de recordar la adoración al Niño Jesús por los Reyes Magos, se adorará todos los días de cada año al Niño Jesús – Sagrada Familia, dentro del local institucional, pudiendo ser trasladado al domicilio particular de cada trabajador y se estableció el rol de adoración del Niño Jesús, para el año 1999"

"Que para el año 2006, es necesario establecer el rol de adoración del Niño Jesús".

24. Correlativamente y en la parte resolutiva del mismo pronunciamiento administrativo, se establece:

"Artículo Único: Establézcase el rol de adoración del Niño Jesús – Sagrada Familia, para el año 2006, en la forma siguiente:

Enero: Personal de la Primera Fiscalía Provincial Mixta de Chachapoyas

Febrero: Personal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Chachapoyas

Marzo: Personal de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito de Chachapoyas

Abril: Personal del Decanato de Distrito Judicial de Amazonas y Oficina Desconcentrada de Control Interno V: Amazonas y San Martín

Mayo: Todo el personal

Junio: Personal de la Fiscalía Superior Mixta de Amazonas

Julio: Personal de la División Médico Legal de Chachapoyas

Agosto: Personal de la Asociación de Damas del Ministerio Público Filial Amazonas

Septiembre: Personal de la Delegación Administrativa y Personal de Limpieza

Octubre: Personal de la Policía del Ministerio Público

Noviembre: Personal de la Administración de Redes y Conductores de Vehículos

Diciembre: Todo el personal

(…)".

25. Se aprecia de la resolución antes glosada que ha venido siendo política institucionalizada al interior de la Fiscalía Superior del Distrito Judicial de Amazonas el disponer que todo su personal participe de determinadas tareas vinculadas específicamente a la práctica de ciertas celebraciones y ritos propios de la fe católica. La manera como se ha concretizado dicha política supone establecer como obligación del personal del Ministerio Público y de sus demás dependencias la adoración del Niño Jesús – Sagrada Familia durante un determinado calendario mensual, distribuido por oficinas o despachos durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre, y uniformizado (exigido para todos) durante los meses de mayo y diciembre.
26. No se observa en la resolución analizada que esta permita o habilite eximencia alguna para quienes no quieran o no deseen participar de dichas actividades religiosas. Simplemente se establece, cual obligación imperativa, el formar parte del calendario propuesto. Por lo demás, prueba de que este tipo de actividades formalizadas por la propia administración asume un carácter plenamente vinculante (mandatorio) para quienes forman parte de la Fiscalía de Amazonas y de sus dependencias lo apreciamos en el Recordatorio suscrito por el propio emplazado para el mes de mayo del 2009 y que se encuentra de fojas 21 a 22. De acuerdo con dicho documento, que por cierto, unifica el aniversario del Ministerio Público con el de una práctica propia de la fe católica, se establece que:

"El Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Amazonas, hace recordar al personal del sistema fiscal, administrativo y de medicina legal de este distrito judicial; especialmente a las comisiones formadas con motivo de la celebración del XXVIII aniversario de creación del Ministerio Público; a fin de que den cumplimiento a las funciones encomendadas; en el sentido siguiente:"

"Comisión Religiosa (…):

- Organizar y realizar el Tridium (rezo) con la participación del personal de todas las dependencias de esta sede

- Misa y procesión del Divino Niño Jesús (12 de Mayo del año en curso), con la participación de todo el personal de esta sede y las autoridades locales

- De ser posible. Contratar la banda de música para la procesión del patrono Divino Niño Jesús.

- Realizar la limpieza general de las cortinas del Divino Niño Jesús; así como renovar sus arreglos florales

(…)".

27. Este Colegiado considera que el hecho de que la religión católica se constituya como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y que se proclame una evidente colaboración hacia la misma promovida desde el propio Estado, no justifica de ninguna manera que desde el ámbito de la administración pública se imponga la práctica de costumbres y ritos religiosos por más arraigados que estos resulten en el sentimiento mayoritario de la población. Como antes se ha dicho, el nexo entre Iglesia Católica y Estado puede existir como factor histórico, cultural y moral, pero no supone identificación ni asunción de postura oficial alguna, ya que el Estado peruano es laico y no confesional. De allí que utilizar el vínculo institucional creado entre autoridades y trabajadores para imponer actividades abiertamente confesionales lesione la libertad religiosa no sólo de quienes no

comulgan con la fe católica (sea por pertenecer a otros credos, sea por asumir posiciones abiertamente agnósticas), sino incluso la de aquellos que, pese a pertenecer a la religión católica, tampoco tienen por qué verse obligados a que el Estado les diga en qué momentos o circunstancias deben hacer suyas las prácticas de su propia religión.

28. Cabe que este Colegiado puntualice que aunque puede ser legítimo que cualquier autoridad administrativa promueva la participación de sus trabajadores en determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, por ejemplo), ello no significa que so pretexto de las mismas, todos los trabajadores o subordinados tengan que ser partícipes de dichas actividades porque así lo ordena o lo dispone la jerarquía administrativa. Como reiteramos, lo que se censura no es la identificación de las personas que dirigen un organismo con los postulados de la fe católica. Lo que se proscribe es el condicionamiento de tales costumbres por sobre la libertad que puedan tener uno o varios trabajadores para no ser partícipes de las mismas. De este modo se garantiza que al natural influjo que tiene la fe católica en países como el nuestro, le sea plenamente oponible la libertad o autodeterminación de cualquier persona en el plano de sus creencias religiosas.
29. Finalmente se hace menester advertir que el hecho de que uno o más trabajadores no sean partícipes de las costumbres de sectores mayoritarios, de ninguna manera puede ser considerado como elemento de merituación o de desmerito en torno a su comportamiento o sus capacidades. En el contexto del presente caso, cualquier intento de valoración del trabajador a partir de su no identificación con los credos o creencias de quienes comulgan con un sentido religioso determinado será evidentemente catalogado de discriminatorio y, por ende, de inconstitucional y prohibido.

Alcances de la presente sentencia

30. En el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional se deja establecido que *"Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediera de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda"*.
31. Este Colegiado considera que en tanto los hechos cuestionados han quedado debidamente acreditados, mas no su actual existencia, se hace posible, atendiendo a la magnitud de los agravios producidos y a la condición jerarquizada que ocupa el emplazado, declarar fundada la demanda interpuesta con el objeto de invocarle a la citada autoridad que se abstenga de reiterar conductas como las cuestionadas, debiéndose advertir que en caso de persistir en las mismas, se dispondrá la aplicación de las medidas previstas en el artículo 22.º del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por don Félix Wagner Arista Torres contra el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Amazonas, don Osvaldo Bautista Carranza.
2. Ordenar al emplazado, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, abstenerse de reiterar en el futuro las conductas cuestionadas mediante el presente proceso, bajo apercibimiento, en caso contrario, de disponerse la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 22.º del mismo cuerpo normativo.
3. Ordenar al emplazado, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, abstenerse de reiterar en el futuro las conductas lesivas al derecho de libertad religiosa cuestionadas mediante el presente proceso, bajo apercibimiento, en caso contrario, de disponerse la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 22º del mismo cuerpo normativo.

4. Remitir copia de los actuados al Ministerio Público para los fines de ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DEL VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las consideraciones siguientes:

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra don Félix Wagner Arista Torres, Fiscal Superior Titular de la Fiscalía Superior Mixta de Amazonas, y el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Amazonas, Bautista Carranza, con la finalidad de que se declare inaplicables al recurrente la Resolución Administrativa N° 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS, de fecha 21 de enero de 1999, así como la Resolución del Decanato Superior N° 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, de fecha 6 de enero de 2006, por considerar que se viene afectando su derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivos de religión.
   Refiere que desde el año 2008, fecha en que fue nombrado como fiscal superior, viene siendo víctima de hostigamiento y trato discriminatorio por parte del demandado, quien utilizando su condición de jefe inmediato lo ha excluido de diversas actividades protocolares, tales como el "Aniversario de Creación del Ministerio Público". Asimismo señala que el emplazado ha venido enviando diversos informes a la Fiscalía de la Nación y a la Fiscalía Suprema de Control a fin de que se deje sin efecto su nombramiento, pedidos que han sido archivados por infundados. Finalmente expresa que se le está afectando su derecho a la libertad de confesión religiosa, pues el demandado en su calidad de Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de Amazonas emitió la Resolución Administrativa N° 008-99-MP-FSEGG-DJ-AMAZONAS, así como la Resolución del Decanato Superior N° 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, en el que establece que todos los días de cada año se deberá adorar la imagen del Niño Jesús y la Sagrada Familia dentro del local institucional, vinculando a todo el personal en forma obligatoria el mes de mayo, aniversario del Ministerio Público.
2. El Juzgado Mixto de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, declara la improcedencia de la demanda por considerar que los derechos alegados son de rango legal y no constitucional, agregando que en todo caso existe una vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección de los derechos invocados. La Sala Superior revisora confirma la apelada considerando que el demandante debió de realizar el reclamo en la misma institución, no habiendo cumplido con agotar la vía previa administrativa.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.
4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la limitación de sólo

referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.

5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último parágrafo precisa ciertamente que "si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto". Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente.
7. No está de más recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último parágrafo al decir: "La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes". Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este Tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que ameriten en proceso constitucional un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho, se podría ingresar al fondo del asunto.
9. En el presente caso encuentro que llega a esta sede una demanda de amparo que denuncia, entre otros, la afectación al derecho a la libertad religiosa con actos que son vistos como "cotidianos", situación que es una pretensión *sui generis* en la que este Colegiado se ha pronunciado recientemente, razón por la que considero que en este caso excepcionalmente corresponde ingresar al fondo a efectos de verificar no solo si se ha afectado o no los derechos del recurrente, sino con la finalidad de aplicar la sentencia desarrollada por este Tribunal en materia de libertad religiosa. Es así que la casuística siempre brinda a los Tribunales en general la ocasión para desarrollar y ampliar ámbitos que pueden encontrarse sin normativa correspondiente o sin desarrollo jurisprudencial pertinente que permita la resolución de casos posteriores. Este Colegiado con la pretensión traída a esta sede se encuentra en este segundo supuesto ya que anteriormente no hemos emitido pronunciamiento alguno analizando si el hecho de que una institución pública exija el culto a imágenes religiosas reconocidas por la religión católica afecta el derecho a la libertad religiosa de las otras confesiones. Por ende consideramos pertinente, a raíz de este caso *sui generis,* ingresar por excepción al fondo de la controversia a fin de evaluar si el acto descrito constituye una afectación al derecho a la libertad religiosa de la persona humana.
10. Realizada la explicación respectiva debemos señalar que la Constitución del Estado señala en su artículo 2º.2 que toda persona tiene derecho: "*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*." Dicho mandato constitucional tiene capital importancia puesto que impone al Estado el respeto y protección del derecho a la libertad religiosa así como el deber de brindar un tratamiento en igualdad a las distintas religiones que puedan existir en el Estado, negándose por ello cualquier acto discriminatorio que pudiese existir contra alguna religión en particular. Asimismo el artículo 2º.3 expresa que toda persona tiene derecho "*A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público*". En este sentido se evidencia que lo que se protege a través de dicho mandato constitucional es el derecho de toda persona humana de desenvolverse y autodeterminarse conforme a sus convicciones y creencias religiosas, es decir a desenvolver su vida conforme a los dogmas establecidos por la religión que profesa. Este concepto se amplía a todas sus manifestaciones individuales o colectivas, tanto pública como privada, teniendo plena libertad para transmitir lo referente a dicha religión así como a auto-determinar el control y forma de su ejercicio sin perjudicar a ningún otro miembro de la sociedad.

11. Es así que este Colegiado ha expresado en la STC Nº 0256-2003-HC/TC que *"[l]a 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*".
12. Por lo expresado queda claro entonces que el derecho a la libertad religiosa representa un ámbito en el que el Estado no puede interferir para imponer u obligar a profesar determinada religión y mucho menos imponer ir en contra de sus convicciones (principio de inmunidad de coacción).
13. Advertimos entonces que la figura del Estado Laico establecido en el artículo 50º de la Constitución del Estado es consecuencia del principio-derecho igualdad, en consonancia con el derecho a la libertad religiosa, erigiendo el Estado como aquel ente impedido no solo de tener alguna injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sino también de imponer u obligar el profesar determinada religión con todo lo que ello implique. En conclusión el Estado en este tema es neutral, es decir no tiene adhesión alguna a un credo religioso determinado.
14. No obstante lo señalado, ello no es incompatible con el reconocimiento del Estado respecto a la vital importancia de la religión católica puesto que forma parte integrante del proceso de formación histórica, cultural y moral. Es por ende que debe señalarse que si bien a lo que apunta un Estado Laico es a no discriminar otras religiones diferentes a la religión católica, también debe resaltarse que la idea no es negar ni rechazar la importancia capital en nuestra historia de la religión católica.
15. Considero acertado lo expresado en el proyecto en mayoría en cuanto expresa que el hecho de que exista una posición mayoritaria respecto al culto de determinada religión no implica que dicha posición sea impuesta a las minorías que se encuentran identificadas con otras religiones. Asimismo tampoco puede ser dicha diferencia de religión considerada como un desmerito en torno a la capacidad de un trabajador.
16. En tal sentido corresponde estimar la demanda, conforme lo ha hecho la resolución puesta a mi vista.

Por lo expuesto la demanda de amparo debe ser declarada **FUNDADA.**

Sr.

VERGARA GOTELLI

FUNDAMENTO DE VOTO DE MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, y no obstante compartir con los fundamentos así como con la parte resolutiva, considero pertinente efectuar la siguiente precisión:

Que la participación en actividades de índole religiosa que pueda convocar el emplazado no podrá tener carácter obligatorio, correspondiendo al recurrente, en caso de no participar en ellas realizar sus actividades laborales ordinarias.

Sr.

CALLE HAYEN

2
STC 6111-2009-PA/TC, caso *Jorge Manuel Linares Bustamante*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Manuel Linares Bustamante contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 54, su fecha 21 de julio de 2009, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de noviembre de 2008 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su condición de máximo representante del Poder Judicial, solicitando: a) que se ordene el retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de símbolos de la religión católica como la Biblia o el crucifijo, y b) la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general. Alega vulnerados sus derechos a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole.

Sostiene el recurrente que la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa. Según afirma, la exhibición o exposición de los símbolos religiosos "crucifijo" y "Biblia" representa un hecho discriminatorio con respecto a los ciudadanos que no profesan el culto católico. Y es que, si bien el Estado tiene derecho de "preferir" una religión sobre otras, esto no implica hacer que el dogma y la moral del catolicismo, a través de sus símbolos y prácticas, prevalezcan en las instituciones públicas.

Para el recurrente, el Estado puede exigir el respeto a los símbolos patrios, hasta ciertos límites, pero nada puede ni debe autorizarle a manipular, utilizar e imponer símbolos distintivos de una religión determinada, asociándolos a su imagen. La bandera, el escudo, el himno, la Constitución representan a todos los peruanos por igual, siendo síntesis de una serie de valores respetados por todos. Los símbolos religiosos, de cualquier confesión que fueren, incluso la "preferida", siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros sobre la base de un criterio que no es tomado en cuenta para establecer la ciudadanía. Según el recurrente, la confesión religiosa del funcionario jurisdiccional (juez o vocal) y la práctica o no de una religión determinada pertenece a su fuero íntimo, debiendo permanecer cualquier exteriorización

de su condición confesional en un lugar privado (por ejemplo una medalla, una estampa, un rosario, etc.).

Manifiesta que su mente "asocia" los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, delito del que fue absuelto. Señala, finalmente, que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende la colocación de símbolos religiosos, llámese crucifijo o Biblia, en los despachos y tribunales de justicia.

Respecto a la pretensión de que se omita en toda manifestación o declaración prestada ante el Poder Judicial la pregunta sobre la religión que profesa el compareciente, el recurrente señala que es irrelevante dicha pregunta, que sólo puede encontrar razones de orden histórico y cultural, y que podría desembocar en que se prejuzgue a aquellas personas que no profesan el catolicismo o el cristianismo. Asimismo, señala que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende indagar sobre la práctica religiosa de los comparecientes ante la justicia.

Con fecha 28 de noviembre 2008, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte declara improcedente la demanda de amparo en aplicación del artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, por considerar que el petitorio de la demanda no tiene contenido constitucional directo ni indirecto ni se encuentra en los supuestos de discriminación, limitación o restricción a los derechos de libertad de conciencia y de religión.

La Primera Sala Especializada en lo Civil de Lima Norte confirma la apelada, añadiendo que la demanda es manifiestamente improcedente por la falta de agotamiento de la vía previa y de legitimidad para obrar, así como por considerar que el proceso de amparo no es idóneo para atender el pedido del recurrente.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuanto máximo representante del Poder Judicial, disponga:
   a) El retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia.
   b) La exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general.

Rechazo liminar injustificado. Función de la justicia ordinaria en defensa de los derechos fundamentales

2. De los actuados del presente proceso se aprecia que tanto la primera como la segunda instancia judicial han rechazado de plano la demanda interpuesta sobre la base de un argumento esencial: la materia respecto de la cual se reclama carecería de contenido constitucional directo o indirecto, motivo por el que no sería revisable en sede constitucional, conforme lo dispone el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. La segunda instancia incluso y de manera adicional, sostiene que el demandante tampoco ha cumplido con agotar la vía previa administrativa, de acuerdo con lo establecido en el inciso 4) del artículo 5º del mismo cuerpo normativo procesal.
3. A juicio de este Colegiado, las argumentaciones realizadas resultan a todas luces impertinentes para justificar el rechazo liminar producido. Como se ha señalado en forma reiterada, el rechazo liminar es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia. En el caso de autos, lejos de existir la certeza en torno a las causales desestimatorias invocadas, existe, más bien, plena verosimilitud en torno a la relevancia constitucional de los temas planteados. En efecto, tanto el derecho a la igualdad como la libertad religiosa no sólo representan indiscutibles temas constitucionales, sino

que la descripción de los hechos denunciados como presuntamente violatorios de dichos derechos se presenta como típicas hipótesis controversiales respecto de las cuales deviene imperativo un pronunciamiento por parte del juez constitucional. En dicho contexto, llama poderosamente la atención el proceder de la magistratura ordinaria en el presente caso, pues no sólo parece reflejar desconocimiento en torno de temas, como ya se ha dicho, de indudable relevancia, sino que demostraría también una tendencia a no asumir responsabilidades frente a controversias o debates constitucionales de suyo sensibles.

4. Este Tribunal se ve en la necesidad de reiterar que en un Estado como el peruano, acorde con el modelo de Justicia Constitucional dual o paralela que reconoce nuestra Carta Política la responsabilidad de defensa de la norma fundamental no sólo recae en este supremo intérprete de la Constitución, como parece obvio decirlo, sino también en la justicia ordinaria. Mientras que el Poder Judicial es el juez natural de los derechos fundamentales, en tanto conoce de los procesos de tutela desde sus primeras etapas, el Tribunal Constitucional es el juez excepcional de los derechos, en tanto su intervención se produce sólo cuando la tutela a nivel judicial no ha sido posible. En dicho escenario, no debiera ser siempre o en toda circunstancia el Tribunal Constitucional quien que tenga que zanjar controversias en estricto relevantes, sino que también debiera ser el Poder Judicial el que asuma tan importante reto.
5. El segundo argumento en el que la recurrida sustenta el rechazo liminar se circunscribe a considerar que las vías previas no fueron en su momento agotadas. Tal aseveración resulta igualmente errada, pues por principio y de cara al tipo de pretensión por la que se reclama no se encuentra acreditado que para hechos como los cuestionados mediante la presente demanda exista una vía interna de reclamo. En efecto, el Código Procesal Constitucional es enfático al establecer en su artículo 46º que la citada regla resulta pasible de exceptuación en el caso de que la vía previa no se encuentre regulada (inciso 3), precisando que en caso de duda en torno a su existencia deberá estarse a la continuidad del proceso conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 45º del mismo cuerpo normativo procesal. Por lo demás y al margen de la consideración aquí glosada, este Colegiado toma en cuenta que el demandante, a pesar de todo, sí reclamó ante el demandado respecto de las conductas consideradas a su juicio inconstitucionales, sin que a pesar de tales pedidos, haya obtenido atención o respuesta alguna.

Necesidad de pronunciamiento de fondo

6. Este Colegiado estima que aun cuando en el presente caso se ha producido un rechazo liminar injustificado y que en tales circunstancias bien podría optarse por la recomposición total del proceso, se hace innecesario optar por dicho proceder, ya que a la luz de lo que aparece objetivamente en el expediente resulta perfectamente posible dilucidar la controversia planteada tomando en cuenta los temas constitucionales que implica, cuya relevancia inobjetable en el contexto de los derechos cuya tutela se invoca es vital considerar. Se trata por lo demás y este Tribunal así lo entiende, de materias que más que un cotejo entre posiciones asumidas individualmente o a título subjetivo entrañan un enorme cariz objetivo que compromete buena parte de lo que representa la historia y tradición arraigada en Estados como el nuestro.
   Prueba de lo aquí señalado es que debates similares al que plantea el presente caso se han presentado ante Cortes o Tribunales Constitucionales homólogos al nuestro, como en el Tribunal Constitucional Federal alemán o incluso ante Tribunales Internacionales de Derechos Humanos (cfr. *caso Lautsi contra Italia*, aún sin sentencia definitiva ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). En tales ocasiones, los temas en debate giraron precisamente en torno a la eventual afectación o no que sobre la libertad religiosa suponía la presencia de determinados símbolos religiosos (crucifijos) en ámbitos públicos, como escuelas. La atención dispensada en esos casos, con independencia de su orientación, grafica la enorme trascendencia de los temas en debate, por lo que es desde esa misma lógica que este Colegiado asume el conocimiento de la presenta controversia.
7. No está demás puntualizar, por otra parte, que la decisión de pronunciarse de inmediato sobre la materia controvertida tampoco supone colocar en estado de indefensión a quien aparece como em-

plazado de la presente causa, habida cuenta de que, conforme se aprecia de fojas 65 y 66 de autos, el Procurador Público para los asuntos constitucionales del Poder Judicial se apersonó al presente proceso haciendo suya la defensa del demandado Presidente del Poder Judicial, lo que significa que la autoridad demandada sí conoció de los temas demandados y, por lo tanto, bien pudo en su momento argumentar lo que considerara pertinente a su favor.

Materias constitucionalmente relevantes

8. En la dilucidación de la presente causa y estando a los extremos que involucra el petitorio contenido en la demanda, este Colegiado estima pertinente considerar como materias susceptibles de desarrollo las siguientes:

   - En relación con la solicitud de retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de los símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia:

     a) El derecho fundamental de libertad religiosa.
     b) El derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa.
     c) El principio de laicidad del Estado.
     d) El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.
     e) La presencia del crucifijo y la Biblia en despachos y tribunales del Poder Judicial.

   - En relación con la solicitud de que se excluya en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general:

     a) El objetivo del proceso penal y el sentido de los interrogatorios
     b) La relevancia o pertinencia de interrogar sobre la religión que profesa un procesado o declarante

El derecho fundamental de libertad religiosa

9. De acuerdo con lo que establece el artículo 2°, inciso 3, de nuestra Constitución*:*

   > "Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público".

10. Aunque el dispositivo en mención unifica el tratamiento de la libertad de conciencia con el de la libertad de religión, no significa ni debe interpretarse con ello que se trate del mismo derecho o que pueda predicarse el mismo contenido respecto de ambas libertades. Al margen del debate en torno a sus alcances, la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve.
11. La libertad de religión o libertad religiosa, que es la materia principal en torno a la que gira la presente controversia, supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión (cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18).
12. El derecho fundamental de libertad religiosa, al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es uno "de los cimientos de la sociedad democrática" y permite a las personas que "conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias" con absoluta libertad [Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, del 5 de febrero de 2001, Nº 79].

13. Aun cuando puedan ser diversas las manifestaciones que integran la libertad religiosa –recogidas en el artículo 3º de la recientemente aprobada Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa-, se acepta, por lo general, que son cuatro las variantes principales en las que ésta se ve reflejada. De acuerdo con estas variantes, la citada libertad supone en lo esencial: **a)** la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que libremente escoja cada persona, esto es la capacidad para decidir la religión con la que se identifica total o parcialmente una determinada persona; **b)** la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o culto religioso, es decir la capacidad para negarse u oponerse a ser partícipe o compartir cualquier forma de convicción religiosa; **c)** la facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa, vale decir, la aptitud de mutar o transformar el pensamiento religioso así como de sustituirlo por otro, sea éste similar o completamente distinto; y **d)** la facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia o convicción religiosa, es decir, el derecho de informar o no informar sobre tal creencia a terceros.
14. Ha señalado este Colegiado que "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" (Exp. Nº 0256-2003-HC/TC, fundamento 15).
15. Como también ha recordado este Colegiado en el Exp. N.° 3283-2003-AA/TC (fundamento 19), el reconocimiento del derecho de libertad religiosa genera el *principio de inmunidad de coacción*, que "consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o al agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones" (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 19).
16. La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. Por ello, el derecho de libertad religiosa protege la libertad del acto de fe y la libertad de culto y la práctica religiosa. En ese contexto, la libertad de culto es "entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a "su" divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario" (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 21).
17. El derecho a la práctica religiosa da lugar al derecho a *recibir asistencia religiosa*, que este Colegiado ha indicado que alcanza incluso a las personas que se encuentran "dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida en que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución" (Exp. N.° 2700-2006-PHC/TC, fundamento 14).
18. En cuanto a los límites del derecho fundamental de libertad religiosa, la Constitución, en el inciso 3 de su artículo 2°, señala que estos son la moral y el orden público. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12) -conforme a los cuales deben interpretarse los derechos humanos que la Constitución reconoce (cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución)- indican que la libertad religiosa estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

El derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa

19. El derecho-principio genérico de igualdad ante la ley y la prohibición de toda clase de discriminación tiene su especificidad en materia religiosa en el derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa, reconocido en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución. Conforme a esta norma: "Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, **religión**, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" (énfasis agregado).
    Como este Colegiado ha señalado, el "principio de no discriminación (en materia religiosa) establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa" (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 19).
20. La igualdad debe entenderse como derecho y como principio constitucional. La igualdad como derecho fundamental está reconocida en el citado artículo 2°, inciso 2, de la Constitución. Según este Tribunal ha mencionado, "contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación" (Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 59).
21. La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, "comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables" [Exps. N.os 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), fundamento 20].
22. Igualdad, entonces, no significa uniformidad. Por ello, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*, habrá que, en primer término, determinar si se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o si se trata de un trato desigual arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio.

El principio de laicidad del Estado

23. Conforme a lo prescrito en el artículo 50º de nuestra Norma Fundamental: *"Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración"*; puntualizándose asimismo que *"El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas"*.
24. Se aprecia del dispositivo citado que, a diferencia de lo que sucede en algunos otros modelos constitucionales en los que puede observarse la presencia de Estados confesionales sustentados en una determinada religión, el modelo peruano no opta por dicha variante, sino que nuestro Estado se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa, y por lo tanto, no proclama como oficial religión alguna, consagrando, en el citado artículo 50º de la Constitución, el*principio de laicidad del Estado*, conforme al cual el Estado declara su *"independencia y autonomía"* respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular.
25. Según el principio de laicidad, el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos.

Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico.

26. Lo que sí es importante matizar, y el modelo constitucional se esfuerza en hacerlo, es que aunque no existe adhesión alguna respecto de ningún credo religioso en particular, nuestro Estado reconoce a la Iglesia Católica como parte integrante en su proceso de formación histórica, cultural y moral. Interrogarse en torno del por qué de tal proclama no es, por otra parte, intrascendente, habida cuenta de que desde los inicios de nuestra vida republicana (e incluso antes) la religión católica ha sido decisiva en el proceso de construcción de muchos de nuestros valores como sociedad. Sólo así se explica que buena parte de nuestra Constitución Histórica coincida con referentes notablemente desarrollados por el pensamiento católico (como ocurre con la dignidad, por ejemplo).
27. Que exista un reconocimiento expreso en torno a la importancia indudable que ha tenido la religión católica en el desarrollo de nuestras tradiciones como nación no impide, sin embargo, que desde el Estado se proclame el pluralismo religioso, pues, como ya se ha señalado, nuestro modelo constitucional ha optado por la aconfesionalidad, lo que supone no sólo una postura neutral sino, y por sobre todo, garantías en igualdad de condiciones para todas las confesiones religiosas y para quienes comulguen con ellas.
28. Ahora bien, esta radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico, para convertirse en una suerte de *Estado confesional no religioso*. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado "laicista", hostil a lo religioso.

El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas

29. Como ya ha sido glosado, la Constitución, en su artículo 50º, prescribe que el Estado *"presta su colaboración"* a la Iglesia católica y también *"puede establecer formas de colaboración"* con otras confesiones.
Como puede verse, la Constitución, junto con el principio de laicidad del Estado, considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.
30. Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa -como lo hace, por ejemplo, con los colegios profesionales, en su artículo 20-, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones entre el Estado y las confesiones, y define la naturaleza de esas relaciones mediante el concepto de *colaboración*. De esta forma, el artículo 50º de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración.
31. El término "colaboración" que emplea la Constitución indica que nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos.
32. Los convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas representan la forma más importante de materializar el principio de colaboración. Como este Colegiado ha recordado, la colaboración con la Iglesia Católica se ha formalizado con el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980, que es un tratado internacional y, a la fecha, el único convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa. En dicho Acuerdo "se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de Religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un

vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado" (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 23).

33. Por supuesto, como venimos sosteniendo, el Estado puede también suscribir convenios de colaboración con confesiones religiosas distintas a la católica, conforme al artículo 50º de la Constitución. Así, por ejemplo, el Estado español, cuya Constitución consagra los principios de laicidad y colaboración en términos similares a nuestro artículo 50º constitucional (cfr. inciso 3 del artículo 16° de la Constitución española de 1978), ha suscrito, en 1992, sendos acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, además de los acuerdos de cooperación firmados con la Santa Sede en 1979.

La presencia del crucifijo y la Biblia en despachos y tribunales del Poder Judicial

34. Revisado el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de libertad religiosa y el derecho-principio de no discriminación por motivos de religión, así como los principios de laicidad y de cooperación, corresponde ahora analizar si resulta compatible con el marco constitucional descrito la presencia de símbolos religiosos, como el crucifijo o la Biblia, en los despachos y tribunales del Poder Judicial.
35. Considera, al respecto, este Tribunal que la presencia de tales símbolos religiosos en un ámbito público como el Poder Judicial responde a la gran influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú, debido a su importancia histórica, sociológica y notorio arraigo en nuestro país, conforme lo reconoce el artículo 50º de la Constitución:

> "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración".

36. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de advertir que el reconocimiento a la Iglesia católica que hace el artículo 50º de la Constitución es coherente con el principio de laicidad del Estado, pues "se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque éste puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de (la) sociedad política" (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 22). Y también ha destacado este Tribunal:

> "*La lectura sistémica de la Constitución no deja duda alguna de que el Estado disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales; es decir, que los aspectos vinculados con la fe trascendente y la moral están librados única y exclusivamente a la conciencia de cada persona.*
>
> *Empero, no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50.° de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración"* (Exp. N.° 3283-2003-AA/TC, fundamento 23).

37. La influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú se manifiesta en elementos presentes históricamente en diversos ámbitos públicos, pudiendo afirmarse que, más allá del carácter religioso de su origen, dichos elementos revisten actualmente un carácter histórico y cultural.
38. Como ya se ha señalado, la religión católica se encuentra fuertemente arraigada en el desarrollo de nuestras tradiciones como nación. Desde tal perspectiva, no es extraño, sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la identidad que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen estos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad. La

fusión de tales elementos con lo que representa el Estado no hace otra cosa que reflejar parte de un decurso histórico imposible de ignorar por más neutralidad que se quiera predicar.

39. Así, por ejemplo, el Decreto Legislativo Nº 713, sobre descansos remunerados de los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, contempla días feriados de origen religioso católico en que los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado. De esta forma, junto al día domingo (artículo 1), se cuentan los siguientes feriados (artículo 6):

    "Jueves Santo y Viernes Santo (movibles)"

    "San Pedro y San Pablo (29 de junio)"

    "*Santa Rosa de Lima (30 de agosto)"*

    "Todos los Santos (1 de noviembre)"

    "Inmaculada Concepción (8 de diciembre)"

    "Navidad del Señor (25 de diciembre)"

40. En cuanto a manifestaciones públicas religiosas católicas, puede mencionarse la devoción al Señor de los Milagros (donde se muestra un crucifijo), que congrega anualmente multitudinarias procesiones por las calles de distintas ciudades del Perú, e incluso en otros países por iniciativa de peruanos presentes en ellos. En la misma línea de este tipo de manifestaciones públicas, puede citarse las festividades religiosas católicas que se celebran en las calles de diversas provincias del Perú, con gran concurrencia de personas, incluso de turistas, lo que prueba el valor histórico y cultural de éstas, como, por ejemplo, las celebraciones de Semana Santa en Ayacucho.
41. Respecto de símbolos religiosos católicos, como el crucifijo, en el ámbito público, puede mencionarse, por ejemplo, que tradicionalmente las altas autoridades estatales (como el Presidente de la República, ministros de Estado, parlamentarios, etc.) juramentan al asumir sus respectivos cargos frente a un crucifijo y la Biblia. Asimismo, una cruz corona el cerro San Cristóbal de Lima, tan tradicional como simbólico en la historia de la capital del Perú.
    También la cruz está presente en el escudo de armas del departamento de Piura, así como en los escudos de instituciones educativas estatales tan importantes como la Universidad San Antonio Abad del Cusco, San Cristóbal de Huamanga o la Universidad Nacional de Huancavelica. A propósito de enseñas y apreciando lo que ocurre en otros países, puede mencionarse también que la cruz está presente en el escudo de España, así como en las banderas de Grecia, Malta, Noruega, República Dominicana, Suecia o Suiza.
42. Otro ejemplo de presencia histórica de simbología religiosa católica en el ámbito público, es el escudo de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ciudad fundada en 1535, que contiene una estrella y tres coronas, que corresponden a la estrella de Belén y los tres Reyes Magos. También, el escudo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, fundada en 1551, muestra al evangelista San Marcos escribiendo su Evangelio. Asimismo, en el escudo del departamento de Ayacucho se encuentra el símbolo del "Cordero de Dios".
43. A la luz de todo ello, puede afirmarse que la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afectan los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado, en tanto que la presencia de esos símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce la Constitución.
44. De este modo, si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios públicos no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica.
45. La sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones. En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo),

cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia, que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de defender (cfr. Exp. N.° 0895-2001-AA/TC; en ese caso, este Colegiado ordenó no incluir a un trabajador de confesión Adventista del Séptimo Día en la jornada laboral de los días sábados, ya que obligarlo a trabajar ese día afectaba sus convicciones religiosas, para las que el sábado es un día dedicado al culto). Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo y como reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres.

46. Asimismo –siguiendo el contenido protegido del derecho fundamental de libertad religiosa señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, con los símbolos religiosos cuyo retiro demanda el recurrente tampoco se priva o menoscaba el derecho de toda persona de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias [cfr. Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, del 5 de febrero de 2001, Nº 79]. Por lo tanto, no existe afectación al derecho fundamental de libertad religiosa.
47. Tampoco se vulnera el derecho a no ser discriminado por motivos de religión, pues con la presencia de tales símbolos religiosos en un ámbito público no se realiza un trato diferenciado injustificado al recurrente, sino que la presencia de dichos símbolos responde a la influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú que la Constitución reconoce en su artículo 50º, y ello no significa, como ya se ha demostrado, afectación alguna a la libertad religiosa del recurrente.
48. Ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país. Así lo entendió, por ejemplo, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, país en el que su Constitución (en su Primera Enmienda) reconoce el derecho de libertad religiosa e impide el establecimiento de una religión como oficial del Estado. En la sentencia *Marsh vs. Chambers* [463 U.S. 783 (1983)], la Corte Suprema declaró constitucional que en la apertura de las sesiones parlamentarias se diga una oración pública por un capellán remunerado con fondos públicos, por considerar que «a la luz de una historia sin ambigüedades y sin interrupción de más de 200 años, no cabe duda de que la práctica de abrir las sesiones legislativas con la oración se ha convertido en parte de nuestro entramado social. Invocar la guía divina en un organismo público encargado de hacer las leyes no es, en estas circunstancias, el "establecimiento" de una religión (oficial) o un paso hacia su establecimiento; es simplemente un reconocimiento tolerable de las creencias ampliamente extendidas en el pueblo de este país».
49. El hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa.

    La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú.
50. Plantearse obligar al Estado al retiro de un símbolo religioso que ya existe y cuya presencia se explica por la tradición del país, implica preguntarse si la mera presencia del crucifijo o la Biblia tienen la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. Si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes.

    Así, por ejemplo, el Estado, en nombre de una supuesta laicidad, tendría la obligación de retirar la cruz del cerro San Cristóbal o prohibir el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros, o suprimir del calendario de feriados no laborables fechas de origen religioso católico como la Navidad o el Jueves o el Viernes Santo, con el argumento de que de lo contrario se ofende a los miembros de religiones no católicas, agnósticos o ateos, que pueden verse emocionalmente afectados por la sola presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos o porque dichos feriados

están marcados por una celebración o, en su caso, conmemoración ligada a la religión católica.
Si el Estado procediera así, estaría "protegiendo" en realidad "emociones" de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa.
No debe perderse de vista que nuestro sistema constitucional no es de aquellos que conciben el derecho de libertad religiosa como el derecho a liberarse de la religión y a recabar del Estado una acción institucional en tal sentido. Es evidente que este tipo de sistema no es de libertad religiosa, sino de libertad privilegiada del ateísmo y de intolerancia discriminatoria hacia lo religioso, lo que resulta claramente contrario al artículo 50º de la Constitución.

51. La interpretación de los derechos fundamentales no puede hacerse al margen del contexto: nuestra historia y nuestras tradiciones. Pretender lo contrario supondría eliminar la esencia social que acompaña a los derechos humanos en su nacimiento y posterior desarrollo. Este Tribunal, más allá de las convicciones religiosas de sus miembros, se esfuerza racionalmente por ubicarse en un punto en el que pueda garantizar de la manera más sensata el pluralismo que le ordena la Constitución. Al hacerlo, sin embargo, no puede soslayar la cultura, la historia y la inevitable presencia de los símbolos católicos en nuestra vida cotidiana. Su deber es, pues, garantizar un modelo de pluralismo, pero sin hacer abstracción de la historia y la realidad. La garantía del pluralismo, sin embargo, sólo es posible en el marco del principio de tolerancia. Este último, que es consustancial a la fórmula del Estado constitucional de derecho, permite la convivencia, también en los espacios públicos, sin tener que llegar al extremo de negar nuestra tradición y nuestra historia.
52. Otro tanto cabe decir respecto de la presencia de la Biblia en los estrados judiciales. De manera similar a lo que acontece con los crucifijos, el caso de la Biblia requiere ser enfocado no sólo en función del simbolismo religioso, sino también a la luz de lo que representa su presencia en el devenir histórico de la administración de Justicia. En efecto, sabido es que la presencia de Biblias en los estrados judiciales obedece a su recurrente utilización como uno de los elementos a tomarse en consideración al momento de realizar el juramento o el compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la Justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valor preciado en el que aquella se sustenta.
53. En el contexto señalado queda claro que la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que, como se dijo respecto de los crucifijos, se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso.
54. Por último, no comparte este Colegiado la posición del recurrente cuando afirma que la bandera, el escudo o el himno nacional son una síntesis de una serie de valores "respetados por todos", mientras que no ocurre lo mismo con los símbolos religiosos de cualquier confesión, pues siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros. Esta opinión no toma en cuenta que existen personas que pueden también sentirse afectadas en sus conciencias por la presencia en lugares públicos de símbolos como la bandera nacional o el escudo, al considerarlos idolátricos, por lo que tales personas, con el mismo argumento del recurrente, podrían pedir igualmente que se retiren dichos símbolos de los espacios públicos. Sin embargo, en tales supuestos, con argumentos similares a los aquí expuestos, *mutatis mutandis*, habría que responder que la presencia de tales símbolos patrios en espacios públicos no afecta la libertad de conciencia y de religión, por lo que no cabría obligar al Estado a su retiro.
En efecto, la experiencia comparada muestra casos de objeciones de conciencia a expresiones cívicas (no de orden religioso). Así, por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América están los llamados *flag-salute cases*, surgidos en los años cuarenta del siglo pasado, por la negativa de algunos alumnos de escuelas estatales, pertenecientes a los Testigos de Jehová, a participar en la ceremonia cotidiana de saludo a la bandera nacional, que incluía algunos gestos con la mano y la recitación de una fórmula de fidelidad a la patria. El motivo del rechazo se fundaba en el carácter idolátrico atribuido a esa ceremonia, según la doctrina de los Testigos de Jehová [cfr. *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943)]. También, puede mencionarse los casos *Val-*

samis y *Efstratiou*, ambos contra Grecia, resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 18 de diciembre de 1996. En éstos, dos matrimonios Testigos de Jehová reclamaban contra la sanción (expulsión del colegio por dos días) impuesta a sus hijas menores por negarse a participar en el desfile escolar por la fiesta nacional de Grecia, al ser tal desfile contrario a sus convicciones pacifistas.

55. Por supuesto, a juicio de este Colegiado, que el Poder Judicial no deba quitar los crucifijos o Biblias de los despachos y tribunales porque alguien así lo reclame, no impide que el órgano correspondiente de dicho Poder del Estado pueda decidir que se retiren, pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos.
56. En conclusión, este Colegiado considera desestimable el primer extremo del petitorio demandado, pues no se aprecia que resulte inconstitucional o lesiva de algún tipo de libertad la presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos, que se cuestiona mediante la presente demanda.

El objetivo del proceso penal y el sentido de los interrogatorios

57. Señala el demandante, en el segundo extremo de su petitorio, que preguntar en sede judicial sobre la práctica religiosa de las personas comparecientes puede llevar a prejuzgar a aquellos que no profesan el catolicismo o el cristianismo; como podría ser el caso de un inculpado por terrorismo o magnicidio que al declararse practicante musulmán o ateo, por este simple hecho o su negativa a responder a la pregunta "confesional" generaría un mal indicio (un prejuicio) en el raciocinio del magistrado.
58. A fin de dilucidar este extremo del petitorio, conviene preguntarse, ante todo, cuál es, en el marco del Estado constitucional de derecho, el objeto esencial de todo proceso penal y el papel que a la luz de tal objetivo cumplen los interrogatorios judiciales realizados a las partes.
59. Al respecto y aun cuando puedan existir concepciones tradicionales para las que el proceso penal ha tenido por objeto la determinación de la responsabilidad criminal del imputado, hoy en día se acepta pacíficamente que la justicia penal no se sustenta en propósitos de carácter positivo estructurados *prima facie* a la búsqueda de un inevitable o necesario responsable del hecho criminal. Por el contrario, se trata de concebir al proceso penal como un instrumento orientado a la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un evento delictivo, así como de la responsabilidad o no del imputado. En otras palabras se busca la verdad y no, de plano, la responsabilidad.
60. A efectos de lograr el cometido señalado, se apela a diversos medios de prueba, dentro de los cuales ocupa papel esencial el interrogatorio. Éste permite determinar de la manera más amplia posible lo que constituye la versión directa del imputado y del agraviado, así como de aquellas personas cuyo concurso se hace necesario para los efectos de la investigación (testigos, peritos, etc.).
61. El contenido del interrogatorio resulta esencial, en tanto las preguntas realizadas por la judicatura se encuentren directamente vinculadas a la materia investigada. Ello supone que los aspectos sobre los que verse el interrogatorio resulten realmente de interés y no se orienten hacia temas irrelevantes, impertinentes o simplemente innecesarios para lo que realmente se busca determinar. Naturalmente nada impide que ciertos datos formales de todo justiciable (como el nombre, la edad, el domicilio, etc.) sean requeridos por la autoridad judicial, sin embargo ello debe hacerse de la manera más concreta posible y siempre en dirección a la utilidad que su conocimiento proporcione a la administración de Justicia.

La relevancia o pertinencia de interrogar sobre la religión que profesa un procesado o declarante

62. En el contexto señalado y a la luz de lo que resulta materia de reclamo, procede analizar si la costumbre de preguntar a los procesados (en general, a todos interviniente del proceso penal) respecto de la religión que estos profesan se compadece o no con los objetivos del proceso penal o si, por lo menos, se vuelve necesaria con la exigencia de proporcionar datos formales a fin de que la administración de Justicia pueda cumplir con sus cometidos.
63. Este Colegiado considera al respecto que aunque se ha vuelto una práctica común (no normativizada) el que las autoridades judiciales interroguen a los justiciables respecto de la religión que profesan, tal interrogante resulta en abstracto impertinente además de invasiva en relación con la libertad religiosa (en este caso, a la facultad de mantener reserva sobre las convicciones religiosas), pues se

inquiere por un dato que en nada contribuye al objetivo del proceso penal o en general a la administración de Justicia.

64. Aunque, desde luego, hay quienes pueden considerar que no habría en una hipótesis como la graficada inconstitucionalidad alguna, habida cuenta de que cualquier persona tiene el derecho de guardar reserva sobre sus convicciones religiosas (artículo 2º, inciso 18, de la Constitución) y, por lo tanto, a mantenerse en silencio frente a una interrogante de este tipo, tal forma de entender las cosas representa un contrasentido y una manera forzada de intentar legitimar un acto, a todas luces, irrazonable.
65. En efecto, el objetivo del proceso penal es, como se ha señalado anteriormente, la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un hecho punible, así como la determinación de las responsabilidades o irresponsabilidades según el caso. En nada contribuye a la materialización de tales propósitos el conocer si una persona profesa o no la religión católica, la evangélica o, en general, cualquier otra orientación religiosa (también, por cierto, si es atea o agnóstica). Más bien subyace tras la presencia de tal tipo de pregunta un cierto prejuicio de individualizar y/o tratar a las personas a partir del dato que ofrece su orientación religiosa, situación que en lugar de fomentar una justicia objetiva e imparcial, puede más bien generar riesgos en relación con tales garantías.
66. Desde luego, tampoco se está diciendo que no puedan existir casos excepcionales en los que este tipo de preguntas se hagan absolutamente necesarias o convenientes para los objetivos de la investigación (por ejemplo, si lo que se indaga es un delito perpetrado por un móvil relacionado con el fanatismo religioso). Pero pretender convertir lo que debería ser rigurosamente ocasional en una regla general o aplicable para todos los supuestos se presta a un inevitable cuestionamiento.
67. Por consiguiente y en atención a las consideraciones precedentes, este Colegiado considera que el segundo extremo del petitorio demandado sí es estimable, pues más allá de que el demandante lo haya acreditado o no para su caso concreto, la materia del reclamo representa una realidad insoslayable, que incide objetivamente en la libertad religiosa de un universo bastante amplio de personas, por lo que de ninguna manera puede legitimarse como compatible con la Constitución. Asimismo, a juicio de este Tribunal, la prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión del compareciente no debe limitarse sólo a las autoridades judiciales, sino, por igual razón, debe extenderse a toda autoridad o funcionario públicos, en tanto que *"los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico"* (Exp. N.° 976-2001-AA/TC, fundamento 5).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en que se solicita el retiro, en todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, de los símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo en que se solicita la exclusión en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de cualquier pregunta sobre la religión que profesa el declarante en general, aplicando la misma exclusión a la declaración ante toda autoridad o funcionario públicos, sin perjuicio de lo indicado en el fundamento 66, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DEL VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las consideraciones siguientes:

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la finalidad de que: i) se disponga el retiro, en todas las salas y despachos judiciales de jueces a nivel nacional, de símbolos representativos de la religión católica, como el crucifijo o la Biblia; y, ii) la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general.
   Refiere el recurrente que el hecho de que en los despachos y Tribunales judiciales se exhiban el crucifijo y la Biblia afecta su derecho a la libertad religiosa, porque tal posición no corresponde a un Estado laico como es el Perú. Es así que dicha exhibición afecta a quienes no profesan la religión católica, constituyendo ello no solo un acto discriminatorio sino arbitrario. Asimismo agrega, respecto de la segunda pretensión de su demanda, que es irrelevante la pregunta sobre la religión que profesa el compareciente, puesto que con dicha pregunta, solo se puede encontrar razones de orden histórico y cultural y no un justificada identificación, mas aun pudiéndose prejuzgar a aquellas personas que no profesan el catolicismo cristiano. Finalmente refiere que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende indagar sobre la práctica religiosa de los comparecientes ante la justicia.
2. El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte declaró la improcedencia liminar de la demanda conforme al artículo 5º.1 del Código Procesal Constitucional, ya que el petitorio de la demanda no forma parte del contenido constitucional directo ni indirecto del derecho que se invoca como afectado. La Sala Superior revisora confirma la apelada en atención a que no se ha agotado la vía previa ni existir legitimidad para obrar del demandante, así como considerar que el proceso de amparo no es idóneo para atender el pedido del recurrente.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.
4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada mas y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último parágrafo precisa ciertamente que "si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto". Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente.
7. No está de más recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último parágrafo al decir: "La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes". Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurri-

do o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que ameriten en proceso constitucional un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho, se podría ingresar al fondo del asunto.

9. En el presente caso encuentro que llega a esta sede una demanda de amparo que denuncia la afectación al derecho a la libertad religiosa con actos que son vistos como "cotidianos", situación que es una pretensión *sui generis* no desarrollada por este Tribunal. Es así que la casuística siempre brinda a los Tribunales en general la ocasión para desarrollar y ampliar ámbitos que pueden encontrarse sin normativa correspondiente o sin desarrollo jurisprudencial pertinente que permita la resolución de casos posteriores. Este Colegiado con la pretensión traída a esta sede se encuentra en este segundo supuesto ya que anteriormente no hemos emitido pronunciamiento alguno analizando si el hecho de la colocación de símbolos representativos de la religión católica afecta el derecho a la libertad religiosa de las otras confesiones. Por ende consideramos pertinente, a raíz de este caso *sui generis,* ingresar por excepción al fondo de la controversia a fin de evaluar si el acto descrito constituye una afectación al derecho a la libertad religiosa de la persona humana.
10. Realizada la explicación respectiva debemos señalar que la Constitución del Estado señala en su artículo 2º.2 que toda persona tiene derecho: "*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*." Dicho mandato constitucional tiene capital importancia puesto que impone al Estado el respeto y protección del derecho a la libertad religiosa así como el deber de brindar un tratamiento en igualdad a las distintas religiones que puedan existir en el Estado, negándose por ello cualquier acto discriminatorio que pudiese existir contra alguna religión en particular. Asimismo el artículo 2º.3 expresa que toda persona tiene derecho "*A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.*" En este sentido se evidencia que lo que se protege a través de dicho mandato constitucional es el derecho de toda persona humana de desenvolverse y autodeterminarse conforme a sus convicciones y creencias religiosas, es decir a desenvolver su vida conforme a los dogmas establecidos por la religión que profesa. Este concepto se amplía a todas sus manifestaciones individuales o colectivas, tanto pública como privada, teniendo plena libertad para transmitir lo referente a dicha religión así como a auto-determinar el control y forma de su ejercicio sin perjudicar a ningún otro miembro de la sociedad.
11. Es así que este Colegiado ha expresado en la STC Nº 0256-2003-HC/TC que *"[l]a 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*".
12. Por lo expresado queda claro entonces que el derecho a la libertad religiosa representa un ámbito en el que el Estado no puede interferir para imponer u obligar a profesar determinada religión y mucho menos imponer ir en contra de sus convicciones (principio de inmunidad de coacción).
13. Advertimos entonces que la figura del Estado Laico establecido en el artículo 50º de la Constitución del Estado es consecuencia del principio-derecho igualdad, en consonancia con el derecho a la libertad religiosa, erigiendo el Estado como aquel ente impedido no solo de tener alguna injerencia ilegitima en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sino también de imponer u obligar el profesar determinada religión con todo lo que ello implique. En conclusión el Estado en este tema es neutral, es decir no tiene adhesión alguna a un credo religioso determinado.
14. No obstante lo señalado, ello no es incompatible con el reconocimiento del Estado respecto a la vital importancia de la religión católica puesto que forma parte integrante del proceso de formación histórica, cultural y moral. Es por ende que debe señalarse que si bien a lo que apunta un Estado Laico es a no discriminar otras religiones diferentes a la religión católica, también debe resaltarse que la idea no es negar ni rechazar la importancia capital en nuestra historia de la religión católica.
15. Considero acertado lo expresado en el proyecto en mayoría en cuanto expresa que no se puede considerar como una afectación al derecho a la libertad religiosa de una persona por el hecho de exhibir algunos símbolos representativos de la religión católica, considerando –realizado el análi-

sis– que dentro del marco constitucional la presencia de símbolos religiosos, como el crucifijo y la Biblia, en los despachos y tribunales del Poder Judicial, expresan un arraigo histórico de la religión católica en nuestra sociedad, lo que ha trascendido hasta el ámbito público, por lo que no puede imputarse al Estado como Confesional por solo hecho de considerar determinados símbolos de la religión católica como emblemáticos y resaltantes de la propia historia. Es así que la presencia de dichos símbolos no implica una injerencia ilegitima en el ámbito intimo del derecho a la libertad religiosa, motivo por el que concuerdo con lo expresado en la sentencia en mayoría respecto a este extremo, debiéndose por ende desestimar la demanda.

16. Asimismo concuerdo con la ponencia en mayoría respecto al extremo referido a que en los interrogatorios –del proceso penal– se pregunte sobre la práctica religiosa del compareciente, puesto que dicho cuestionamiento no tiene relevancia en el proceso a efectos de arribar a la verdad que se busca, constituyendo más bien dicha pregunta una impertinencia que no coadyuva con el objeto del proceso penal, afectándose así de manera ilegitima el derecho de toda persona de mantener en reserva sus convicciones religiosas, conforme lo señala el artículo 2º.18 de la Constitución Política del Estado que establece: "*A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.*"
17. En tal sentido corresponde estimar la demanda en este extremo, conforme lo ha hecho la resolución en mayoría.

Por lo expuesto el primer extremo de la demanda debe ser declarado **INFUNDADO** y el segundo extremo declarado **FUNDADO.**

SR.

VERGARA GOTELLI

3
STC 3372-2011-PA/TC, caso *Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de marzo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas contra la resolución expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 43, su fecha 6 de abril de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de agosto de 2010, el recurrente interpone proceso de amparo contra el Presidente del Consejo de Ministros, don Javier Velásquez Quesquén; el Presidente del Congreso de la República, don César Zumaeta Flores; y otros; a efectos de que cese la amenaza de violación de su derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 2º, inciso 3, de la Constitución, y, en consecuencia, se ordene a la Presidencia del Consejo de Ministros que retire el Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE, presentado por el Poder Ejecutivo, con el cual se pretende declarar al Señor de los Milagros como Patrono del Perú, símbolo que el recurrente considera perteneciente a la Iglesia católica. Asimismo, solicita que se ordene al Congreso de la República que se abstenga de realizar todo acto orientado a la aprobación de dicho Proyecto, debiendo archivarlo.

Señala el recurrente que profesa la fe cristiana evangélica y, a su juicio, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo contraviene el texto constitucional conforme al cual el Estado peruano no es un Estado confesional y existe una separación entre las confesiones religiosas y el Estado. El recurrente compara este Proyecto de Ley con un intento en 1923, durante el gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, de consagrar el Perú al Sagrado Corazón de Jesús por iniciativa del arzobispo de Lima Emilio Lisson.

Con fecha 25 de agosto de 2010, el Sexto Juzgado Especializado Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, declaró de plano improcedente la demanda, por *"no haberse acreditado"* (sic) la violación del derecho de libertad religiosa y por dirigirse contra un proyecto de ley. A su turno, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad confirma la apelada, argumentando que el cuestionado Proyecto de Ley Nº 4022/2010-PE se ha convertido en la Ley Nº 29602 con un texto normativo distinto al propuesto en el Proyecto, por lo que ya no es posible debatir ni emitir pronunciamiento sobre la eventual amenaza de los derechos constitucionales invocados en la demanda, habiendo operado la sustracción de la materia, siendo de aplicación, *a contrario sensu*, el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, por lo que se declara improcedente la demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por pretensión que se ordene a la Presidencia del Consejo de Ministros que retire el Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE por el cual se pretende declarar al Señor de los Milagros como Patrono del Perú, y, asimismo, se ordene al Congreso de la República que se abstenga de realizar todo acto orientado a la aprobación de dicho Proyecto, que señala lo siguiente:

> ***Proyecto de Ley Nº 4022/2010-PE***
>
> ***Ley que declara al "Señor de los Milagros" como Patrono del Perú***
>
> ***Artículo 1º.-*** *Declárese al "Señor de los Milagros" como Patrono del Perú.*
>
> ***Artículo 2º.-*** *Derógnese toda norma que se oponga a lo dispuesto por la presente Ley.*

2. A juicio del recurrente, el referido Proyecto, al pretender que por ley se declare como patrono del Perú a un símbolo religioso católico, representaría una amenaza a su derecho de libertad religiosa.

Sobre la supuesta sustracción de la materia y la necesidad de un pronunciamiento de fondo

3. La recurrida fundamenta la improcedencia de la demanda en la supuesta sustracción de la materia, pues el Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE, contra el que se planteó la demanda de amparo, ahora se ha convertido en la Ley Nº 29602, la cual, a su juicio, es un texto normativo distinto al del Proyecto, lo que ya hace imposible debatir o emitir pronunciamiento sobre la eventual amenaza de los derechos constitucionales invocados en la demanda, por lo que ésta deviene en improcedente, aplicando, *a contrario sensu*, el artículo 1º del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, la recurrida no indica –en lo que constituye una omisión que este Tribunal considera grave– qué supuesto de los dos señalados en el citado artículo (cese de la agresión o irreparabilidad) determina la sustracción de la materia.
4. No comparte este Tribunal el criterio de la recurrida sobre la improcedencia de la demanda por el hecho de que ésta se haya planteado contra un proyecto de ley que durante el desarrollo del proceso de amparo se ha convertido en ley. Eventualmente una demanda de amparo contra un proyecto de ley que en su origen es improcedente por no existir amenaza cierta e inminente a derechos constitucionales (según reiterada jurisprudencia de este Tribunal: SSTC 4057-2004-AA/TC, fundamento 8; 3403-2005-PA/TC, fundamento 4; 3462-2006-PHC/TC, fundamento 3; 3486-2006-PHC/TC, fundamento 3; 7778-2006-PA/TC, fundamento 3; 10478-2006-PA/TC, fundamento 3), podría, una vez transformado dicho proyecto en ley, merecer un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, si es que las objeciones constitucionales formuladas por el demandante contra el proyecto de ley pueden sostenerse igualmente contra la ley finalmente aprobada, que podría constituir una vulneración a un derecho constitucional. Así lo ha entendido este Tribunal en la STC 165-95-AA/TC (fundamento 3).
5. Sin embargo, el análisis de si los cuestionamientos de constitucionalidad formulados por el recurrente contra el Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE se mantienen o no en la Ley Nº 29602, está ausente en el razonamiento de la resolución recurrida –circunstancia sobre la que este Tribunal no puede menos que llamar la atención–, que se limita a declarar la improcedencia de la demanda por el solo hecho de que el proyecto de ley reclamado ha devenido en una ley que tiene *"un texto normativo distinto al propuesto en el Proyecto"*, sin demostrar efectivamente esa diferencia y su incidencia sobre los argumentos del recurrente.

6. A juicio de este Tribunal, comparado el Proyecto de Ley Nº 4022/2010-PE, materia del amparo de autos, con la Ley Nº 29602, puede afirmarse que la imputación de inconstitucionalidad formulada por el recurrente se mantiene. En efecto, a pesar de que dicha Ley no declara al Señor de los Milagros Patrono del Perú, sino declara, en su artículo 1º, al *"Señor de los Milagros Patrono de la Espiritualidad Religiosa Católica del Perú"*, este mismo artículo seguidamente y sin hacer ya referencia a una confesión religiosa específica, lo declara también, de modo general, *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"* (subrayado nuestro), se entiende que del pueblo del Perú, por tratarse de una ley del Congreso de la República, que no especifica un ámbito de aplicación concreto.
7. En opinión de este Tribunal, de la demanda se desprende que lo que el recurrente considera lesivo es que por ley se declare como signo de identidad de toda la Nación (sea como *Patrono* en el Proyecto de Ley, o como *símbolo* en la Ley) a un símbolo religioso católico, a pesar de la laicidad del Estado y de quienes, como él, no profesan la religión católica.
8. Por ello, este Tribunal considera que el cuestionamiento de constitucionalidad realizado por el recurrente puede mantenerse y su dilucidación resulta de la mayor importancia de cara a la protección de los derechos humanos, por su compromiso con un derecho fundamental como el de libertad religiosa.
9. Aun cuando frente al rechazo liminar del que ha sido objeto la demanda de autos podría optarse por la recomposición total del proceso, este Tribunal estima que ello se hace innecesario, ya que a la luz de lo que aparece objetivamente en el expediente resulta perfectamente posible dilucidar la controversia planteada.
10. Por otra parte, la decisión de pronunciarse de inmediato sobre la materia controvertida, no supone colocar en estado de indefensión a quienes aparecen como demandados en la presente causa, habida cuenta que, conforme se aprecia de fojas 31 a 34, los demandados fueron notificados con el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declaró la improcedencia de la demanda, lo que significa que conocieron de ésta y bien pudieron en su momento argumentar lo que consideraran pertinente a su defensa.

Declaración estatal de símbolos o patronos religiosos, libertad religiosa y laicidad del Estado

11. El derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra reconocido en nuestra Constitución, en primer término, en su artículo 2º, inciso 2, donde se consagra el derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa *("Nadie puede ser discriminado por motivo de […] religión"*). Pero es especialmente en su artículo 2º, inciso 3, donde se reconoce la libertad religiosa *"en forma individual o asociada"* y en su dimensión subjetiva, que, a su vez, tiene una doble dimensión: interna y externa.
    En su dimensión subjetiva interna, según hemos dicho, la libertad religiosa *"supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10). En su dimensión subjetiva externa, la libertad religiosa involucra la libertad para *"la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10), siempre que no se *"ofenda la moral ni altere el orden público"* (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución); lo que genera el principio de *inmunidad de coacción* según el cual *"ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones"* (STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19).
12. La Constitución también reconoce una dimensión negativa de la libertad religiosa en cuanto derecho subjetivo, contenida en el artículo 2º, inciso 18, de la Constitución, conforme al cual toda persona tiene derecho *"a mantener reserva sobre sus convicciones (…) religiosas"*.
13. De otro lado, el derecho de libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, contenida en el artículo 50º de la Constitución, que determina, por un lado, el principio de laicidad del Estado y, de otro, el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas. Ya ha dicho este Tribunal que *"la Constitución, junto con el principio de laicidad del Estado, considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el principio de colaboración entre*

el Estado y las confesiones religiosas" (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 29). Y también ha destacado este Tribunal: *"el término "colaboración" que emplea la Constitución indica que nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos"* (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 31).

14. Luego de recordar, resumidamente, la doctrina de este Supremo Intérprete de la Constitución sobre el derecho fundamental de libertad religiosa, corresponde, a partir de ello, analizar si una ley que declara al Señor de los Milagros (de origen religioso católico) como *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"* afecta o no el derecho de libertad religiosa en su dimensión subjetiva y objetiva.
15. En lo que respecta a la dimensión objetiva, indudablemente por el principio de laicidad el *"Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 25).
16. Al mismo tiempo, este Tribunal no puede desconocer que las entidades o instituciones adoptan signos de identidad con un carácter integrador entre sus miembros y por la necesidad de su reconocimiento o individualización por parte de terceros. Así, además de la denominación (elemento distintivo por excelencia), hay casos en que se dota a dichos colectivos de escudos, banderas, lemas, himnos, conmemoraciones y otros signos de identidad entre los que en ocasiones pueden encontrarse símbolos que en su origen son de carácter religioso cristiano.
17. La adopción de tales signos de identidad puede responder a diversos factores. Cuando se trata de un Estado donde se presenta una religión mayoritaria, que puede haber influido en su historia y cultura, pueden encontrarse que no pocos de sus elementos de identidad tienen un origen religioso. En el caso del Estado peruano, esta influencia viene reconocida constitucionalmente, cuando el artículo 50º de la Constitución reconoce a la Iglesia católica *"como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú"*. Así se explica que diversos signos de identidad del Estado, como escudos o nombres de municipios o instituciones públicas, así como conmemoraciones o actuaciones institucionales (por ejemplo, la tradicional Misa y TeDeum por el aniversario de la independencia nacional) se encuentren vinculados a la religión católica o resulte reconocible su origen religioso cristiano, como lo que acontece también con nuestro himno nacional (*"[…]antes niegue sus luces el sol, que faltemos al voto solemne que la patria al Eterno elevó"* [coro]; *"[…] renovemos el gran juramento que rendimos al Dios de Jacob"* [estrofa VI]) (cfr. también la relación hecha en la STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 39 a 42).
18. Y es que, como ya ha destacado este Tribunal, *"no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50.° de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración"* (STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 23). Ha resaltado también este Tribunal que *"la influencia de la Iglesia católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú se manifiesta en elementos presentes históricamente en diversos ámbitos públicos, pudiendo afirmarse que, más allá del carácter religioso de su origen, dichos elementos revisten actualmente un carácter histórico y cultural"* (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 37).
19. Coherente con ello, este Tribunal ha afirmado que *"ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país"* (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 48). Y es que este Supremo Intérprete de la Constitución tiene claro que *"la laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú*" (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 49).
20. Coincidimos por ello con el Tribunal Constitucional español cuando afirma: *"es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la*

neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa" (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4). Y hay que tener presente también que, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. sentencia *Lautsi contra Italia* del 18 de marzo de 2011, fundamento 66) en criterio que este Tribunal Constitucional comparte (cfr. STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 50), la sola percepción subjetiva de violación de un derecho no es suficiente para configurar tal vulneración.

21. Desde esta perspectiva, ya que el reclamo de autos versa sobre la declaración por ley del Señor de los Milagros como símbolo de religiosidad y sentimiento popular del Perú, corresponde analizar si éste, al ser de origen religioso, reviste actualmente un significado incompatible con el deber del Estado de respetar el principio laicidad que impone a los poderes públicos el artículo 50º de la Constitución, por dominar en él su significación religiosa en un grado que permita inferir una adhesión estatal a tal contenido religioso, o si su significado actual hace que presente más bien un carácter cultural, que responde a una tradición social que en modo alguno compromete la laicidad del Estado; como lo entendió la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Marsh vs. Chambers* (463 U.S. 783 [1983]), al considerar conforme con la Constitución norteamericana (Primera Enmienda, sobre libertad religiosa) que en la apertura de las sesiones parlamentarias se diga una oración pública por un capellán remunerado con fondos estatales, por ser una práctica de más de 200 años sin interrupciones, que se ha convertido en parte del tejido social (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 48).
22. Conviene tener presente en este análisis que el Estado ha declarado anteriormente un patrono religioso. Es el caso del Decreto Supremo Nº 0027-89-IN, que declaró a Santa Rosa de Lima *"Patrona de la Policía Nacional del Perú"*.
23. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE, reclamado en el presente proceso de amparo y luego convertido en la Ley Nº 29602, se lee lo siguiente (de fojas 5 a 6):

> *"La procesión del Señor de los Milagros es una festividad religiosa profundamente arraigada en el perfil de la identidad de los peruanos, siendo considerada una de las más multitudinarias de todo el orbe, tanto por el inmenso mar humano que alberga como por la sublimidad y grandiosidad espiritual que trae consigo esta mística expresión de fe católica del pueblo limeño.*
>
> (…)
>
> *En 1671, más de un centenar de personas se reunían para alabar con sus cantos y fiestas al muro donde yacía la imagen del Señor de los Milagros* (…).
>
> *En el mes de octubre de 1687 un maremoto arrasó con el Callao y parte de Lima derribando la capilla edificada en honor del Santo Cristo, sólo quedando en pie la pared de la imagen. Ante aquel acontecimiento decidieron confeccionar una copia al óleo de la imagen y que, por primera vez, saliera en procesión en andas por las calles (…).*
>
> *En 1746, la imagen recorrió las calles limeñas, por segunda vez. Poco después un grupo de personas se fue sumando y desde entonces aumentó la fe del pueblo en la milagrosa imagen del Cristo de Pachacamilla, que ha ido creciendo hasta convertirla en una de las manifestaciones de religiosidad popular más grandes de Latinoamérica.*
>
> (…)
>
> *"* (…) *el Instituto Nacional de Cultura – INC, mediante Resolución Directoral Nacional Nº 1454/INC, de fecha 27 de octubre de 2005, declaró como Patrimonio Cultural de la Nación a la "Festividad del Señor de los Milagros" que se celebra en la ciudad de Lima en el mes de octubre de cada año, dada la trascendencia de dicha festividad, su importancia a nivel nacional e internacional, pues además de ser una expresión pura de fervencia religiosa, es una de las muestras más grandes de fe religiosa y atracción turística".*

24. Precisamente, la mencionada Resolución Directoral Nacional Nº 1454/INC del Instituto Nacional de Cultura, sustentó la declaración de la *"Festividad del Señor de los Milagros"* como Patrimonio Cultural de la Nación, en los siguientes argumentos:

"A lo largo de más de trescientos años se ha venido desarrollando un culto que reúne distintos elementos que son expresiones de una fe y religiosidad popular y que a partir de este culto, al "Señor de los Milagros", se ha ido creando una festividad que tiene como centro la procesión, acto religioso que es actualmente casi un peregrinaje y una de las manifestaciones religiosas más importantes en América Latina y, en su género, una de las expresiones de multitudes más importante del mundo.

Alrededor de la fiesta religiosa católica, la fiesta popular se expresa en la música de claras raíces negras y mestizo-criollas, en el consumo de productos gastronómicos característicos y otras especialidades, como la cerería y la imaginería, que se agregan a la manifestación de misticismo religioso. Igualmente, como en otras ferias y festividades que ligan lo religioso y lo festivo popular, las corridas de toros de la "Feria del Señor de los Milagros" o la "Feria de Octubre" se han venido haciendo parte de la tradición.

Por estas características la Festividad del Señor de los Milagros, a través de un muy largo proceso, expresa la integración de diversas tradiciones culturales (afro-peruana, andina e hispano-criolla), en torno a la veneración de la imagen del "Cristo morado" y en torno a una fiesta popular que se ha convertido en parte de la tradicionalidad en el país. Se trata de una manifestación cultural de religiosidad y fiesta que tiene significados muy importantes en el imaginario y la vida de grandes sectores de la población dentro del espacio urbano, popular y criollo principalmente limeño; por lo que constituye parte de nuestro Patrimonio Cultural y como tal debe ser declarado".

25. Refiere al respecto el historiador José Antonio del Busto que a partir del siglo XVII *"el culto al Señor de los Milagros se difundió entre todos los grupos sociales del virreinato peruano. Durante el gobierno del virrey Manuel Amat y Juniet se reconstruyó el santuario y monasterio de las Nazarenas, en Lima, destruido por el terremoto de 1746. Allí descansa hoy la imagen del Cristo Morado –llamado también así a raíz del color de los hábitos que usan sus fieles–, que cada octubre congrega a millones de seguidores en las procesiones que recorren diversos distritos y barrios de Lima y Callao"* (*Breve historia de los negros en el Perú*, Lima, El Comercio, 2011, p. 115).
26. Este Tribunal ha tenido también oportunidad de referirse a la devoción al Señor de los Milagros, destacando que *"congrega anualmente multitudinarias procesiones por las calles de distintas ciudades del Perú, e incluso en otros países por iniciativa de peruanos presentes en ellos"* (STC 06111-2009-PA/TC, fundamento 40).
27. Por todo ello, a juicio de este Tribunal, la secular tradición del Señor de los Milagros constituye actualmente una expresión cultural, que se encuentra enraizada en la sociedad peruana. Una prueba de esto es que su festividad haya sido declarada por el Instituto Nacional de Cultura como Patrimonio Cultural de la Nación, mediante Resolución Directoral Nacional Nº 1454/INC, del 27 de octubre de 2005, que venimos de citar. Por tanto, que se declare por ley al Señor de los Milagros como *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"* del Perú no representa una transgresión al principio de laicidad del Estado contenido en el artículo 50º de la Constitución.
28. Similar razonamiento ha llevado al Tribunal Constitucional español, en Sentencia 34/2011, del 28 de marzo de 2011, a considerar que no contraviene la laicidad del Estado el hecho de que en los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla se disponga que éste *"por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada"*. Luego de concluir que los colegios profesionales (corporaciones de derecho público) han de ser, como todas las instituciones públicas, ideológicamente neutrales (cfr. STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4), el mencionado Tribunal afirma que *"cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad"* (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4).
29. Por supuesto, y en forma semejante a como ya dijo este Tribunal en un caso donde se invocaba el mismo derecho fundamental que en autos (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 55), así como concluimos que resulta compatible con el principio de laicidad del Estado que una ley –que es *"producto del ejercicio de una función representativa, (…) (que) se fundan en la voluntad política de las mayorías y su legitimidad descansa en su relación con la representación del cuerpo electoral"* (STC 00005-2011-PI/TC, funda-

mento 9)– declare al Señor de los Milagros como símbolo de religiosidad y sentimiento popular del Perú, será igualmente compatible con la Constitución una ley que derogue tal declaración. Es decir, no resulta inconstitucional la ley que declara símbolo de religiosidad y sentimiento popular al Señor de los Milagros, pero ello no impide que el legislador, con la misma legitimidad democrática con la que aprobó dicha ley, pueda derogarla.

30. Por último, la declaración del Señor de los Milagros como *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"* del Perú que hace la ley bajo análisis tampoco puede compararse con el intento de consagrar el Perú al Sagrado Corazón de Jesús en 1923. Conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia Española, *consagrar*, en su acepción pertinente, es *"dedicar, ofrecer a Dios por culto o voto una persona o cosa"*, con lo cual es claro el contenido o significado religioso de la *consagración*, que, aunque podría encontrar alguna explicación en el carácter confesional del Estado conforme a la Constitución de 1920 (cfr. artículo 5º), no puede tener cabida en el contexto de un Estado laico o aconfesional como el diseñado en la vigente Constitución de 1993 (cfr. artículo 50º). Por el contrario, la Ley N° 29602 no "consagra" al Perú –no lo dedicaba u ofrecía a Dios–, lo cual estaría reñido con el principio de laicidad, sino que declara al Señor de los Milagros como *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"*, con un significado que, a partir de lo expuesto en los fundamentos precedentes, puede considerarse que responde a una tradición secular que, aunque en su origen religiosa, tiene hoy en día una evidente importancia cultural, sociológica e histórica, por lo que es compatible con el principio de laicidad del Estado del artículo 50º de la Constitución.
31. Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye que no hay amenaza ni mucho menos violación de la libertad religiosa del recurrente en su dimensión objetiva (artículo 50º de la Constitución).
32. En lo que respecta a la dimensión subjetiva de la libertad religiosa (artículo 2º, incisos 3, de la Constitución), el recurrente indica que profesa la fe cristiana evangélica. Sin embargo, este Tribunal Constitucional considera que la declaración del Señor de los Milagros como *"símbolo de religiosidad y sentimiento popular"* del Perú que hace la Ley Nº 29602, en nada perturba la capacidad del recurrente de autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, ni le obliga a actuar contra sus creencias religiosas, ni le impide la práctica de su religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión. Es decir, siguiendo lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido como el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa, este Tribunal no considera que la Ley Nº 29602 impida al recurrente conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o sus creencias (cfr. Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* [Olmedo Bustos y otros] *vs.* Chile, del 5 de febrero de 2001, Nº 79).

    Debe tenerse en cuenta, además, que el amparo procede contra la violación o amenaza de derechos constitucionales (en este último caso, siempre que sea de cierta e inminente realización; cfr. artículo 2º del Código Procesal Constitucional), no contra *"perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva"*, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal (cfr. STC 0091-2004-AA/TC, fundamento 8; STC 2593-2003-AA/TC, fundamento 3).
33. Un escenario distinto se presentaría si de la declaración del Señor de los Milagros como símbolo de religiosidad y sentimiento popular por la Ley Nº 29602 (o como Patrono del Perú, según la demanda de autos, que se basa en el Proyecto de Ley Nº 4022/2009-PE) se seguiría la obligación del recurrente de, por ejemplo, participar en actos de culto al Señor de los Milagros en contra de su voluntad y de sus convicciones. Tal supuesto de coacción –que ni tan siquiera ha sido mencionado por el recurrente–, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa y representaría un incumplimiento del deber de laicidad del Estado, lo que sin embargo no sucede ni se configura por la sola declaratoria que hace la Ley Nº 29602 (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 45). A propósito de esto, conviene aquí recordar que este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido de que si bien puede ser legítima la organización en una entidad o institución estatal de determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, por ejemplo), ello no significa que pueda obligarse a las personas a participar en esas celebraciones o no se garantice su libertad para decidir si desean o no tomar parte en tales actos (cfr. 5680-2009-PA/TC, fundamento 28).

34. En consecuencia, al no haberse acreditado ni la amenaza ni menos aún la violación de las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho fundamental de libertad religiosa del recurrente, la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.
SS.
URVIOLA HANI
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Emito el siguiente voto singular por las siguientes razones:

El artículo 50º de la Constitución reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. A reglón seguido, consagra el respeto de otras confesiones y la posibilidad de establecer formas de colaboración. Palabras más palabras menos, la Ley Fundamental establece el carácter laico del Estado.

El problema religioso y su relación con el Estado puede asumir tres formas: 1) lo sacro; 2) lo secular, y 3) lo laico.

El Estado sacro responde a las organizaciones estatales de la edad media donde el llamado "poder temporal" está al servicio del "poder espiritual"; en otras palabras el Estado era un instrumento al servicio de la fe.

El Estado secular por otra parte busca conciliar religión con política. En términos de intensidad implica también que el Estado es un instrumento al servicio del poder espiritual pero en un menor grado. Se hace cargo de lo religioso y admite la presencia de este en forma institucionalizada a través de una iglesia. En otras palabras, las relaciones del hombre con un ser supremo forman parte de los asuntos políticos.

Para Germán Bidart el Estado laico en cambio "elimina el problema espiritual del terreno político, para adoptar, al menos teóricamente una postura diferente y agnóstica que se da en llamar neutralidad".

La sacralidad es un hecho del pasado porque implica que el bien común temporal y el bien común religioso coinciden. La *civitas política* entendía como su función principal lograr el bienestar general que no era otro que el bienestar religioso de la sociedad. En el Estado actual el bien común son los derechos humanos que suponen entre otras cosas la libertad de creencias incluidos el ateísmo y el agnosticismo.

La secularidad en cambio significa que el Estado se interesa por ciertos aspectos del acontecer religioso. El Estado secular es aquel en el cual predomina una mayoría religiosa de forma gravitante y a la cual el Estado le brinda una cierta preponderancia que sin anular la libertad de creencias, le da a lo religioso una importancia mayor pero sin llegar a convertir a una religión en una creencia oficial del Estado.

Lo laico en cambio significa neutralidad absoluta. Al Estado no le interesa lo religioso ni tiene por qué dar muestras o llevar a cabo exteriorizaciones normativas que impliquen un interés o una preferencia por un fenómeno religioso en lo particular.

En distintas oportunidades este Tribunal Constitucional ha señalado el carácter laico del Perú y en virtud de esa cualidad acepta la tolerancia religiosa y prohíbe acciones, ya sean privadas o públicas, que

impidan a cualquier persona la libertad de conciencia y de creencias. En otras palabras lo religioso implica un tema personal donde el Estado no interviene en lo absoluto ni positiva ni negativamente. No promociona, no alienta, tampoco prohíbe ningún tipo de creencia salvo aquellas que estén reñidas con la paz o la seguridad (carácter limitado de los derechos fundamentales). Se trataría pues de una libertad negativa en virtud de la cual la labor del Estado se circunscribe "a un no hacer". De ahí que desde nuestro punto de vista la ley dictada por el Congreso de la República es inconstitucional en la medida que significa una manifestación del poder político que convierte a un símbolo de la iglesia católica –Señor de los Milagros- en un conductor de todos los peruanos. El Estado rompe así su neutralidad y pone en riesgo aun cuando de una manera muy remota y casi improbable el principio constitucional de la tolerancia.

Importa aquí recordar el memorable poema de Bertolt Brecht:

Primero se llevaron a los judíos, pero como yo no era judío, no me importó.

Después se llevaron a los comunistas, pero como yo no era comunista, tampoco me importó.

Luego se llevaron a los obreros, pero como yo no era obrero tampoco me importó.

Más tarde se llevaron a los intelectuales, pero como yo no era intelectual, tampoco me importó.

Después siguieron con los curas, pero como yo no era cura, tampoco me importó.

Ahora vienen por mí, pero ya es demasiado tarde.

Análisis del caso en concreto

Sin embargo, soy de la opinión que la demanda debe ser declarada **IMPROCEDENTE** porque la Constitución prohíbe interponer una demanda de amparo contra leyes de naturaleza heteroaplicativa.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

4
STC 3283-2003-PA/TC, caso *"Taj Mahal Discoteque" y otra*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima a los 15 días del mes de junio de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por "Taj Mahal Discoteque" y otra contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 65, su fecha 9 de octubre de 2003, que declara fundada la excepción de caducidad y concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2003, "Taj Mahal Discoteque" representada por don Teodoro Camayo Quinte, y "El Jeque Discoteque", representada por doña Gloria Camayo de Ruiz, interponen acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, por amenaza de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Alegan que se configura tal amenaza con la emisión de la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM, del 29 de marzo de 2001, que impide fácticamente el funcionamiento de sus establecimientos comerciales durante la denominada Semana Santa, puesto que el artículo 1° de la citada norma prohíbe la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde la 00:00 horas del Viernes Santo hasta las 06:00 horas del Sábado Santo.

Asimismo sostienen que, conforme a lo establecido en su artículo 3.°, el incumplimiento de lo dispuesto motiva la imposición de sanciones equivalentes al 50% del costo de la Unidad Impositiva Tributaria.

A su juicio, la citada disposición impone la denominada "Ley seca" por razones religiosas en toda la ciudad de Huancayo, no obstante que el inciso 3) del artículo 2.° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de culto, pretendiéndose así anteponer los dogmas y costumbres de la Iglesia Católica sobre todas las personas, creyentes, o no. Manifiestan que, de igual manera, se restringe la libertad de trabajo y de empresa de quienes se ven obligados a acatar la ordenanza, por lo que dicho acto administrativo es, evidentemente, inconstitucional.

La Municipalidad Provincial de Huancayo contesta la demanda deduciendo la excepción de caducidad, y niega y contradice la demanda expresando que la Ley Orgánica de Municipalidades confiere a las entidades ediles competencia y atribuciones para adoptar las medidas que sean pertinentes para regular la función de los establecimientos comerciales, pudiendo incluso ordenar su clausura cuando contraríen las normas reglamentarias.

Sostiene que la Ordenanza cuestionada no restringe el derecho a la libertad de trabajo por cuanto dichos negocios deben operar de acuerdo con las normas que contiene la Ordenanza N.° 039-MPH-CM, dado que se trata de establecimientos inmersos en la actividad de giros especiales, y están sujetos a la forma de ofrecer sus servicios en los días feriados.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 4 de julio de 2003, declara fundada la excepción de caducidad, la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, estimando que la Ordenanza objetada fue expedida el 29 de marzo de 2001, mientras que la acción de amparo fue promovida con fecha 14 de abril de 2003.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es cuestionar la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM del 29 de marzo de 2001, aduciéndose que a través de ésta se amenaza los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.
2. A tenor de lo expuesto por las partes, este Colegiado considera que, para dilucidar la controversia, es necesario analizar las cuestiones siguientes:

   A. Las condiciones de procedibilidad de la demanda. Para tal efecto se planteará dicho tema desde la óptica de la procedencia o improcedencia de las acciones de garantía en términos latos a legislación procesal y la doctrina, así como las específicas aplicables a los procesos de garantías constitucionales y, por ende, correspondientes a la presente litis.
   B. La determinación de las competencias de los gobiernos municipales respecto a las empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones.
   C. El carácter vinculante, o no vinculante, de las costumbres religiosas en la determinación de la limitación de algunos derechos constitucionales.

A) Las condiciones de procedibilidad de la demanda

Legislación procesal constitucional aplicable a la presente litis

3. El artículo 6.º de la Ley N.° 23506 precisa las causales de improcedencia de las acciones de garantías. La *ratio juris* de dicho dispositivo, al igual que en el ámbito procesal civil, es limitar la utilización perniciosa de las acciones de garantía. La experiencia jurisdiccional ha demostrado que el uso indiscriminado e irrazonable de las acciones de garantía genera, de un lado, la depreciación de la majestad de la justicia constitucional; y, de otro, la cuasi "unificación insana" de toda la actividad procesal a través del iter establecido en la Ley N.° 23506.
4. A modo de introducción, es conveniente puntualizar que en muchas circunstancias la declaración de procedencia o improcedencia de una acción de garantía está sujeta al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional. En este contexto, cabe distinguir los siguientes:

   a) Actos pretéritos.
   Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado que sólo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, sea por una violación o amenaza de violación de los mismos, pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional.

   b) Actos presentes.
   Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se vienen realizando al momento de la interposición de una acción de garantía; y que seguirán subsistiendo hasta el momento de resolver en última instancia.

c) Actos de tracto sucesivo.
Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente.

d) Actos en expectativa.
Son aquellos que no se han realizado en su integridad pero que desde ya se convierten en una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional.

5. La finalidad de la interposición de las acciones de garantía consiste, tal y conforme lo describe el artículo 1.º de la Ley N.° 23506, en "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional". Por ende, no cabe autorizar jurisdiccionalmente el trámite de una acción de Hábeas Corpus o de Amparo cuando se acredita fehacientemente la cesación del acto violatorio de un derecho constitucional.
6. Ahora bien, la declaración o improcedencia de una acción de garantía está sujeta a las siguientes ocho hipótesis:

Primera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, no proceden las acciones de garantía "En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]". La acreditación de la cesación del acto violatorio se efectuará cuando objetiva e indubitablemente conste que una determinada conducta, que por acción u omisión violentaba un derecho constitucional, ha acabado, concluido o finalizado con anterioridad a la fecha de presentación de la acción de garantía correspondiente.

En ese orden de ideas, cabe consignar que los hechos que motivan una acción de garantía deben haber desaparecido o cesado *in totum*, habida cuenta que su mera suspensión o archivamiento provisional, no convierten en improcedente la acción de garantía incoada.

En el caso que la cesación del acto violatorio de un derecho constitucional se hubiese generado con posterioridad a la interposición de la acción de garantía, cuando se dicte sentencia se deberá declarar la sustracción de la materia; esto es, no habrá pronunciamiento sobre el fondo, debido a que sin directa intervención jurisdiccional las cosas han sido repuestas al estado anterior a la violación, otrora objeto de litis constitucional.

Respecto a la amenaza, se trata de actos que por acción expresa configuran una advertencia, intimidación, ultimátum o apercibimiento, o por omisión una dejación, inercia o pasividad funcional en la ejecución de actos de cumplimiento obligatorio, que de manera cierta e inminente se ciernen potencionalmente sobre los derechos constitucionales de una persona. Cuando dicha amenaza cesa antes de la interposición de la demanda, la acción de garantía presentada deberá también ser declarada improcedente.

Segunda hipótesis

De acuerdo con lo establecido por el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, no proceden las acciones de garantía "Contra resolución emanada de un procedimiento regular". Debe precisarse que por procedimiento se entiende al conjunto de reglas que determinan la organización judicial, la tramitación de las controversias y la ejecución de la decisión judicial. En suma, plantea el itinerario a seguir para alcanzar una determinación del órgano juzgador. En ese orden de ideas, el concepto de procedimiento regular se adscribe a lo prescrito en la ley para tramitar una causa judicial.

El procedimiento será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos.

La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.

En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela

judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, etc.

La irregularidad necesariamente tiene que ser de naturaleza procesal; no comporta un cuestionamiento del fondo del asunto.

Asimismo, el artículo 10.º de la Ley N.° 25398 preceptúa que "Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso al que se refiere el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen". Las anomalías hacen referencia a yerros e incoherencias procesales leves y no significantes que, por tales, no ponen en cuestión el debido proceso, entre las cuales se encuentran el retardo en la resolución de un proceso, o la notificación indebida, etc. Por ello es que en la propia vía se deben ejercitar las acciones impugnativas correspondientes que permitan subsanar los actos morosos por acción u omisión.

Amparo contra Amparo

Singular tratamiento tienen los procesos de garantías denominados "amparo contra amparo". Al respecto, en el caso Ministerio de Pesquería vs. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia (Exp. N.° 200-2002-AA/TC), este colegiado precisó que sólo es admisible la interposición de una acción de amparo contra una resolución expedida en otra acción de amparo cuando:

a) La violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente. En este caso la carga de la prueba se convierte en una necesaria obligación del actor, ya que deberá demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad que afirma.
b) En la acción de amparo que se cuestiona, se hubiesen agotado la totalidad de los recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional hiciese caso omiso de tales dispositivos, lo que se condice con lo dispuesto por el artículo 10.° de la Ley N.° 25398.
c) Sólo se ventilen aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo.
d) En el caso de sentencias constitucionales definitivas, éstas no tengan carácter favorable a la parte actora, de conformidad con lo establecido por el artículo 8.º de la Ley N.° 23506, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada.
e) Se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial, y no del Tribunal Constitucional, toda vez que es el intérprete supremo de la Constitución y se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o violados, por lo que resulta imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales.

Amparo contra ley

La Constitución Política de 1993, en su artículo 200°, inciso 2), prescribe que "La Acción de Amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular".

Esta prohibición constitucional debe interpretarse dentro de un todo constitucional, como lo sostiene Marcial Rubio Correa ["Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo 6", Perú, PUCP, 1999, págs. 70, 71], al precisar que "(...) Estas reglas, por demás ciertas, deben ser sin embargo armonizadas con la existencia de las normas autoaplicativas, porque en la esencia de ellas mismas está el ser hechos que, si mal concebidos desde el punto de vista constitucional, agravian derechos".

Al respecto, un amplio sector doctrinario considera que no es conveniente impedir el empleo del Amparo contra normas legales –Amparo Directo, según la denominación otorgada por la doctrina–,

pues existen normas legales de ejecución inmediata (conocidas como normas autoaplicativas), que no requieren de ningún acto adicional para ser aplicadas a casos concretos, ya que desde su vigencia lesionan derechos constitucionales. Como ejemplos de normas autoaplicativas tenemos a las normas que declaran nulidad de actos o las que expropian un determinado bien.

Esta postura ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Elva Bertila Herrera Mirabal vs. Ministerio del Interior (Exp. N.º 1152-97-AA/TC), precisando que "(...) no cabe invocar la causal de improcedencia prevista en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200.° de la Constitución Política del Estado, habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. De allí que para este último supuesto, (...) sí es viable interponer la acción constitucional correspondiente directamente contra la norma estimada como violatoria de derechos, a efectos de solicitar su inaplicabilidad, como se ha hecho en el presente caso".

La inaplicabilidad de la norma legal violatoria de derechos fundamentales está prevista en el artículo 3.º de la Ley N.º 23506, de Hábeas Corpus y Amparo; en el artículo 33.º de su complementaria, Ley N.º 25398; y en la segunda Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Tercera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 3) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, no proceden las acciones de garantía "Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Este dispositivo hace referencia a la denominada vía paralela; es decir, aquella vía que tópicamente satisface la defensa de un derecho constitucional y consigue la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional.

Germán Bidart Campos ["Régimen legal y jurisprudencial del amparo", Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 186-187], afirma que la vía paralela es todo aquel medio de defensa del que dispone el supuesto afectado con la violación de un derecho constitucional para articular ante una autoridad competente una pretensión jurídica al margen de la acción de amparo. De igual manera, Samuel Abad Yupanqui ["Acción de Amparo y vías paralelas", Cit. en "Lecturas sobre Temas Constitucionales N.° 4", 1990, Comisión Andina de Juristas, Lima, pág. 140] concibe como vías paralelas "(...) convergentes o concurrentes, a todo procedimiento judicial (ordinario, sumario, especial, etc) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional o amenazado".

La jurisprudencia del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales [Caso Gilberto Cueva Martín vs. Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Lima y Otros/1986; Caso Luis Gamio García vs. Banco de la Nación/1986] establece que el inciso 3) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, reconoce al supuesto afectado el derecho de opción para utilizar la vía judicial ordinaria o la vía constitucional del amparo; vale decir, subraya la recurrencia alternativa y no residual de la acción de amparo.

Así, cuando el supuesto afectado elige la vía ordinaria concurrente o paralela, cancela ineludiblemente la posibilidad de utilizar simultáneamente la acción de amparo; con ello se evita que existan sincrónicamente dos relaciones procesales con el mismo objeto, que se expidan resoluciones contradictorias o que se admitan potestades procesales atentatorias al principio de igualdad.

Como expone Abad Yupanqui en la lectura precitada, "(...) se niega la posibilidad de obtener pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del problema planteado, si es que el agraviado utilizó una vía judicial y esta se encuentra en trámite o si dicha vía ha concluido causando cosa juzgada".

La persona afectada por la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional podrá, en principio, escoger entre dos o más acciones judiciales para procurar el goce efectivo de su derecho conculcado. La adopción de una de ellas generará, *ipso facto,* la imposibilidad jurídica de ejecutar simultáneamente la otra.

Cuarta hipótesis

Según el inciso 4) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, no proceden las acciones de garantía "De las dependencias administrativas incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". Al respecto, cabe señalar que los derechos constitucionales se constituyen en la forma más efectiva para pro-

teger a la persona humana frente al ejercicio abusivo del poder, siendo evidente que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades, por su propia naturaleza, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad. Por ende, no les alcanza lo previsto en el numeral 24, inciso a) del artículo 2.º de nuestro Texto Fundamental, que expresamente dispone que: "Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

El mandato del inciso 4) de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, impide a las instituciones públicas descentralizadas, sociedades de beneficencia, empresas públicas y demás dependencias administrativas en general, la interposición de acciones de garantía contra los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y demás organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

Quinta hipótesis

A tenor del artículo 37.º de la Ley N.° 23506, no procede la interposición de la acción de amparo por prescripción extintiva de la acción. El referido artículo precisa que "El ejercicio de la Acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiera hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiere sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento". El Tribunal Constitucional, en vía de interpretación mutativa, considera la caducidad como una prescripción extintiva.

Así, en la acción de amparo de Eteselva S.R.L. vs. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Exp. N.° 1049-2003-AA/TC), estimó que "Teniendo en cuenta que por su propia naturaleza y que por que así lo establece la Primera Disposición General y Transitoria de la Ley N.° 26435, el Tribunal Constitucional realiza la interpretación de la Constitución y las leyes [...]. Por otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias –distintas del amparo- que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto [...] interpreta que el plazo indicado en el artículo 37.º de la Ley N.° 23506 no es un plazo de caducidad, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de la vía procesal urgente del amparo para su protección (...)"; y agrega que "(...) si el transcurso del plazo extinguiera el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Colegiado necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el *nomen iuris* utilizado por el legislador, el artículo 37.º de la Ley N.° 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo".

De otro lado, el artículo 26° de la Ley N.° 25398 estable que el plazo de prescripción extintiva se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

En caso que la afectación y la orden que la ampara se ejecuten simultáneamente, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados o de tracto sucesivo, el plazo se computará desde la última fecha en que se realizó la última agresión.

Sexta hipótesis

De conformidad con el inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.° 25398, no procede la acción de hábeas corpus "Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halla sometido a juicio por los hechos que originen la acción de garantía". La citada causal plantea dos posibilidades procesalmente sucesivas:

a) La primera se refiere a la instrucción abierta, que es la primera etapa del proceso penal, y que eventualmente permite recolectar la prueba de la realización de un acto ilícito y, por ello, autoriza al representante del Ministerio Público para decidir la formulación de acusación penal. Por ende, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictiva, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.
b) La segunda, en puridad, se refiere al juzgamiento, que es la segunda etapa del proceso penal, la cual tiene por objeto emitir una decisión exculpatoria o inculpatoria respecto a la acusación formulada por el representante del Ministerio Público.

En ambas circunstancias se declarará improcedente la acción de hábeas corpus, puesto que los hechos que los originan son los mismos.

Séptima hipótesis

Según el inciso b) del artículo 16.º de la Ley N.° 25398, no procede la acción de hábeas corpus "Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular". La detención, entendida como la privación de la libertad con carácter preventivo dentro del ámbito de un proceso judicial, debe ser dictada por juez dotado con poder jurisdiccional para conocer el caso del afectado, y dentro de un proceso en donde se encuentren garantizados el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la competencia del juez penal, se determina por razón del territorio, función (condicionada a la estructura jerárquica del Poder Judicial), conexión, naturaleza de la infracción penal y la función o cargo público que ocupe el imputado; y en cuanto al juez civil, se establece por razón de la materia, territorio, cuantía y función.

Como bien puntualiza Alberto Borea Odría ["Evolución de las Garantías Constitucionales", Lima, Grigley, 1996, pág. 208], "(...)en el caso de un procedimiento regular que está siendo tramitado por los jueces competentes, no procede la Acción de Hábeas Corpus, *(puesto)* que lo relativo a la libertad de la persona tiene que ser visto por el propio juez y dentro del mismo procedimiento en el que se está esclareciendo su situación jurídica (...)".

Octava hipótesis

Finalmente, el inciso c) del artículo 16° de la Ley N.° 23598 preceptúa que no procede la acción de hábeas corpus "En materia de liberación del detenido, cuando el recurrente sea prófugo de la justicia, o desertor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional o evasor de la conscripción militar, o militar en servicio arrestado por sus jefes o esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces".

Como corolario, es menester enfatizar que no existe impedimento para la interposición de una acción de hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.º del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N.os 23506 y 25398. La frase "o traición a la patria" que consigna el artículo 6.º de Decreto Ley N.º 25659, modificado por el artículo 2.º de la Ley N.º 26248, relativo a las acciones de hábeas corpus, fue declarada inconstitucional por este Colegiado en la sentencia recaída en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos vs. Estado (Exp. N.° 010-2002-AI/TC). Debido a ello, el citado artículo subsiste de la siguiente manera: "La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12.º de la Ley N.º 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)".

Similar situación se produce con lo originariamente establecido en el artículo 38° de la Ley N.° 23506, es decir, que "No proceden las acciones de Hábeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231° de la Constitución Política (hace referencia al texto de 1979)". Ello porque dicha norma fue derogada implícitamente por el artículo 200° de la Constitución de 1993, que expresamente establece que "El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución".

El caso de las condiciones de procedibilidad en la presente litis

7. Por lo expuesto precedentemente, debe desestimarse la excepción de caducidad prevista en el artículo 37° de la Ley N.° 23506, deducida por la emplazada, dado que lo que se cuestiona mediante el presente proceso es, *prima facie*, un estado de amenaza cierta, pues existe una norma jurídica que justifica los actos cuestionados, y además inminente, debido a que existe fecha determinada para la consolidación de tales actos. En el mismo sentido, si la demanda hubiese sido planteada mucho tiempo después de haberse aprobado la Ordenanza en referencia, no se cancelaría la posibilidad de objetarla mediante el amparo constitucional, teniendo en cuenta que lo que se cuestiona no es el contenido total de dicha norma, sino específicas restricciones condicionadas a determinados periodos de tiempo.

8. Asimismo, tampoco debe omitirse que si la norma respectiva establece las restricciones antedichas de una forma tal que las mismas se reiteran una vez por año o en cada oportunidad en que acaece la Semana Santa, se configura un contexto de amenazas o transgresiones de naturaleza sucesiva, frente a las cuales, y como ya lo ha señalado este Colegiado en jurisprudencia uniforme y reiterada, no cabe contabilizar término de prescripción alguno. Es evidente, entonces, que en el caso de autos se presenta una coexistencia de los denominados actos en expectativa y actos de tracto sucesivo, por lo que resulta inaplicable la causal de improcedencia establecida en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.° 23506, que dispone que no proceden las acciones de garantía "En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]", pues los hechos que motivan la presente acción de garantía no han desaparecido o cesado en su totalidad.
9. Tampoco cabe considerar que en el caso de autos se ha producido sustracción de materia, pues aunque la demanda fue interpuesta faltando pocos días para la concreción de la amenaza señalada, y su trámite prosiguió aún después de verificada ésta, debe volverse a reiterar que, en el presente caso, una situación semejante o prácticamente igual se vuelve a configurar por cada periodo anual, sin que pueda afirmarse que porque ya transcurrió una primera Semana Santa desde que las demandantes interpusieron el presente proceso, no pueda ello, en lo sucesivo, volverse a repetir en idénticas condiciones, tanto más si la norma materia de autos se encuentra vigente para todos sus efectos.

Amparo contra ordenanzas

10. Un segundo aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con el cuestionamiento directo de las demandantes a la Ordenanza emitida por la Municipalidad emplazada, norma que tiene rango de ley, según lo contempla la Constitución, y que establece además que contra ella procede la acción de inconstitucionalidad. Aunque sobre este aspecto se ha invocado el precepto constitucional según el cual no procede el amparo contra normas legales, este Tribunal considera pertinente precisar que en el caso de autos, y en tanto la Ordenanza cuestionada dispone restricciones y sanciones sobre todos aquellos que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata, en el supuesto examinado, de una norma de naturaleza autoaplicativa que, como tal, no requiere actos concretos de utilización, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de efectos jurídicos, que son los que precisamente se cuestionan mediante la presente demanda. Por consiguiente, tomando en consideración lo expuesto en el Fundamento N.º 6, s*upra,* por tratarse la ordenanza materia de controversia de una disposición autoaplicativa, no opera la prohibición de interponer demandas de amparo contra normas, razón por la cual debe desestimarse el argumento de la demandada referido a la inexistencia de este requisito de procedibilidad.
Verificadas las condiciones de procedibilidad de la presente acción, este Tribunal se encuentra en condiciones de resolver sobre el fondo del asunto controvertido.

B) La determinación de las competencias de los gobiernos municipales en relación a las empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones

11. Las Municipalidades son definidas como gobiernos locales que ejercen su competencia en la circunscripción de las provincias y distritos del Estado, y tienen una pluralidad de tareas, las cuales le son asignadas atendiendo a lo siguiente:

    a) Competencia por territorio.
    Según ésta, las municipalidades, sean provinciales, distritales o delegadas, cuando ejercen sus atribuciones normativas, administrativas o económicas, sólo deben referirse a las circunscripciones geográficas para las cuales han sido elegidas (esto se conoce como la Jurisdicción).

    b) Competencia por grado.
    Se refiere a que, sin perjuicio de su autonomía, entre las municipalidades provinciales, distritales y delegadas existen dos tipos de relaciones: de coordinación, para las labores conjuntas, y de sub-

ordinación de las segundas para con las primeras, en el sentido que deben someterse a la decisión final o a su autorización que según el caso emitan. Se establece, así, un criterio de jerarquía.

c) Competencia por materia.
Según la cual, los campos específicos en los cuales las municipalidades pueden actuar, se encuentran enumerados en la Ley Orgánica de Municipalidades.

12. En principio, es inobjetable que los gobiernos municipales gozan de determinadas competencias por la materia relacionadas a los establecimientos comerciales, sobre todo en lo vinculado a la autorización de funcionamiento y control de sus operaciones, de modo que se garantice el cumplimiento de las normas legales, el orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los ciudadanos, conforme lo estableció en su momento el inciso 7) del artículo 68.° de la Ley Orgánica de Municipalidades (vigente al momento de plantearse la presente controversia), concordante con los artículos 80.° y 83.° de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades (N.° 27972).
13. Dentro de dicho contexto, queda claro que la regulación y fiscalización de una determinada actividad comercial son actividades plenamente legítimas. Por ende, determinados derechos relacionados con dicha actividad pueden –relativamente– ser objeto de reglamentación.

C) El carácter vinculante o no vinculante de las costumbres religiosas

Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002, Pág. 280] expresa que es objetivamente claro "que la libertad para profesar cualquier creencia y, en especial, la de adherir a cualquier culto religioso o no adherir a ninguno es una derivación central del principio de autonomía de la persona".

14. En el mismo sentido, J. Hervada, expone que: ("Los eclesiasticistas ante un espectador". Pamplona. Eunsa, 1999, pág. 25) "la libertad es algo que el hombre ya tiene por naturaleza y que posee en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derecho natural". En esa perspectiva, una persona puede optar por establecer una relación con lo que estime un ser trascendente, divinidad o Dios. Por consiguiente, la libertad religiosa no es una aspiración a alcanzar, sino un atributo instalado en la voluntad de la persona humana.
15. La religión es el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas para ajustar la conducta individual. En esa orientación, Gregorio Badeni ["Instituciones de Derecho Constitucional". Buenos Aires. Ad hoc, 2000. Pág. 283] sostiene que se trata de "un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en una serie de convicciones de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias". Por su parte, Máximo Pacheco ["Teoría del derecho". Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976] manifiesta que es la potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia dentro de su entorno social.
16. Ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad, pues se trata de una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, ya que previamente parte del reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo, en la que no cabe interferencia o intromisión alguna por parte de terceros.
17. Entonces, la libertad religiosa se configura como una "zona reservada" y, por tal, prohibida a la injerencia del Estado o de la sociedad. Como enfatiza Isaiah Berlin ["Cuatro Ensayos sobre la libertad". Madrid. Alianza, 1998, pág. 220] se trata de una libertad negativa; vale decir que, respecto a ella, el Estado debe sólo limitarse a prohibir o restringir determinadas conductas (no convicciones) que atenten contra la libertad religiosa de los demás o el orden público y la moral social.
18. En dicho contexto, el reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes:

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.

19. El reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.
El principio de inmunidad de coacción consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o al agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones.
Javier Saldaña ["Libertad Religiosa y Pluralidad Religiosa". En Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, 2002, pág. 666] expone que, conforme a este principio "nadie debe ser objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección". El Estado no puede prohibir que las personas actúen o dejen de actuar de conformidad con sus creencias religiosas, mientras no perjudiquen ni ofendan a terceros, o quebranten el orden político o la moral social. Dicha consideración es, también, válida para los no creyentes.
La inmunidad de coacción implica que la conducta de las instituciones estatales debe estar predeterminada; tal cuestión ya había sido concebida por Thomas Jefferson en El Proyecto para la Libertad Religiosa (Estado de Virginia, 1786) en los siguientes términos: "Que el magistrado civil se inmiscuya con los poderes de la opinión, para restringir la profesión o propagación de principios, por una supuesta tendencia maligna, es una peligrosa falacia que destruye la verdadera libertad religiosa; y "que es tiempo para los propósitos correctos del gobierno civil y que sus funcionarios intervengan sólo cuando los principios se tornan en actos abiertos contra la paz y el buen orden".
El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.
20. La libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, pues se predica tanto de la persona en sí misma como de la pluralidad de ellas asociadas en una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. En este último caso se expresa en el derecho a establecer lugares de culto, a formar y nombrar operadores religiosos, a divulgar y propagar la fe de la asociación religiosa, etc.
21. La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a "su" divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario. En torno a ello, Gregorio Badeni ["Instituciones de Derecho Constitucional". Buenos Aires. Ad hoc, 2000, pág. 283] acota que, "(...) en la medida que genera relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, (el culto) puede ser

objeto de reglamentación legal, pero solamente en sentido negativo. La Ley no puede indicar cuál debe ser el contenido del culto, sino limitarse a describir los comportamientos vedados, con motivo de la práctica religiosa".

En ese orden de ideas, se sustenta el principio de no lesión de los derechos de terceros.

Dicha pauta basilar, que contiene un límite objetivo a la libertad de cultos, consiste en la proscripción de conductas perniciosas o de molestias efectuadas durante el ejercicio de un culto o práctica religiosa, que dañen o menoscaben los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a los no creyentes o creyentes de confesiones distintas.

Sobre tal cuestión, Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002, pág. 281] remarca que "(...) el daño a terceros no puede consistir en la molestia que ellos sufren al presenciar o conocer el ejercicio de cultos que no comparten a causa de sus propias actitudes de intolerancia respecto de tales cultos". El **daño** que proviene de que no se acepte la autonomía personal en los asuntos de conciencia, jamás podrá computarse a los efectos de la aplicación de este principio.

22. Dentro de un Estado aconfesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de "espacios" en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales.

    Al respecto, Robert Audi [Trad: La separación de la Iglesia y el Estado y las obligaciones de los ciudadanos. En: Filosofía y Asuntos Públicos. EEUU: 1989 Volumen 18 N3, págs. 259 y s.s.] sostiene que en esos Estados existe la denominada separación institucional, según la cual el cuerpo político no debe interferir en las cuestiones religiosas e, idénticamente, las Iglesias u otras instituciones de la misma naturaleza no deben interferir en cuestiones políticas.

    En el mismo rango de ideas, Jorge De Estelson y Pedro J. Gonzales Trevijano [Curso de Derecho Constitucional Español. Madrid: Rumograf, 1993 Tomo II, pág. 56] definen al Estado aconfesional como aquél "en donde no existe una religión oficial y que permite la existencia de varias, pero en el que se reconoce la especial colaboración del Estado con una de ellas, que es la preponderante".

    En dicha modalidad estadual queda asignada la atribución personal de alcanzar como finalidad sustancial, según las propias convicciones de conciencia –aceptando o negando la existencia de un Dios-, la plenitud espiritual incondicionada. Por ende, se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque éste puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de dicha sociedad política.

23. Otro aspecto a esclarecer tiene que ver con las implicancias de la religión católica en un Estado como el nuestro y su relación con el ejercicio de los diversos derechos fundamentales de las personas, sean éstas naturales o jurídicas. A este respecto, nuestra Constitución proclama la libertad de religión como un atributo esencial de toda persona (artículo 3°, inciso 2).

    La lectura sistémica de la Constitución no deja duda alguna de que el Estado disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales; es decir, que los aspectos vinculados con la fe trascendente y la moral están librados única y exclusivamente a la conciencia de cada persona.

    Empero, no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50.° de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración".

    Tal colaboración se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración,

el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado.

24. No obstante, el deber de colaboración estatal a favor de la Iglesia Católica como reconocimiento del importantísimo papel que tuvo en la formación histórica, cultural y moral del país, no supone que se permita la invasión a la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así no tendría sentido que la propia Constitución proclame una libertad que luego se esforzaría en neutralizar.
25. Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público.
26. Por ello, si algún organismo del Estado prohibiera a las personas que actúen según las exigencias derivadas de sus costumbres religiosas, estaría violentando el principio de inmunidad de coacción y, por ende, transgrediendo el derecho a la libertad de conciencia y de religión.
27. Bosquejado este marco conceptual, cabe sin embargo precisar que ni en la parte considerativa, ni en la parte resolutiva de la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM, expedida por la Municipalidad Provincial de Huancayo, se aprecia como fundamento de la prohibición del consumo de licor durante la denominada Semana Santa, la invocación o justificación de las costumbres religiosas del lugar. Por el contrario, la *ratio juris* de dicha disposición se sustenta en la defensa del orden público.
28. El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.
29. En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.
30. Por tales razones, este Colegiado estima que la Ordenanza cuestionada tiene como finalidad contribuir a que las celebraciones de la Semana Santa –que involucra a cientos de miles de fieles, y en donde se conjuga la costumbre religiosa y el fervor popular– se lleven a cabo en armonía con el deseado orden material. De allí que la prohibición de consumo de alcohol en esa particular circunstancia obtenga justificación jurídica. Al respecto, no debe olvidarse que acontecimientos con numerosa participación ciudadana (tales los casos de los censos nacionales, la celebración de comicios electorales, etc.), pueden ser objeto de perturbaciones en su desarrollo cuando, como consecuencia de la acción individual o grupal de personas con signos de intoxicación alcohólica, se pudieran generar actos de violencia callejera, desasosiego social, y cuyas consecuencias atenten contra la vida o la integridad física de los participantes en dichos actos.
31. En el texto mismo de la Ordenanza Municipal N.° 039-MPH-CM , se constata que la *ratio juris* de la prohibición de la venta y consumo de bebidas alcohólicas en los bares, videopubs, discotecas, clubes nocturnos y similares durante la Semana Santa no se sustenta en consideraciones de carácter religioso, sino en la defensa del orden público. Ello se evidencia del contenido del artículo 2.º de la norma, que dispone "Ratificar con carácter de riguroso el cumplimiento de la Ordenanza Municipal N° 002-96-MPH-CM; respecto a la prohibición de consumo de licor en los parques, plazas y vías de la ciudad". Asimismo, se corrobora cuando se establece en el artículo 5.º "Encargar a la Dirección General de Comercialización y Ferias para que con el Apoyo de la Dirección General de Participación Vecinal y Seguridad Ciudadana tener las acciones necesarias para el cabal cumplimiento de la presente(...)".

32. En consecuencia, la referida prohibición tiene como elemento justificante la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana durante la celebración de un culto religioso que moviliza por las calles a miles de personas, ya que ha tenido en cuenta, como ya se expresó anteriormente, que la religión católica es mayoritariamente profesada en nuestro país. En suma, el interés público subyacente guarda relación con el mantenimiento del orden público, mas no con una exigencia de conducta impuesta por una determinada confesión religiosa.
33. Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como "algo" necesario, valioso e importante para la coexistencia social.
    En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares.
    En el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado. Elizabeth Salmón [Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos. En Ensayos de interés público. Gorki Gonzales editor. Lima: PUCP, 2002, págs. 81-82] sostiene que el papel del Estado consiste en reconocer la coincidencia de opinión de los ciudadanos en relación a "algo" considerado como necesario e importante; y en ese contexto crear los instrumentos eficaces de protección e instaurar las acciones que viabilicen la defensa de dicho interés público.
    A lo expuesto habría que agregar que el papel del Estado no absorbe la actividad de la sociedad civil en la defensa y promoción del interés público, ni tampoco se limita a la regulación normativa, sino que se orienta a las responsabilidades de ejecución y administración propiamente dichas.
    Por consiguiente, este Colegiado considera que el interés público emanado del sentimiento y convicción ciudadana, expresado en que todas las actividades que se realicen con participación masiva de niños, ancianos, jóvenes y adultos, requiere de la preservación de un orden; y que el Estado puede y debe adoptar las medidas que estime menester para este propósito, conforme a las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Y más aún en aquellos lugares en donde los bares, pubs, discotecas u otros, se ubiquen en lugares relativamente cercanos a la realización de dichas actividades.
34. Por las razones expuestas, la presente demanda no puede ser amparada, habida cuenta que la ordenanza materia de *litis* ha sido emitida dentro de las facultades ediles de control o fiscalización municipal y gestión de los intereses propios de la colectividad.

FALLO

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la acción de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS
ALVA ORLANDINI
BARDELLLI LARTIRIGOYEN
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

De acuerdo con el sentido del FALLO o parte dispositiva de esta Sentencia, pero no con buena parte de sus apreciaciones y disquisiciones doctrinarias –que, por lo demás, a mi criterio no son parte inseparable de la materia controvertida en estos autos–, con el debido respeto de las opiniones de mis distinguidos colegas, debo aquí dejar constancia de que el respaldo que expresa mi voto no implica la aprobación de todos sus extensos y complejos fundamentos, si bien considero que, por respeto a los sentimientos del pueblo y a las tradiciones sociales, así como por las concomitantes exigencias del orden público que invoca esta Sentencia –y con los que sí coincido básicamente–, mal puede sostenerse que sea fundada la demanda –esto es, que la ordenanza, municipal impugnada viole los derechos constitucionales en ella invocados–, la misma que, por otro lado, – y en esto concuerdo con el fundamento 7 de esta Sentencia– ciertamente no está incursa en la causal de caducidad.

SR.
AGUIRRE ROCA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

Suscribo la presente sentencia en atención –exclusivamente– a los fundamentos 7 y 25 al 34.

SRA.
REVOREDO MARSANO

5
DECISIONES del caso *Melvin Rildo Céspedes Sobrado*

PRIMERA INSTANCIA:
Sentencia del Primer Juzgado Mixto de Huánuco, del 31 de agosto de 2009 (Exp. 2009-00509), caso *Melvin Rildo* Céspedes Sobrado

EXPEDIENTE: 2009-00509-0-1201-JM-C1-1
ESPECIALISTA: VALENTÍN INOCENTE PAULINO
DEMANDADO: RODRÍGUEZ SALAZAR JAIME
DEMANDANTE: CÉSPEDES SOBRADO MELVIN RILDO
MATERIA: ACCIÓN DE AMPARO

RESOLUCIÓN NÚMERO: 04
Huánuco, treintiuno de agosto del dos mil nueve

SENTENCIA Nº 147-2009

VISTOS:

Resulta de autos que, mediante escrito de fojas veintisiete a treinticuatro, MELVIN RILDO CÉSPEDES SOBRADO, interpone demanda sobre PROCESO DE AMPARO, dirigiéndola contra el Mons. Jaime Rodríguez Salazar, Obispo de Huánuco, autoridad eclesiástica, por la violación constitucional a su derecho al trabajo, como docente en la Especialidad de Religión dentro de las Instituciones Educativas de la Región Huánuco, así como a su derecho a la libre contratación como docente de Religión por la UGEL de Huánuco, como ganador del concurso público para contrato de docentes en el año dos mil nueve; a fin de que se deje sin efecto el Decreto Obispal Nº 002-2009, de fecha trece de febrero de dos mil nueve, expedida por el demandado en forma abusiva por el cual se le retira en forma definitiva de la licencia que autoriza para desempeñarse como profesor de Educación Religiosa en todo el ámbito de la Diócesis de Huánuco; y, que, se ordene la restitución de sus derechos vulnerados.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:

Que, el recurrente fundamenta su demanda expresando que es docente en la especialidad de religión, con Titulo Profesional de Profesor de Educación Religiosa y Catequesis y Licenciado en Psicología, viene trabajando en calidad de contratado hace quince años continuos dentro del magisterio y en el año dos mil ocho en la Institución Educativa "Julio Armando Ruiz Vásquez" de Amarilis, dentro de la especialidad de Educación Religiosa, tal es así que ha participado en el concurso público para contrato de docentes en el año dos mil nueve en dicha especialidad, logrando ingresar en el sétimo lugar en secundaria de menores

– Educación Religiosa y Eclesiástica, por lo que la UGEL debe adjudicarle la referida plaza vacante; que, sin embargo, el demandado como representante de la Iglesia Católica de Huánuco, dentro de la enseñanza religiosa al tener la facultad de presentar al docente de religión ante la autoridad educativa estatal así como que el profesor de religión podrá ser mantenido en su cargo mientras goce de la aprobación del Obispo según el artículo 19º de la Ley 23211, ha hecho uso y abuso de dicho derecho o facultad y, mediante Decreto Obispal Nº 002-2009, del trece de febrero del dos mil nueve, ha resuelto retirarle en forma definitiva la licencia que le autoriza desempeñarse como profesor de educación religiosa, así como no poder ejercer como docente en religión en todo el ámbito de la Diócesis de Huánuco, ello sin motivo alguno y sin causal justificable de indisciplina grave, en el cual el recurrente dice que jamás incurrió y que dicha sanción es injusta y arbitraria y, que nunca fue citado o notificado de algún proceso de indisciplina; y, que al haber ganado el concurso para plaza docente de contrato dos mil nueve, el Comité de Evaluación le ha solicitado el documento de conformidad de la ODEC, pero que dicho documento no lo va a expedir el demandado, por lo que puede perder la plaza.

ADMITIDA a trámite la demanda sobre Proceso de Amparo, mediante resolución uno de fojas treinticinco, se corrió traslado al demandado por el plazo de cinco días a fin que conteste la demanda; a fojas cuarentiuno a cuarentitres, subsanada a fojas cuarenticinco, el demandado Jaime Rodríguez Salazar, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que se declare infundada; a fojas cincuentiseis con resolución tres se tiene por absuelto el traslado de la demanda y por ofrecidos los medios probatorios, disponiéndose poner los autos a Despacho a fin de emitirse la sentencia correspondiente; siendo su estado el de expedir sentencia.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, el Proceso de Amparo como proceso constitucional tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas a su estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional de conformidad con el artículo 1º de la Ley Nº 28237, siendo que la afectación a los derechos invocados deben ser evidentes y actuales y deben estar reconocidos por el Texto Constitucional de manera expresa y clara y referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido o en su defecto tengan un rango de derecho fundamental.

SEGUNDO.- Que, en el presente caso el demandante Melvin Rildo Céspedes Sobrado, interpone demanda de Amparo contra el Mons. Jaime Rodríguez Salazar, Obispo de Huánuco, por la violación constitucional de su derecho al trabajo y su derecho a la libre contratación; y, se deje sin efecto el Decreto Obispal Nº 002-2009 de fecha trece de febrero de dos mil nueve, expedido por el demandado quien en forma definitiva le retira la licencia que le autoriza al recurrente desempeñarse como profesor de educación religiosa, así como no podrá ejercer como docente en religión en todo el ámbito de la Diócesis de Huánuco; y, se le ordene al demandado le restituya sus derechos vulnerados dando la conformidad para continuar haciendo uso de sus derechos vulnerados.

TERCERO.- Que, el demandado al contestar la demanda expresa que al gozar la Iglesia Católica de absoluta independencia y autonomía ha convenido con el Estado Peruano que los profesores de Religión de las instituciones públicas requieren la presentación del Obispo y que el profesor de Religión podrá ser mantenido en el cargo mientras goce de la aprobación del Obispo, lo que implica que si el profesor no cuenta con la aprobación del Obispo debe ser removido del cargo, y que el Estado Peruano le ha otorgado dicha facultad expresa al Obispo, sin que sea para ello necesario expresión de causa y/o justificación, toda vez que el Decreto Ley, en ninguno de sus artículos obliga al Obispo a iniciar un procedimiento administrativo sancionador y por que tampoco existe dentro del régimen jurídico interno de la Iglesia Católica disposición que regule tal procedimiento y, que dicho acuerdo faculta de manera inmediata y automática al Obispo a tomar la decisión de remover a un profesor que no goce con su aprobación.

CUARTO.- Que, el Decreto Ley Nº 23211, que aprueba el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, establece en el segundo párrafo de su artículo 19º que *"Para el nombramiento civil de los profesores de Religión Católica de los centros educacionales públicos, en los que continuará impartiéndose, como materia*

ordinaria, la enseñanza religiosa, se requiere presentación del Obispo respectivo. El profesor de Religión podrá ser mantenido en su cargo mientras goce de la aprobación del Obispo".

QUINTO.- Que, analizados y valorados de manera conjunta los medios probatorios aportados al proceso, se verifica con el Decreto Obispal Nº 002-2009, su fecha trece de febrero de dos mil nueve, que obra a fojas seis, que el demandado Mons. Jaime Rodríguez Salazar, Obispo de Huánuco, amparándose en el artículo 19º del Decreto Ley 23211-80 y, *en acontecimientos registrados que obran en poder del Obispo y prueban que el profesor Melvin Rildo* Céspedes Sobrado, ha incurrido en falta grave y *antitestimonio cristiano,* le retira en forma definitiva al referido profesor la licencia que le autoriza al demandante a desempeñarse como profesor de Educación Religiosa por encontrarse suficientes argumentos para quitarle la confianza.

SEXTO.- Que, el Decreto Ley 23211, en su artículo 19º segundo párrafo faculta al Obispo a presentar a los profesores de Religión Católica a los centros educacionales públicos así como que se requiere su aprobación para que un profesor de Religión Católica continúe en su cargo; de lo glosado precedentemente se tiene que, la Iglesia Católica en mérito al Decreto Ley referido, a través del Obispo, goza de la facultad de presentar a los profesores de Religión a las instituciones públicas y podrá mantenerlo en el cargo mientras goce de la aprobación del Obispo. En el presente caso de autos, se verifica que el demandante en mérito al Decreto Obispal Nº 002-2009, ya no goza de la aprobación del Obispo, ello se colige de la propia resolución, pues a través de ella se le retira al demandante en forma definitiva la licencia que lo autoriza para desempeñarse como Profesor de Educación Religiosa; esto es, que no puede obtener su licencia eclesiástica para desempeñarse como Profesor de Educación Religiosa, tal como lo exige la Resolución Directoral Nº 05-ODEC-HCO, que obra a fojas diez y diez vuelta; consecuentemente no puede ser presentado como Profesor de Religión Católica ante la Dirección Regional de Educación de Huánuco, pese a que el demandante ha ocupado el orden de mérito siete en el Examen de Conocimientos a Profesores para Contrato dos mil nueve, tal como se verifica del documento de la Dirección Regional de Educación Huánuco, que obra a fojas once.

SÉPTIMO.- Que, si bien es cierto la Iglesia Católica, en mérito al Decreto Ley 23211, que aprueba el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Peruano de fecha diecinueve de julio de mil novecientos ochenta, goza de la facultad de presentar a los profesores de educación religiosa ante las instituciones públicas y los mismos podrán continuar en el cargo mientras gocen de la aprobación del Obispo, no es menos cierto que lo establecido en el referido decreto Ley, debe ser interpretado en concordancia con los principios constitucionales, pues de no ser así, el actuar del demandado resultaría un acto enteramente discrecional en tanto devendría en un acto arbitrario, lo que supone un supuesto de desigualdad injustificada cuando no de discriminación, lo cual, de acuerdo con nuestra Constitución (artículo 2, inciso 2) está proscrito. En este sentido es preciso verificar si el Decreto Obispal cuestionado por el demandante se encuentra expedida en concordancia con los principios constitucionales básicos.

OCTAVO.- Que, es un principio, el *derecho al debido proceso*, consagrado en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución; el mismo que si bien es una garantía que tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. En ese sentido, el debido proceso –y los derechos que lo conforman, como son el ***derecho de defensa y la debida motivación*** de las resoluciones administrativas- resultan aplicables al interior de la actividad procedimental de cualquier persona jurídica o institución, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción. El derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia expedida en el expediente 00294-2005-PA/TC, es un derecho de *("…) especial relevancia y, a su vez, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado (…), es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. La motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de inmunidad en ese ámbito. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa...".* En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegali-

dad, así como lo refiriera en su sentencia expedida en el Expediente 5514-2005-PA/TC al establecer que "*…el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa".* En el presente caso se advierte del Decreto Obispal Nº 002-2009, que al demandante se le retira en forma definitiva la licencia que le autoriza desempeñarse como profesor de Educación Religiosa por existir *suficientes argumentos para quitarle la confianza*, se verifica de los considerandos que este se sustenta en *acontecimientos que obran en el poder del Obispo* y prueban que el demandante ha incurrido en *falta grave y anti testimonio cristiano;* sin embargo, dicho Decreto Obispal no da mayor argumento respecto a los acontecimientos que prueben que el demandante haya incurrido en falta grave y anti testimonio cristiano, sin motivar los hechos y razones que justifican la imputación de falta grave y el antitestimonio que se imputa al actor, mucho menos precisa en qué consiste la falta grave.

NOVENO.- Que, el citado Decreto Obispal Nº 002-2009, que retira al demandante la licencia que autoriza desempeñarse como profesor de Educación religiosa, priva al actor de poder ejercer su actividad profesional de docente en la especialidad para la que se formó, consecuentemente priva su fuente de ingresos, vinculado a su medio de subsistencia y afecta gravemente el derecho al trabajo; en tal sentido, la Constitución Política del Estado en su artículo 22º establece que *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona";* y. Asimismo, el artículo 23º establece que *El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado… Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador…"*; por lo que el derecho al trabajo y el derecho a un debido proceso tienen fundamento constitucional.

DÉCIMO.- Que, el derecho al trabajo es un derecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos, tal es así que de los instrumentos más relevantes, tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos que destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indica que el derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, de otro lado, el retiro definitivo de la Licencia que autoriza desempeñarse como profesor de educación religiosa, implica una sanción por cuanto que ello se decide en virtud a una atribución de comisión de falta grave y anti-testimonio; sin embargo, no está sustentada en una norma que tipifique la falta y la sanción a imponerse, vulnerando el principio de legalidad y tipicidad, garantías mínimas que debe respetarse en toda facultad o potestad sancionadora, pues el principio de legalidad implica que sólo por norma con rango de ley se atribuye la potestad de sancionar a determinadas entidades y el principio de tipicidad implica que las conductas sancionables sólo constituirán infracciones cuando estén previstas expresamente en normas con rango de ley, sin admitir interpretación extensiva o analogía; y, en tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia 03954-2006-AA/TC, en sus fundamentos 33, 34 y 35, que *"33. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), al establecer que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". "34. Sobre esta base el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de*

cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A partir de esta consideración del principio de legalidad y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, también se estableció "[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador […]". "35. Asimismo, dispuso que "[...] no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta [...]". El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal."

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, la potestad sancionadora no sólo implica cumplir con el principio de legalidad y tipicidad, sino también con el principio de Proporcionalidad y Razonabilidad, los mismos que son límites de la arbitrariedad, en tal sentido el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia Nº 00535-2009-PA/TC, en sus fundamentos 13, 14, 15, 16, 17 y 18, que: *"13. Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional." "14. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta." "15. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a 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." "16. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos". "17. Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo." "18. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hado: a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso. c. Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso."*

DÉCIMO TERCERO.- Que, conforme a lo expuesto, se encuentra plenamente acreditado que el Decreto Obispal cuestionado, ha vulnerado los derechos fundamentales del demandante, como son el derecho al trabajo, a la motivación, al debido proceso; siendo que además dicho acto vulneratorio evidentemente ha afectado su derecho a la contratación, al haberse sometido a concurso público para contrato de docentes del año en curso, tal como se acredita de la Resolución Directoral Nº 05-2008-ODC-HCO, fundamento primero, segundo, tercero y cuarto, que corre a fojas diez y vuelta, así como del resultado del examen de conocimiento a profesores para contratos del 2009, que corre a fojas once, y lo referido en el fundamento primero de los fundamentos de hecho de su demanda; por lo que evidentemente al haber

sido ganador del concurso público para contratos para docentes del año en curso, resulta procedente lo señalado en el segundo extremo del petitorio de su demanda; por lo que debe ampararse la demanda en todos sus extremos, disponiendo dejar sin efecto el citado Decreto Obispal y ordenando que proceda a expedir Licencia que autorice que el recurrente pueda desempeñarse como Profesor de Educación religiosa, es decir docente en religión, en todo el ámbito de la Diócesis de Huánuco, así como debe disponer se procede a su contratación que le corresponda conforme a lo referido.

Por tales consideraciones, fundamentos jurídicos, normas legales y constitucionales acotadas, Administrando justicia Constitucional, a Nombre de la Nación;

FALLO:

DECLARANDO: FUNDADA LA DEMANDA de fojas veintisiete a treinticuatro, interpuesta por Melvin Rildo Céspedes Sobrado, sobre Proceso de Amparo contra el Mons. Jaime Rodríguez Salazar; en consecuencia, reponiendo al estado anterior los derechos constitucionales vulnerados, **DÉJESE SIN EFECTO** el Decreto Obispal Nº 002-2009, de fecha tres de febrero de dos mil nueve, y, en consecuencia, **ORDENO:** que, el demandando Obispo Mos. Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco, en calidad de autoridad eclesiástica en el ámbito de la Diócesis de Huánuco, proceda a otorgar Licencia que autorice al demandante a desempeñarse como profesor de Educación Religiosa, en el ámbito de Huánuco; así como su contratación que le corresponda de acuerdo al resultado del concurso, conforme a los fundamentos glosados; en consecuencia, **PUBLÍQUESE** oportunamente en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a Ley, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución.- Así me pronuncio, fallo y ordeno en la Sala de mi Despacho.

YOFRE CASTILLO BARRETO
Juez Titular del Primer Juzgado Mixto
Corte Superior de Justicia de Huánuco

SEGUNDA INSTANCIA:
Sentencia de la Sala Civil de la Superior de Justicia de Huánuco, del 23 de noviembre de 2009 (Exp. 2009-00509), caso *Melvin Rildo Céspedes Sobrado*

Exp. Nº 2009-00509-0-1201-JM-Cl-1
PROCEDE: HUÁNUCO

Resolución Número: 10
Huánuco, veintitrés de noviembre
del año dos mil nueve.

VISTOS: En Audiencia Pública, la misma que ha concluido con el acuerdo de dejarse la causa al voto; y

ASUNTO:

Viene en grado de apelación, la **Sentencia número 147-2009** contenida en la resolución número cuatro de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve, de fojas cincuenta y ocho a sesenta y nueve de autos, en cuanto falla declarando fundada la demanda de Amparo de fojas veintisiete a treinta y cuatro, postulada por Melvin Rildo Céspedes Salazar contra el Monseñor Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco; en consecuencia, reponiendo al estado anterior los derechos constitucionales vulnerados, deja sin efecto el Decreto Obispal Nº 002-2009 de fecha tres de febrero de dos mil nueve; y en consecuencia, ordena que el demandado Monseñor Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco, en calidad de autoridad eclesiástica en el ámbito de la Diócesis de Huánuco, proceda a otorgar Licencia que autorice al demandante a desempeñarse como Profesor de Educación Religiosa en el ámbito de Huánuco, así como su contratación que le corresponda de acuerdo al resultado del concurso, conforme a los fundamentos glosados.

ANTECEDENTES:

El demandado Monseñor Jaime Rodríguez Salazar impugna la citada resolución, a través de su escrito de fojas ochenta a ochenta y cinco, bajo los fundamentos que allí se exponen.

RAZONAMIENTO:

1. Por el término impugnación se alude a reclamaciones frente a actos procesales, los cuales, partiendo de una queja acerca de su tenor o de su contenido, concluyen con una instancia de declaración de nulidad, de anulación, de renovación o modificación[1]; es decir, la impugnación viene a ser el acto por el cual se objeta, rebate, contradice o refuta un acto jurídico procesal de cualquier naturaleza, sea que provenga de las partes, de un tercero legitimado o del Juez, esto es, de cualquier sujeto del proceso[2]. Así, la apelación es consecuencia del principio de la doble instancia, dado que, mediante ella las resoluciones de los jueces inferiores pueden ser examinadas de nuevo a pedido de las partes

[1] Derecho Procesal Civil, Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p.4.

[2] CARRIÓN LUGO, Jorge; Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II, 2º edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, Pág. 343.

por el superior[3]. Es decir, "el recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoque, según el caso". De aquí que, a través del artículo 364º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al caso de autos de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las partes o terceros legitimados están facultados para recurrir en vía de apelación por ante el superior, a efectos de que examine la resolución emitida por el A quo, ya sea a efectos de que sea anulada o revocada [total o parcialmente]. Es decir, por apelación –como señala Hernando Devis Echandía[4]–se entiende el recurso ante el Superior para que revise la providencia (resolución) del inferior y corrija sus errores; pues "el tribunal [el superior] de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción".

2. El inciso 2) del artículo 200º de la Constitución, establece que el Proceso de Amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, **es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo** (y en general, de cualquier proceso constitucional) **que el derecho que se alegue afectado sea uno que tengan un contenido constitucional directo.**
3. De la demanda y su contestación correspondiente, de fojas veintisiete y cuarenta y uno, respectivamente, se colige que la cuestión controvertida radica en determinar si las prerrogativas de selección y disposición que ostenta la Iglesia Católica en el ámbito de la Educación Religiosa en las Instituciones Educativos del Perú, conferidas en el Acuerdo de 1980, respetan o no los derechos constitucionales fundamentales al trabajo y a la libre contratación; luego del cual, recién sería factible analizar si la decisión emitida por el demandado (Obispo de Huánuco) en contra del accionante, lesiona sus derechos constitucionales invocados.
4. Estando justamente a la naturaleza residual del Proceso de Amparo, nuestro Tribunal Constitucional[5], ha precisado la inexistencia de una estación probatoria en un proceso constitucional, al señalar *"(…) que mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que* ***quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca****, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que* ***el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.*** *Como dice Juventino Castro [El sistema del derecho de amparo, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] "en el (...) amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador".* Entonces, si en el Amparo no hay conflicto de derechos e intereses "subjetivos" contrapuestos entre partes, es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso. Siendo ello así, todo justiciable debe tener presente que 'No existe estación probatoria en el Amparo porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El Amparo, y con él todos los procesos constitucionales de la libertad (…), sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un

[3] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, P. 366: "de la institución de *doble grado* deriva el medio más importante de impugnación: la apelación."

[4] Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 637.

[5] Expediente Nº 0976-2001-AA/TC. Fundamento 3 de su sentencia.

derecho constitucional, esto es, tiene una finalidad eminentemente restitutoria"[6]. Todo lo cual ha sido promulgado en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, según el cual "En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, (…)".

Los Tratados: Valor normativo y cumplimiento obligatorio por el Estado.

5. La doctrina constitucional ha señalado que "Los Tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos. Como puede colegirse, implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional. (…) Los Tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, modus vivendi, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, etc." [Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) en el Exp. Nº 0047-2004-AI, F. 18]
6. A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, **los tratados son fuente normativa,** no porque se produzcan internamiento, sino porque la propia Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano, a través de su artículo 55. Es la propia Norma Fundamental, entonces la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Así, el tratado tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, **los órganos de producción de dicha fuente** (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), **desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional**; y por el otro, porque su modo de producción (por ejemplo, las reglas de la Convención de Viene sobre el Derecho de los Tratado-negociación, aprobación y ratificación-) **se rige por el derecho internacional público.** [STC en el Exp. Nº 0047-004-AI, F 19 y 21].
7. Es por esa razón que para el cumplimiento de sus contenidos, es imperante preservar la razón o fundamento normativo de lo acordado o convenido. Por ello, la STC en anterior ocasión ha tenido la oportunidad de establecer claramente que:

   > *"Es un principio general del derecho internacional el que* ***un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el cumplimiento de un tratado*** *o de normas imperativas del Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo Nº 029-2000-RE, de fecha 14 de setiembre de 2000."* [STC en el Exp. Nº 04677-2005-HC, F.12].

   Por lo tanto, es un hecho inobjetable que cuando la Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" y el artículo 200, inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna) no cabe sino admitir que los mismos **tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos**. [STC en el Exp. Nº 1277-1999-AC, F. 07]
8. En ese orden de ideas, debe señalarse que en nuestro país con fecha 19 de julio de 1980 se suscribió en la ciudad de Lima el Concordato denominado **"Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú"** y debidamente aprobado por Decreto Ley Nº 23211, por el cual se esta-

[6] Expediente Nº 0410-2002-AA/TC. Fundamento 5 de su sentencia.

bleció el nuevo sistema de relaciones institucionales entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, disponiéndose como principio general y rector que la Iglesia Católica en el Perú goza de personería jurídica de carácter público y de plena independencia y autonomía, recibiendo del Estado la colaboración conveniente para la mejor realización de su servicio a la comunidad nacional (artículos 1 y 2). Por lo que respecto al tema de la Educación Religiosa impartida en el país, tal convenio estableció que:

> ***"Art. 19.***
>
> ***(...)***
>
> ***Para el nombramiento civil de los profesores de Religión Católica de los centros educacionales públicos, en los que continuará impartiéndose, como materia ordinaria, la enseñanza religiosa, se requiere presentación del Obispo respectivo.***
>
> ***El Profesor de Religión podrá se mantenido en su cargo mientras goce de la aprobación del Obispo".***

Análisis del caso concreto.

9. En el caso de autos, a fojas seis obra el Decreto Obispal Nº 002-2009 de fecha 13 de febrero de 2009, materia de amparo, través del cual el demandado resuelve *"retirar en forma definitiva la licencia que autoriza desempeñarse como profesor de Educación Religiosa"* al accionante, la misma que en su parte considerativa ampara la decisión en el artículo 19 del citado "Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú" de 1980.
10. Tal decisión es cuestionada por el demandante, bajo el argumento de que no habría existido una debida motivación y tampoco ha sido producto de un procedimiento sancionador o disciplinario, que genere el retiro de la licencia de aprobación del demandante como profesor de educación religiosa. Aspecto que también ha sido el sustento del A Quo para amparar la demanda, en la sentencia apelada. **Sin embargo,** tal y como se ha determinado en los Fundamentos 5 al 8 de la presente, a través del Acuerdo entre la Iglesia Católica y el Estado peruano, se ha otorgado la prerrogativa a los Obispos de otorgar licencia eclesiástica a nombre de la Iglesia Católica como requisito indispensable para que los profesores de educación religiosa puedan ejercer tal cargo. Tal aprobación, como se colige, lleva implícito que necesariamente **la naturaleza del ejercicio del cargo es de confianza,** que responde exclusivamente a la potestad autónoma de la Iglesia para delimitar los modos, procedimientos y parámetros convenientes de la enseñanza religiosa, en base al criterio dogmático o de fe de la religión católica a nivel mundial, regulado por el Derecho Canónico; y en donde el Estado no tiene injerencia. Sólo así se entiende que el Profesor de Religión podrá se mantenido en su cargo, mientras goce de la aprobación del Obispo; contrario sensu, si se le quita la confianza, no será posible continuar en el ejercicio de tal. Nótese, por ende, que el "retiro de la confianza" al que implícitamente alude el Tratado en mención, no contiene la obligación formal de motivar la decisión del representante eclesial competente (Obispo), ni mucho menos la de habilitar, previo a la decisión, un procedimiento disciplinario o sancionador, como requisito *sine qua non* para hacer uso de las facultades que le otorga el Tratado. Por lo tanto, no puede invocarse pautas jurídicas del ordenamiento interno del Estado, con la finalidad de interpretar los términos de un Tratado o condicionar su aplicación, ni micho menos justificar su eventual incumplimiento.
11. En consecuencia, se llega a la conclusión que el acto administrativo materia de amparo, no ha vulnerado los derechos constitucional invocados por el demandante, pues la decisión adoptada por el demandando tiene sustento directo en el artículo 19º del "Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú" suscrito en 1980; por lo que debe revocarse la recurrida y reformándola declararse infundada la demanda.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

REVOCARON: La **Sentencia número 147-2009** contenida en la resolución número cuatro de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve, de fojas cincuenta y ocho a sesenta y nueve de autos, en cuanto falla declarando fundada de la demanda de Amparo de fojas veintisiete a treinta y cuatro, postulada por Melvin Rildo Céspedes Sobrado contra el Monseñor Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco; en consecuencia, reponiendo al estado anterior los derechos constitucionales vulnerados, deja sin efecto el Decreto Obispal Nº 002-2009 de fecha tres de febrero de dos mil nueve; y en consecuencia, ordena que el demandado Monseñor Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco, en calidad de autoridad eclesiástica en el ámbito de la Diócesis de Huánuco, proceda otorgar Licencia que autorice al demandante a desempeñarse como Profesor de Educación Religiosa en el ámbito de Huánuco, así como su contratación que le corresponda de acuerdo al resultado del concurso, conforme a los fundamentos glosados; y.

REFORMÁNDOLA, DECLARARON: INFUNDADA la demanda de su propósito; y **ORDENARON** la **publicación** de la presente Sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a la ley; y los DEVOLVIERON.

En los seguidos por Melvin Rildo Céspedes Sobrado contra el Monseñor Jaime Rodríguez Salazar – Obispo de Huánuco, sobre Proceso de Amparo.

Interviniendo la señora Relatora de Sala que al final suscribe por licencia vacacional de la Secretaría de Sala. **Juez Superior Ponente: señor Diestro y León.-**

Sres.

Picón Ventocilla
Diestro y León
Calderón Lorenzo

TERCERA INSTANCIA:
Desistimiento: RTC 171-2010-PA/TC, caso *Melvin Rildo Céspedes Sobrado*

RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 15 de marzo de 2012

VISTO

El escrito presentado el 6 de marzo de 2012 por Melvin Rildo Céspedes Sobrado, mediante el cual solicita su desistimiento del Recurso de Agravio Constitucional en el presente proceso de amparo seguido contra Jaime Rodríguez Salazar (Obispo de Huánuco); y,

ATENDIENDO A

1. Que conforme a lo previsto por el artículo 49° del Código Procesal Constitucional, en el proceso de amparo es procedente el desistimiento del Recurso de Agravio Constitucional. Asimismo, el artículo 37° del Reglamento Normativo de este Tribunal establece que "Para admitir a trámite el desistimiento debe ser presentado por escrito con firma legalizada ante el Secretario Relator del Tribunal Constitucional, Notario o, de ser el caso, el Director del Penal en el que se encuentre recluido el solicitante".
2. Que examinado el desistimiento formulado por el demandante, se aprecia que su pedido cumple con las exigencias indicadas en el considerando precedente, toda vez que el recurrente ha cumplido con legalizar su firma ante Notario Público, como consta a fojas 21 del cuadernillo del Tribunal Constitucional.
3. Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 343º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente caso, el desistimiento de un medio impugnatorio, deja firme el acto impugnado y siendo un acto unilateral no requerirá la conformidad del demandado; por lo que, dicha solicitud debe ser aprobada.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Tener por desistido a Melvin Rildo Céspedes Sobrado del Recurso de Agravio Constitucional; en consecuencia, queda firme la resolución impugnada.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

6
STC 895-2001-PA/TC, caso *Lucio Valentín Rosado Adanaque*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con los votos singulares de los Magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 128, su fecha 5 de julio de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 31 de enero de 2001, interpone acción de amparo contra el Seguro Social de Salud-ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

Afirma que presta servicios a la emplazada como médico desde el 4 de febrero de 1988, y que, durante los últimos cinco años, la demandada ha establecido los horarios de trabajo mediante la estructuración de un rol mensual que incluye los días y las horas de labor que corresponden a cada profesional de la salud. Sostiene que desde el comienzo no se le incluyó en los días sábados, puesto que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocían que pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos conlleva la observancia del día sábado como día dedicado al culto, pues es el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano". No obstante esto a partir de la expedición del rol de trabajo correspondiente a febrero de 2001, se le ha programado para laborar los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

EsSalud propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, indicando que el demandante no ha formulado ningún reclamo previo ante la propia institución demandada antes de interponer la demanda, y contesta la demanda señalando que la orden laboral de distribución equitativa de los días sábados entre los médicos se justifica por necesidad institucional y no constituye discriminación alguna, pues responde a un trato de igualdad del horario laboral. Aduce que las prácticas religiosas no pueden obligar a las instituciones públicas a modificar, a favor de algún trabajador, la distribución de los turnos laborales.

El Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 20 de marzo de 2001, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, por considerar que el recurrente no se encontraba comprendido en alguna de las excepciones previstas en el artículo 28° de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Dado que tanto la resolución de primera instancia como la recurrida se amparan en la falta de agotamiento de la vía administrativa para desestimar la acción de autos, antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, es preciso analizar si ésta debió agotarse.
   La exigencia de agotarse la vía administrativa antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos. No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 28° de la misma Ley N.º 23506.
2. En el caso de autos, si bien en la fecha en que se interpuso la demanda (31 de enero de 2001) aún no se habían incluido los días sábados en el rol laboral del demandante, lo cierto del caso es que dicha programación se llevó a cabo en el mes de febrero del mismo año, circunstancia que es debidamente advertida por el recurrente en su escrito de fecha 2 de febrero de 2001, obrante a fojas 46. Por tanto, cuando se interpuso la demanda, no solo se estaba frente al supuesto de una amenaza de lesión de derechos constitucionales ante la cual no cabía exigirse el agotamiento de la vía previa, sino, incluso, cuando esta se materializó con la orden contenida en la Carta N.º 139-GMQ.HNAAA.GRALA.ESSALUD.2000 (por medio de la cual se exigía la programación de las actividades laborales de los médicos del servicio "distribuyéndoles equitativamente en todos los días laborales de la semana"), la amenaza que se cuestionaba se había convertido en un acto concreto que, al haberse ejecutado inmediatamente, tampoco era exigible impugnarse en sede administrativa.
   En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no era exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que cabe ingresar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia.
3. La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido.
   El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.
   Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.
   En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

Ambos derechos que, por lo demás, gozan de pleno reconocimiento internacional (artículo 18° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público. Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia.

4. En el caso de autos, el recurrente exige que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a laborar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla. Estamos pues ante un caso de lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar "objeción de conciencia". Siendo que el Estado Constitucional promueve la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones.
5. Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos".

   Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.

   Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

   Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.

   Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento

de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

6. Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.
7. El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.
8. En el presente caso, conforme se desprende del documento obrante a fojas 21, el recurrente pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día desde el 6 de noviembre de 1993; lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, el recurrente incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la Iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados. Asimismo, según se observa de un documento que contiene lo señalado en la Sesión de Directorio N°. 23.-D-DPTAL-LAMB-ESSALUD-2000, de fecha 1 de diciembre de 2000, obrante a fojas 45, que si bien en dicha reunión se planteó la interrogante respecto de las razones por las cuales el demandante no registra producción laboral los días sábados, en la misma sesión se da respuesta a la disyuntiva cuando el propio director indica que "se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados". Es claro entonces que la emplazada tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa del recurrente, razón por la que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.
   En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio. Y es que de conformidad con el artículo 7º, numeral 7.1, de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de aplicación al caso de autos, en virtud de la Primera Disposición Transitoria, numeral 2), de la misma ley, los actos de administración interna en el sector público se orientan a la eficiencia y eficacia; no habiéndose acreditado en autos si el acto ejecutado en contra del recurrente se ha orientado hacia tales principios, el Tribunal Constitucional estima que este es irrazonable y desproporcionado.

La vaga referencia a las «razones de necesidad institucional» que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado, a través de la documentación que obra de fojas 6 a 13, que cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar. Ello, sin perjuicio de que, a diferencia probablemente de otros médicos, pueda señalarse como día laborable, si es el caso, los domingos.

9. De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la citada excepción y **FUNDADA** la acción de amparo; ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUILLERMO REY TERRY

1. La Constitución Política del Estado reconoce y respeta la libertad de credos religiosos existentes en la República dentro de la irrestricta libertad de conciencia y creencia, consagrada en la Carta Magna.
2. La legislación positiva sobre relaciones laborales que, a su vez, se inspira en el concepto de libertad de trabajo como un deber y un derecho, no ampara diferencias basadas en las modalidades. No es constitucionalmente aceptable, a juicio del suscrito, que un trabajador, cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en este para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que en ese día, de acuerdo con su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas.
3. Debe tenerse en cuenta, además, que la modalidad de trabajo solicitada por el profesional médico, en el caso específico, no se compadece, a criterio del suscrito, con la tarea encomendada, cual es el cuidado de la salud afectada de los pacientes, quienes podrían requerir sus servicios precisamente en el día en que no labora.

4. En consecuencia, no resulta constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia el hecho de solicitar, basándose en estos atributos fundamentales, un trato privilegiado que comporta el hecho de no laborar un determinado día de la semana amparándose en una opción de carácter religioso, aunque pudiera completar en los otros días el total de la jornada ordinaria establecida en la legislación pertinente.
5. Como se afirma que el solicitante ha venido tomando descanso en un día de la semana en razón de su credo, ello no puede perennizarse alegando que ha devenido en una suerte de costumbre, porque esta –concebida por la doctrina *costumbre integrativa*– se lleva a cabo en el desarrollo eventual o al margen de la ley, pero no en forma contraria a ella, y que, sin embargo, los demás trabajadores observan cumplidamente bajo un ineludible sentido de igualdad laboral, por cuanto la costumbre, en tal caso, no es sino fuente supletoria de derecho, no pudiendo por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla, porque según nuestra Constitución, una ley se deroga solo por otra ley.
6. Finalmente, según la función directriz que orienta la gestión responsable del empleador y el principio *jus variandi* que le es inherente, este puede efectuar cambios y regularizar actividades laborales sin incurrir en discriminación alguna, en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo y dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales.

Por estas consideraciones, el suscrito estima que la petición del recurrente debe declararse INFUNDADA.

SR.
REY TERRY

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

1. Como expresan mis colegas en el fundamento 3, los derechos de conciencia y de libertad de religión invocados por el demandante están vinculados a la libertad de ideas y a la libertad de creencias, respectivamente.
2. Opino que, en este caso, el hospital no ha prohibido al accionante ejercer su derecho de conciencia ni le ha impedido optar por la religión de su elección. Prueba de ello es que ha optado, desde hace años, por la doctrina de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.
   La exigencia laboral del hospital se refiere, exclusivamente, a que el demandante trabaje algunos días sábados por requerirlo así la salud de los pacientes y la organización interna del nosocomio.
3. La exigencia de trabajar algunos días sábados conforme al rol establecido, trae como consecuencia, para el demandante, que no pueda dedicar esos días al culto de su elección, que le exige reposo en esos mismos días.
4. Nótese que ha sido el propio demandante quien libremente decidió ser profesional médico –con todas las limitaciones que a la libertad personal y al reposo exige dicha profesión–, así como que fue él quien decidió, libremente y sin condiciones, trabajar en la entidad demandada. También, que fue el propio demandante el que optó por elegir como religión a la Adventista del Séptimo Día, con las restricciones laborales –en los días sábados– que esa religión impone.
5. Estamos, entonces, frente a dos necesidades de satisfacción excluyente. El Tribunal Constitucional debe decidir cuál de ellas pesa más desde el punto de vista constitucional, a fin de preferir su satisfacción.
6. Es razonable pensar que el demandante, al escoger la medicina como profesión, conocía de antemano los sacrificios que esa carrera implica respecto a la libertad personal y, especialmente, al reposo. También es razonable deducir que, al aceptar trabajar en un hospital, conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades. El demandante, además, no condicionó su contratación laboral en dicho centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí –y no la institución– sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral.

Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente que también hay necesidad de servicio médico –y generalmente más que en otros– los días sábados.

El hecho de que las autoridades anteriores permitieron al demandante no trabajar esos días, no es fundamento válido para obligar a todas las autoridades futuras del hospital a hacer lo mismo, salvo que ello constara en su contrato de trabajo, que no es el caso. El buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes son valores que la ley pone por encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto, aunque tales concesiones hayan sido reiterativas.

7. Debe considerarse, también, que todos los médicos que trabajan en la entidad demandada tienen iguales derechos constitucionales.

En teoría, entonces, –si se establece que un profesional tiene el derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto– todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público. Mas bien, se creará un desorden público, pues esta sentencia permitirá –porque a igual razón, igual derecho– que todos los que profesan la religión de la Iglesia Adventista –que son muchísimos– dejen de trabajar tanto en el sector público como en el privado, los días sábados, y, congruentemente, permitirá también que todos los trabajadores católicos de ambos sectores, público y privado –que son la mayoría–, dejen de trabajar los días domingos. Esto es inaceptable tratándose de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto. Así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18.°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.°) y el artículo 12.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten expresamente restricciones al derecho de conciencia y de religión cuando se trata de la salud.

Mi voto, entonces, es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

SRA.
REVOREDO MARSANO

7
STC 2430-2012-PA/TC, caso *Claudia Cecilia Chávez Mejía*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Claudia Cecilia Chávez Mejía contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 113, su fecha 22 de marzo de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de setiembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional de San Agustín, solicitando la designación de un día distinto al sábado para el rendimiento de los exámenes de admisión en los programas de CEPRUNSA (Centro Preuniversitario) o del examen de admisión ordinario de la Universidad emplazada. Asimismo, solicita subordinadamente la devolución de la suma de S/. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) con los intereses de ley o su compensación con otros estudios. Alega que se amenaza su derecho a la libertad religiosa y se afecta su derecho a la educación.

La recurrente, que dice ser miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y tener el sábado como día de descanso religioso, refiere que en febrero de 2011 se inscribió en el Concurso de Admisión 2011-CEPRUNSA III Fase, como postulante a la Escuela Profesional de Medicina Humana, efectuando los pagos correspondientes (S/. 520.00), en la creencia de que, como ha ocurrido en otras oportunidades, los exámenes se realizarían los días domingos, y por ser un programa ventajoso, con tres pruebas parciales, cuyo puntaje acumulado define el ingreso a la Universidad, con menos competencia por la menor cantidad de postulantes. Pero al enterarse de que estos exámenes se darían los días sábados, solicitó rendirlos en fecha distinta, pedido que fue denegado, explicándosele que atender su solicitud significaría un gasto adicional para la Universidad, que no sería medida su capacidad en igualdad con los demás concursantes y que podía enterarse o enterar a los demás de las preguntas del examen. Debido a que no se atendió su solicitud, la recurrente dejó de asistir a clases.

Asimismo, al enterarse la recurrente de que el examen ordinario de admisión se iba a realizar un día domingo (y, por tanto, no tener inconveniente con la fecha), solicitó que le devolvieran los pagos realizados en el CEPRUNSA para poder inscribirse en el proceso ordinario de admisión. Sin embargo, a la fecha de inscripción y postulación del examen ordinario, su solicitud no fue atendida, respondiéndosele verbalmente que su pedido de devolución no prosperaría por haber estudiado casi un mes en el CEPRUNSA.

La emplazada contesta la demanda expresando que en ningún momento ha excluido a la recurrente sino que ella misma se excluye pues pretende imponer sus convicciones religiosas en perjuicio de miles de postulantes.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, con fecha 29 de noviembre de 2011, declara infundada la demanda, por considerar que si la demandante se sometió a la programación establecida para ella y para todos los postulantes con anticipación, no puede, luego de vencido el primer mes y antes de dar examen, pretender que se cambien las fechas de los exámenes, pues ello perjudicaría tanto a los cientos de estudiantes, que ya han programado sus actividades para dichas fechas, como a la propia Universidad. Asimismo, indica que habría operado la sustracción de la materia respecto de la pretensión principal, pues los exámenes programados ya han sido realizados, careciendo de objeto la variación de las fechas. Finalmente, señala que el pedido de devolución del dinero es un asunto meramente patrimonial. La Sala revisora revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, pues a su juicio no se ha producido una vulneración del derecho a la libertad religiosa, ya que la recurrente no ha acreditado que la emplazada varió la fecha de las evaluaciones luego de que la recurrente se haya inscrito; por lo que consideró de aplicación el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

1) Delimitación del petitorio

Para entender el petitorio, no sólo se hace necesario apreciar el apartado correspondiente en la demanda (a fojas 8), sino leer toda ésta. De la lectura de la demanda se advierte que tanto los exámenes del CEPRUNSA como el examen del proceso ordinario de admisión se han realizado antes de la interposición de la demanda de amparo, por lo que la recurrente pide para una próxima oportunidad (a fojas 11): *"la aprobación de día distinto al Sábado para el rendimiento de las pruebas parciales para el siguiente Programa CEPRUNSA, y en consecuencia, se me considere como postulante en dicho Programa mediante los pagos que he efectuado, comprometiéndome, en caso positivo, a efectuar el pago restante. En todo caso, se me considere también como Postulante para el Programa Ordinario, siempre y cuando se realice el día domingo. En el supuesto negado de que mi pretensión de postular a dicho Centro* (la emplazada) *se vea frustrado por continuar en el día Sábado solicito SE ME DEVUELVA el íntegro pagado con la finalidad poder* (sic) *sufragar los gastos de postulación a otra Universidad"*.

A partir de ello, debe concluirse que la recurrente:

i) Considera como una *amenaza a su derecho de libertad religiosa* el hecho de que en una próxima convocatoria a exámenes de admisión de la emplazada, sea a través del Programa CEPRUNSA o en el examen de admisión ordinario, exista la posibilidad de que las evaluaciones se realicen el sábado (día de su descanso religioso), por lo que *pide que tales exámenes se realicen en día distinto al sábado*.

ii) Considera como una *afectación a su derecho a la educación* la negativa de la emplazada a devolverle los S/. 520.00 que pagó por el Programa CEPRUNSA, cuyos exámenes no pudo rendir por haber sido programados los sábados, por lo que *pide que esa suma sea compensada con el costo de un futuro Programa CEPRUNSA en el que se inscribiría siempre que los exámenes no sean programados en día sábado o que, en el caso de que las evaluaciones sean en ese día, dicho dinero le sea devuelto para sufragar los gastos de postulación en otra universidad.*

2. Sobre la amenaza al derecho de libertad religiosa (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)

Argumentos de la recurrente

1. La recurrente considera como una amenaza a su derecho de libertad religiosa el hecho de que en una próxima convocatoria a exámenes de admisión de la emplazada, sea a través del Programa CEPRUNSA o en el examen de admisión ordinario, las evaluaciones se realicen el sábado (día de su descanso religioso), por lo que pide que estos se realicen en día distinto al sábado.

Argumentos de la emplazada

2. La emplazada señala que en ningún momento ha vulnerado o limitado el ejercicio de la confesión religiosa de la recurrente; por el contrario, es ella misma la que se limita con su accionar.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

3. En lo que respecta a la amenaza de violación al derecho fundamental de libertad religiosa, por la posibilidad de que unos futuros exámenes del Programa CEPRUNSA o el examen de admisión ordinario de la emplazada se realicen en día sábado, este Tribunal debe analizar si esta alegada amenaza cumple con los requisitos de *certeza* e *inminencia* exigidos por el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.
4. La jurisprudencia de este supremo intérprete de la Constitución se ha ocupado de definir qué debe entenderse por *certeza* e *inminencia* de amenaza de afectación a derechos constitucionales (cfr. STC 0091-2004-PA/TC, RTC 00393-2011-PA/TC, RTC 04392-2011-PA/TC, entre otras). Así, en la STC 0091-2004-PA/TC (fundamento 8), este Tribunal afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta *"debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una vulneración concreta"* (subrayado agregado).
5. Así las cosas, este Tribunal advierte del análisis del caso de autos que la amenaza que alega la recurrente no cumple con los requisitos para ser tal, pues no puede ser calificada como *cierta* e *inminente*. En efecto, *no es cierta* por cuanto la recurrente solicita la programación de los exámenes en día distinto al sábado no en razón de su condición de alumna (que no la tiene actualmente) del Programa del CEPRUNSA, sino para una hipotética y futura inscripción en dicho Programa. Asimismo, no solicita que el examen de admisión ordinario sea en día distinto al sábado en razón de estar actualmente inscrita como postulante a la Universidad emplazada, sino para una eventual futura postulación a ésta. Del mismo modo, tampoco habría certeza de que cuando la recurrente se inscriba en el Programa del CEPRUNSA o en el proceso ordinario de admisión, los exámenes correspondientes sean realizados los sábados, especialmente si se tiene en cuenta que, como afirma la propia recurrente (a fojas 9), dichas evaluaciones, por lo general, se realizan los domingos.
6. La falta de certeza de la amenaza invocada por la recurrente llevan también a la ausencia de *inminencia* de tal amenaza, pues no hay *certeza* de que en un *futuro inmediato* la recurrente se inscriba como alumna en el Programa del CEPRUNSA o en el proceso ordinario de admisión de la emplazada y que los exámenes correspondientes se programen para el día sábado o que las autoridades respectivas nieguen a la recurrente la posibilidad de rendir los correspondientes exámenes en un día distinto al sábado.
7. Por lo expuesto, no siendo ni cierta ni inminente la alegada amenaza de vulneración del derecho de libertad religiosa, este Tribunal debe declarar que en el presente caso no existe amenaza a tal derecho, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse conforme al artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

3) Sobre la afectación del derecho a la educación (artículos 13º y 14º de la Constitución)

Argumentos de la recurrente

8. La recurrente considera una afectación a su derecho a la educación la negativa de la emplazada de devolverle los S/. 520.00 que pagó por el Programa CEPRUNSA, cuyos exámenes no pudo rendir por haber sido programados los sábados, por lo que pide que esa suma sea compensada con el costo

de un futuro Programa CEPRUNSA en el que se inscribiría siempre que los exámenes no sean programados en día sábado o que, en caso de que las evaluaciones sean en ese día, dicho dinero le sea devuelto para sufragar los gastos de postulación a otra universidad.

Argumentos de la emplazada

9. La emplazada manifiesta que la recurrente ha pagado por un servicio que ha recibido y que la devolución que solicita no puede ser objeto de una demanda de amparo sino de un proceso ordinario sujeto a probanza.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

10. Son manifestaciones del derecho a la educación: *"a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y, c) la calidad de la educación"* (cfr. STC 04646-2007-AA/TC, fundamento 15). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado en su jurisprudencia que *"la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un "proyecto de vida"* (cfr. STC 04232-2004-AA/TC, fundamento 10).
11. Asimismo, este Tribunal ha señalado que el *"proceso educativo, tan apreciado por el Estado Social y Democrático de Derecho, merece, pues, una especial tutela, la misma que se infiere del propio Texto Constitucional, interpretado en clave con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en virtud de la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional"* (cfr. STC 04646-2007-AA/TC, fundamento 14).
12. En lo que respecta al caso de autos, este Tribunal aprecia que la pretensión de la recurrente, dirigida a solicitar la devolución o compensación de los S/. 520.00 que pagó como alumna del Programa CEPRUNSA en el año 2011, es un asunto de mera legalidad ordinaria y de naturaleza contractual, que no está referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación, por lo que la recurrente podrá hacer valer esta pretensión en la forma y vía legal que corresponda.
13. Por tanto, este Tribunal estima que este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente, de conformidad con el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

4) Exámenes convocados en días de descanso religioso

14. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal aprecia que el caso de autos muestra un conflicto entre exámenes de admisión convocados por una universidad estatal y días de descanso religioso preceptivo, lo cual hace que este Tribunal deba abordar este tema, en atención a la especial importancia del derecho fundamental comprometido: la libertad religiosa.

El derecho fundamental de libertad religiosa y los principios de laicidad y colaboración

15. El derecho fundamental de libertad religiosa se encuentra reconocido en nuestra Constitución, en primer término, en su artículo 2º, inciso 2, donde se consagra el *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa* [*"Nadie puede ser discriminado por motivo de (…) religión"*]. Seguidamente, en el artículo 2º (inciso 3), encontramos el reconocimiento del derecho fundamental *"a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada (…) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público"*.
16. El Tribunal Constitucional se ha ocupado de distinguir ambas libertades, precisando que *"la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10). Por su parte, la libertad religiosa *"supone la capacidad de toda persona para*

autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión" (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11).

17. Asimismo, este supremo intérprete de la Constitución ha indicado que el derecho fundamental de libertad religiosa 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"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 14; STC 256-2003-HC/TC, fundamento 15).
18. También, ha señalado este supremo intérprete de la Constitución que el derecho fundamental de libertad religiosa tiene una dimensión subjetiva (que se subdivide en un contenido interno, externo y negativo) y una dimensión objetiva.
19. En su dimensión subjetiva interna, la libertad religiosa *"supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11). En su dimensión subjetiva externa, la libertad religiosa involucra la libertad para *"la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11), siempre que no se *"ofenda la moral ni altere el orden público"* (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución); lo que genera el *principio de inmunidad de coacción*, según el cual *"ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones"* (STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 11; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19).
20. La Constitución también reconoce una dimensión subjetiva negativa de la libertad religiosa, contenida en el artículo 2º, inciso 18, de la Constitución, conforme a la cual toda persona tiene derecho *"a mantener reserva sobre sus convicciones (…) religiosas"*; es decir, nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión o creencias (cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 12).
21. De otro lado, el derecho de libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, contenida en el artículo 50º de la Constitución, que determina, de una parte, el *principio de laicidad del Estado* y, de otra, el *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas* (cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13). En cuanto al *principio de laicidad*, *"el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos. Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 25).
22. Al respecto, debe destacar este Tribunal, como ya lo ha hecho en anterior ocasión, que *"el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú"* (STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 49).
23. En coherencia con ello, se ha dicho, por ejemplo, que no afecta al *principio de laicidad del Estado* la organización en una entidad o institución estatal de determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, una celebración litúrgica, etc.) –que, por lo demás, pueden explicarse por el importante papel de la Iglesia Católica en la formación cultural y moral del Perú, según reconoce el artículo 50º de la Constitución (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 38 y 40)–, siempre que se garantice la libertad de las personas para decidir si desean o no participar en tales actos (cfr. SSTC 03372-2011-PA/TC, fundamento 33; 5680-2009-PA/TC, fundamento 28).
24. Junto con el *principio de laicidad del Estado*, la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas* (cfr. STC 6111-2009-PA/

TC, fundamentos 29). Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones entre el Estado y las confesiones, y define la naturaleza de esas relaciones mediante el concepto de *colaboración*. De esta forma, *"el artículo 50º de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración"* (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 30).

25. En resumen, en cuanto a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, puede decirse que el término *"colaboración"* que emplea la Constitución (unido al *principio de laicidad del Estado*) indica que "*nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos"* (STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13; STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 31).

Libertad religiosa y día de descanso preceptivo

26. Conforme al artículo 3º, inciso f), de la Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa, una de las manifestaciones del derecho de libertad religiosa es el derecho de toda persona de: "*conmemorar las festividades y* ***guardar el día de descanso*** *que se considere sagrado en su religión,* ***debiéndose armonizar los derechos*** *de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y* ***de los estudiantes con las instituciones educativas****, conforme al reglamento de la presente Ley"* (resaltado agregado).
Está presente aquí el derecho a guardar el descanso religioso preceptivo, que es una forma de manifestación del derecho de libertad religiosa mediante la *práctica* y la *observancia*, conforme al reconocimiento de este derecho realizado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de este Tribunal (cfr. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, artículo 18º; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, artículo 18º; *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* de 1981, artículo 1º; STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 11 y 16; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 21).
27. Del ejercicio de este derecho al descanso religioso, se ha ocupado el Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa (Decreto Supremo Nº 010-2011-JUS), tanto en el ámbito laboral como educativo, en tutela del aspecto positivo de la libertad religiosa (cfr., *supra*, fundamento 17), pues esta es una forma en que el Estado genera las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer su derecho de libertad religiosa.
28. Así, en el ámbito laboral, el Reglamento prescribe que *"los empleadores, de los sectores público y privado, garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que éstos consideren sagrado, siempre que el ejercicio de este derecho no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente"* (artículo 6º). Esto resulta coherente con el Convenio 106 de la Organización Internacional del Trabajo, donde se reconoce el derecho al descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, como mínimo, por cada período de siete días, que coincidirá normalmente con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país, pero respetándose, siempre que sea posible, *"las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas"* (artículo 6º).
29. En el ámbito educativo, que es el que aquí interesa, prescribe el mencionado Reglamento:

> *"Artículo 7.- De las fiestas de guardar y el día de descanso en el ámbito educativo*
>
> *Los responsables de las entidades educativas estatales brindarán las facilidades necesarias a sus estudiantes, a efectos* (sic) *que en el ejercicio de su derecho a conmemorar sus festividades y guardar el día de su descanso y siempre que el ejercicio de este derecho no afecte el normal funcionamiento de las actividades curriculares de la entidad".*

30. Es clara la importancia, desde la tutela de los derechos humanos, de los conflictos suscitados por exámenes programados en días de descanso religioso preceptivo, como lo prueba que estos casos hayan sido materia de pronunciamiento por otros tribunales de justicia según muestra la expe-

riencia comparada. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –hoy de la Unión Europea– (*Case 130*/75, *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, de 1976) resolvió que la autoridad convocante de un concurso público (en el caso, la Secretaría del Consejo de las Comunidades Europeas, para cubrir un puesto de traductor) debe tomar en consideración los días de descanso religioso de los participantes del concurso, salvo cuando estos no son comunicados oportunamente a la autoridad y especialmente si la fecha del examen ya ha sido informada a los demás concursantes. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana consideró que el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) vulneró el derecho a la libertad de cultos del accionante (miembro de la Iglesia Evangélica de Quibdo) al no programar un día distinto al domingo para presentar el examen de estado para el ingreso a la Educación Superior (cfr. sentencia T-493 de 2010); y en la sentencia T-448 de 2007, dicha Corte determinó que la Universidad Nacional de Colombia vulneró el derecho fundamental a la libertad de cultos que profesa el demandante (Adventista del Séptimo Día), por no permitirle rendir el examen de admisión un día distinto al sábado.

La objeción de conciencia

31. En tanto que el reclamo formulado en autos aparentaría ser un caso de objeción de conciencia, interesa detenerse en este instituto, para determinar si, efectivamente, se trata de ella.
32. La objeción de conciencia es definida por el artículo 4º de la Ley N.º 29635, Ley de Libertad Religiosa, en los siguientes términos:

> *"La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas.*
>
> *Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo, moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece".*

33. La objeción de conciencia representa un claro exponente del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión. Así lo ha entendido, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al señalar (refiriéndose a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio) que, si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, *"ese derecho puede derivarse del artículo 18* (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)*, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias"* (Observación General Nº 22, 1993, nº 11).
34. Este Tribunal ha tenido oportunidad de ocuparse de ella en la STC 0895-2001-AA/TC (fundamento 7), detallando que *"el derecho constitucional a la objeción de conciencia* (…)*, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa"*. Es decir, la objeción de conciencia es la negativa al cumplimiento de una deber jurídico *"cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa"*, pudiendo dicha obligación *"provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional"* (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4).
35. También, este supremo intérprete de la Constitución ha precisado que "*la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos"* (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7).
36. En atención a ello, debe tenerse en cuenta que la objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas del objetor, sino que, tratándose de la protección de la libertad de conciencia y de religión, la objeción debe sustentarse en convicciones religiosas que, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado en el individuo *"un cierto nivel de obligatoriedad,*

seriedad, coherencia e importancia" (Sentencia *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, del 25 de febrero de 1982, n° 36); y, además, como este Tribunal ha resaltado en anterior oportunidad, "*la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente"*(STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7).

37. En la misma línea, si bien, por aplicación del derecho-principio de igualdad (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución), puede aceptarse que a través de la objeción de conciencia se protejan también convicciones que no sean estrictamente de carácter religioso, éstas, al menos, deben poseer una intensidad axiológica equiparable a lo religioso; es decir, ser convicciones o creencias que desempeñen en la vida del individuo un papel semejante al que ocupan los preceptos religiosos en quienes practican una religión tradicional, de las que se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento de la persona.
38. En atención a lo dicho, y conforme ya lo ha señalado este Tribunal, la procedencia de la negativa del objetor a someterse a la conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible, *"debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza* ipso facto *al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber"* (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7).
39. En efecto, resolver los conflictos de objeción de conciencia involucra, como se ha dicho en anterior ocasión, la necesidad de "*una razonable ponderación de los intereses que están en juego"* (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4), que concluya con determinar cuándo prevalece la objeción de conciencia y cuándo el deber legal objetado, por lo que el ejercicio de la objeción de conciencia no debería quedar limitado a unas concretas modalidades previstas en una ley, sino más bien debería ser, en último término, el juez quien, en cada caso concreto, pondere los derechos o bienes constitucionales en conflicto, teniendo en cuenta los límites de la objeción de conciencia, que, por supuesto, son los correspondientes a la libertad religiosa: la moral y el orden público, que, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12), deben entenderse como *las limitaciones previstas en la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás* (cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 18).
40. Revisada la doctrina precedente sobre la objeción de conciencia, este Tribunal concluye que los conflictos suscitados por exámenes programados en días que, según la religión de una persona, son de descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, no serían en estricto casos de objeción de conciencia, pues carecerían del requisito del *deber jurídico* a objetar (cfr. *supra*, STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 7), ya que la persona no estaría obligada legalmente a rendir el examen en cuestión.
41. Pero aun cuando no estemos ante casos de objeción de conciencia, no significa que en ellos no puedan suscitarse situaciones que exigen tutela del derecho de libertad religiosa. A este propósito, se hace necesario distinguir dos supuestos. El primero está referido a los exámenes correspondientes a una asignatura conducentes a la aprobación de ésta. En tal caso, asiste al alumno el derecho de solicitar un cambio de fecha del examen y la entidad educativa estatal, realizando un esfuerzo de acomodación o adaptación razonable que permita *armonizar* (cfr. artículo 3º, inciso "f", de la Ley de Libertad Religiosa) o conciliar la fecha de realización del examen con el respeto de la libertad religiosa del alumno, debería brindarle una fecha alternativa para rendir el examen.
42. Un segundo supuesto está referida a exámenes de admisión a entidades educativas estatales (por ejemplo, universidades), como es el caso de autos, convocados en el día de descanso religioso de algún concursante. En tales casos, el respeto al derecho-principio de igualdad exige que el examen tenga lugar simultáneamente para todos los concursantes, pues de esta forma se garantiza que haya una igual comparación de las capacidades y méritos de todos ellos, a fin de obtener, en igualdad de oportunidades y condiciones, una puntuación que les permita alcanzar una plaza y el orden de su adjudicación. En estas circunstancias, un examen realizado a algún postulante en fecha distinta a la de los demás, acarrearía el riesgo de romper injustificadamente esa igualdad en la evaluación de la capacidad y méritos de todos los concursantes, sea que el contenido del examen fuera el mismo o diferente en ambas fechas. Por estas razones, la entidad educativa no está obligada en este caso a señalar una fecha alternativa de examen para el concursante que, por razones de conciencia, solicite

rendir el examen en fecha distinta a la convocada. Sin perjuicio de ello, conforme al citado artículo 7º del Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa, las entidades educativas estatales deben procurar convocar a sus exámenes de admisión en fechas que no entren en colisión con el día de descanso religioso de los concursantes.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que respecta a la amenaza de afectación de los derechos a la libertad religiosa y a la educación, de acuerdo con el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta a la solicitud de devolución de los S/. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) pagados por la recurrente a la emplazada, conforme al artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.
3. **EXHORTAR** a la emplazada Universidad Nacional de San Agustín a fin de que, en lo sucesivo, atienda las solicitudes de las personas que manifiesten que, por razón de sus creencias religiosas, el día fijado para realizar un examen entra en colisión con lo establecido por su confesión religiosa como descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, conforme a los fundamentos 41 y 42, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional de San Agustín con el objeto de que disponga la designación de un día distinto al sábado para el rendimiento de los exámenes de admisión en los programas de CEPRUNSA (Centro Preuniversitario) o del examen de admisión ordinario de la Universidad emplazada. Asimismo, solicita subordinadamente la devolución de la suma de S/. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) con los intereses de ley o su compensación con otros estudios. Alega que se amenaza su derecho a la libertad religiosa y se afecta su derecho a la educación.
   Refiere la recurrente que es miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día y tener el sábado como día de descanso religioso. Refiere también que en febrero de 2011 se inscribió en el Concurso de Admisión 2011-CEPRUNSA III Fase, como postulante a la Escuela Profesional de Medicina Humana, efectuando los pagos correspondientes (S/. 520.00), en la creencia de que, como ha ocurrido en otras oportunidades, los exámenes se realizarían los días domingos, y por ser un programa ventajoso, con tres pruebas parciales, cuyo puntaje acumulado define el ingreso a la Universidad con menos competencia por la menor cantidad de postulantes. Pero al enterarse de que estos exámenes se darían los días sábados, solicitó rendirlos en fecha distinta, pedido que fue denegado, explicándosele que atender su solicitud significaría un gasto adicional para la Universidad, que no sería medida su capacidad

en igualdad con los demás concursantes y que podía enterarse o enterar a los demás de las preguntas del examen. Debido a que no se atendió su solicitud la recurrente dejó de asistir a clases.

2. El proyecto puesto a mi vista analiza de manera correcta la pretensión expuesta en su demanda por la actora, concordando en la desestimatoria de la demanda respecto a la alegada afectación del derecho a la libertad religiosa y a la educación, puesto que el establecimiento de un día determinado para el examen de admisión tiene como finalidad la evaluación en igualdad de condiciones de todos los postulantes a presentarse, en tal sentido la excepción de dicha regla implicaría que la transparencia de dicha evaluación pueda ser puesta en duda, por ende la entidad no está obligada a señalar una fecha alternativa para la concursante, puesto que la naturaleza del examen propiamente lo impide. Asimismo concuerdo con la declaratoria de improcedente del extremo referido a la solicitud de devolución de los S/. 520.00 muevos soles, puesto que ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, siendo de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
3. No obstante lo expresado no comparto el tercer punto de la parte resolutiva que *exhorta* a la emplazada a fin de que en lo sucesivo atienda las solicitudes de las personas que manifiesten que, por razón de sus creencias religiosas, el día fijado para realizar un examen entra en colisión con lo establecido por su confesión religiosa como descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella, puesto que nos encontramos ante una decisión que propiamente desestima las pretensiones considerando que no existe afectación a los derechos invocados por la recurrente, en tal sentido al rechazarse las pretensiones formuladas no puede disponerse cuestión alguna al emplazado, puesto que ello implicaría que tácitamente sí se reconozca responsabilidad en éste, situación que no ocurre en este caso. Asimismo cabe expresar que existen obligaciones que les compete a todos los entes tanto estatales como particulares, razón por la que exhortar algo que la Constitución Política del Estado y la Ley les exige, está por demás.

Por lo expuesto considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA** en lo que respecta a la amenaza de afectación de los derechos a la libertad religiosa y a la educación, de acuerdo con el artículo 2° del Código Procesal Constitucional. Asimismo corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta a la solicitud de devolución de los S/. 520.00 (quinientos veinte y 00/100 nuevos soles) pagados por la recurrente a la emplazada, conforme al artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

VERGARA GOTELLI

8
STC 3045-2010-PHC/TC, caso *Sebastián Ramírez Quijano, a favor de doña Anilda Noreña Durand*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Sebastián Ramírez Quijano a favor de doña Anilda Noreña Durand, contra la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 35, su fecha 12 de julio de 2010, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de junio de 2010 don Sebastián Ramírez Quijano interpone demanda de hábeas corpus por derecho propio y a favor de doña Anilda Noreña Durand, y la dirige contra la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Sullana, a fin de que cese la violación del derecho a la libertad de culto y de religión.

Refiere que la favorecida ha sido condenada a 15 años de pena privativa de la libertad por el delito de tráfico ilícito de drogas y que en el centro penitenciario antes mencionado se le viene prohibiendo que en los días de visita pueda tener acceso a su Biblia para poder realizar el estudio debido y compartir con otras personas que también van de visita en esos días. Asimismo, señala que en el día de visita se le ha retenido su Biblia a él y a otros visitantes en el momento en que hacían su ingreso al establecimiento penitenciario, y que ésta se les ha devuelto a la hora de salida, lo cual, vulnera el derecho invocado.

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana, con fecha 27 de junio de 2010, declara improcedente la demanda por considerar que los agravios esbozados por el recurrente no se encuentran dentro del radio de protección del proceso de hábeas corpus, ya que en puridad se trata de una presunta afectación del derecho a la libertad de credo o religión, siendo la vía adecuada la del proceso de amparo. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, con fecha 12 de julio de 2010, confirmó la apelada por fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que cese la violación del derecho a la libertad religiosa, y que, en consecuencia, **i)** no se le prohíba a la favorecida Anilda Noreña Durand el acceso a su Biblia en los días de visita (sábados y domingos), y **ii)** no se le prohíba al recurrente Sebastián Ramírez Quijano y otros visitantes el ingreso al Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Sullana con sus Biblias en los días de visita.

Cuestión previa

2. La Constitución establece expresamente en el artículo 200.º, *inciso* 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos, puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues, para ello es necesario analizar previamente si tales actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
3. En el caso concreto, en cuanto a la prohibición de ingreso del recurrente y otros visitantes al Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Sullana con sus Biblias en los días de visita, lo que resultaría vulneratorio del derecho a la libertad de credo y de religión, dicho alegato carece de un vínculo de conexidad o de incidencia negativa concreta en el derecho a la libertad personal, por lo tanto, lo pretendido resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus, por lo que en este extremo la demanda deber ser declarada improcedente, conforme lo señala el artículo 5.1. del Código Procesal Constitucional.
4. En cuanto a que se ha prohibido a la favorecida Anilda Noreña Durand el acceso a su Biblia en los días de visita, lo cual sería vulneratorio del derecho a la libertad de credo y de religión, este Tribunal ha precisado en reiterada jurisprudencia que tales derechos fundamentales o aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal pueden ser protegidos a través del *hábeas corpus correctivo* siempre que se busque cuestionar las condiciones de reclusión.

El derecho a la libertad religiosa

5. El artículo 2.°, inciso 3, de la Constitución señala que toda persona tiene derecho "a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público". Sobre el particular, este Tribunal en el Exp. N.º 0256-2003-HC/TC, FJ 15 ha precisado que "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".
6. De modo similar este Tribunal en el Exp. N.º 02700-2006-PHC/TC ha señalado que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión, da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla. Así, una vez formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se exterioriza ya sea en la concurrencia a lugares de culto, en la práctica de los ritos de veneración, e incluso en la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, entre otros).
7. No obstante lo anterior el derecho a la libertad religiosa, al igual que los demás derechos fundamen-

tales, no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En todo caso, la legitimidad de tales restricciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad. Por cierto, las restricciones también alcanzan a las personas que se encuentran en un régimen especial de sujeción, como por ejemplo, establecimientos penitenciarios, hospitales, asilos, etc.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

8. En el caso constitucional de autos el accionante alega que se viene prohibiendo que la favorecida Anilda Noreña Durand pueda tener acceso a su Biblia en los días de visita. Al respecto, del contenido del audio que obra a fojas 40, que materializa todo lo actuado en la audiencia de vista de la causa, se advierte que la Directora del Establecimiento Penitenciario de Sullana, María Esther Flores Quispe, señala que:

> "En el Establecimiento Penal de Sullana hemos establecido un horario de visita para los diferentes grupos religiosos, específicamente, en el caso de los grupos evangélicos, tienen el horario de los días jueves de dos y treinta a cuatro y treinta de la tarde, y los días sábados de nueve y treinta a once y treinta de la mañana. El día 26 de enero, me presenta una solicitud justamente la señora Noreña, pidiéndome que el culto que ella profesa se haga diariamente, para tal efecto me solicita realizar las reuniones en el taller pequeño, porque el establecimiento es bastante chico, el cual es autorizado con mi visto bueno (...). Ellos tienen su rezo o su oración todos los días de la semana. Otra solicitud que me presenta la señora Noreña es con fecha 13 de abril, la autorización para el ingreso del bombo para las "alabanzas del señor", el cual también fue atendido, con visto bueno.
>
> Dentro del penal, al grupo bastante reducido que es el grupo evangélico nunca se les ha prohibido absolutamente nada, es el grupo que más visita tiene y todo está en el libro de ocurrencias.
>
> Los días sábados y domingos son los días de visita, y lo que sucede es que antes del Domingo 27 venían haciendo sus oraciones y alabanzas en voz alta, incomodando a las demás mesas (...), y lo que se les ha pedido es que por favor conversen o hablen de Dios en voz baja (sin hacer bulla), no se les está prohibiendo nada, lo único que se les está pidiendo es el respeto a las siguientes mesas".
>
> Por su parte, estando presente la favorecida en la mencionada audiencia señaló que:
>
> > "Está como testigo mi hermano Sebastián que me viene visitando siempre y me viene a compartir la palabra de Dios, a él a la hora de ingreso se le ha retenido la Biblia el día domingo y a todas mis hermanas que han venido de visita (…)".
>
> La Directora del establecimiento penitenciario concluye:
>
> > "No podríamos hablar de prohibiciones o de quitarle la Biblia, porque todas las señoras dentro de la población tienen una Biblia. En el caso que hubiera retenido o que este la Biblia afuera, ellas tienen su Biblia, nosotros no le podemos prohibir que tengan su Biblia dentro de la población".

9. De lo expuesto se advierte que la favorecida se encuentra ejerciendo su derecho a la libertad religiosa, pues viene practicando los actos de culto o ritos de veneración, habiéndole brindado la autoridad penitenciaria las facilidades para tal ejercicio, tales como el establecimiento de un horario de visita para los diferentes grupos religiosos los días jueves y sábados, la concesión de un ambiente para la oración o el rezo todos los días de la semana y el ingreso de un bombo. Finalmente, conviene precisar que la restricción o la retención de la Biblia a los visitantes durante los días sábados y domingos (días de visita) no supone para la favorecida la prohibición del acceso a su Biblia, pues ésta cuenta con una

Biblia en el establecimiento penitenciario; de lo que se colige que no se ha producido la violación del derecho a la libertad religiosa, por lo que en este extremo la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, conforme a lo expuesto en el fundamento 3.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al cese de la prohibición para que la favorecida Anilda Noreña Durand pueda tener acceso a su Biblia en los días de visita al no haberse producido la violación del derecho a la libertad religiosa.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

9
STC Nº 2700-2006-PHC/TC, caso *Víctor Alfredo Polay Campos*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de marzo de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Alfredo Polay Campos contra la sentencia de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 352, su fecha 29 de diciembre de 2005, que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, el Ministro de Defensa, el Presidente del Comité Técnico del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao y el Jefe del Centro de Reclusión de máxima seguridad de la Base Naval del Callao, por la presunta vulneración de sus derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica; y a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena. En consecuencia, solicita que se disponga su traslado a un penal de máxima seguridad para civiles, que se encuentre a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE).

La demanda se fundamenta en los siguientes argumentos:

- El accionante se encuentra en un centro de reclusión militar pese a haber sido condenado, en un primer momento, por el supuesto delito de terrorismo en el fuero común. Asimismo, señala que, si bien en la actualidad su proceso se encuentra en trámite, su permanencia en la Base Naval vulnera el principio de igualdad de armas en el proceso, puesto que deberá responder en juicio por los enfrentamientos ocurridos entre la Marina de Guerra del Perú y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (en adelante MRTA).
- De otro lado, señala que los internos no se encuentran adecuadamente distribuidos, puesto que no se ha tomado en consideración los antagonismos ideológicos y políticos que existen entre los miembros del MRTA y de Sendero Luminoso.
- Si bien las condiciones de su reclusión se flexibilizaron una vez concluido el gobierno de Alberto Fujimori –en que fue sometido a un régimen de crueldad de acuerdo a lo señalado por la Cruz Roja Internacional–, el reducido número de reclusos del penal le impide entablar relaciones normales con otras personas y revertir, en cierta forma, el daño psicológico ocasionado durante el tiempo en que fue sometido al régimen de silencio e inactividad total.

– Finalmente, señala que lleva trece años recluido, sin condena, siendo privado de sus derechos a la libertad de culto, a ser asistido por un consejero espiritual, a la educación, a la libertad de creación intelectual, a la información, a la libertad de expresión y a los beneficios penitenciarios.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria del demandante, quien se ratifica en el contenido de su demanda (fojas 18 a 22). Por su parte, los demandados coinciden en señalar que el tratamiento de los internos del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao está a cargo del INPE y que el demandante ha sido recluido en dicho establecimiento, junto a otros civiles, por ser considerado un reo "de alta peligrosidad". Asimismo, niegan que esté siendo víctima de algún tipo de afectación a su integridad física o psicológica, más aún si el régimen de reclusión impuesto al recurrente se ha ido flexibilizando gradualmente. Finalmente, descartan la necesidad de que sea trasladado a otro establecimiento penitenciario puesto que el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao está adecuadamente preparado para prevenir cualquier tipo de enfrentamiento entre los integrantes del MRTA y Sendero Luminoso (fojas 32 a 40, 193 a 206 y 213 a 214).

Asimismo, con fecha 27 de setiembre de 2005, la Juez del Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de Lima se dirigió a los ambientes del Centro de Reclusión Especial de la Base Naval del Callao, con el objeto de llevar a cabo la diligencia de constatación de la celda en que permanece recluido el demandante (fojas 170).

3. Resolución de primer grado

Con fecha 27 de octubre de 2005, el Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundada la demanda en el extremo en que alega la vulneración de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica, a la socialización y a la rehabilitación. Asimismo, declara fundada la demanda en el extremo relativo al INPE, disponiendo que una vez culminado el proceso judicial se efectúe una clasificación y se traslade al demandante, de ser el caso, a otro establecimiento penitenciario de máxima seguridad. Finalmente, declara improcedente la demanda respecto de aquellos emplazados que, a la fecha, no se encuentran ejerciendo el cargo por el cual fueron demandados.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 29 de diciembre de 2005, la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos de Reos en Cárcel, declaró infundada la demanda por considerar que no se ha acreditado la existencia de una efectiva vulneración a los derechos fundamentales invocados en la demanda, más aún si las actuaciones de los demandados se han ajustado a las normas reglamentarias que regulan la materia.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis integral de lo actuado se desprende que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional ordene su traslado a un penal de máxima seguridad para civiles y que esté a cargo del INPE. Considera que, al estar recluido en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao (en adelante, CEREC), se afectan sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica; y a la resocialización, reeducación y rehabilitación como fines de la pena.

Análisis constitucional del caso concreto

2. Previamente a resolver la cuestión de fondo, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar que el proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha,

sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

3. Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como *hábeas corpus correctivo*.

Sobre la naturaleza –civil o militar– del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao

4. Ahora bien, una primera cuestión que el demandante considera que atenta contra sus derechos fundamentales invocados está relacionada con el carácter –civil o militar– del establecimiento penitenciario en el cual se encuentra. Según afirma, está recluido en un establecimiento penitenciario militar, siendo que el sistema penitenciario debe estar bajo el control civil y no militar. El Tribunal Constitucional no comparte esta afirmación del demandante.
5. Ello por cuanto que, de conformidad con la Disposición Final Única del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, de fecha 19 de agosto de 2001,

> "El Ministerio de Justicia y el Ministerio de Defensa podrán celebrar, con la participación del Instituto Nacional Penitenciario y la Marina de Guerra del Perú, Convenios de Cooperación Interinstitucional relacionados con la administración del CEREC, regulación del régimen de vida y tratamiento y el desarrollo de las acciones de tratamiento de los internos recluidos en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao".

6. Si bien es cierto que la custodia de los procesados y sentenciados que están en el CEREC está a cargo de efectivos de la Marina de Guerra del Perú, ello no convierte, necesariamente, a dicho establecimiento penitenciario en uno de carácter militar, por cuanto que según el artículo 41º del mencionado Decreto Supremo, es el Comité Técnico, presidido por el Presidente del INPE –en representación del Ministerio de Justicia–, un representante de la Defensoría del Pueblo entre otros, el que asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del Reglamento del CEREC. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimada.
7. La segunda cuestión que el demandante considera lesivo de sus derechos fundamentales es que, al estar recluido conjuntamente con miembros de Sendero Luminoso no se le permite que se desarrolle como persona, dadas las profundas diferencias políticas e ideológicas que existe con aquellos. Este hecho, según afirma, no le permite realizar una convivencia social adecuada; lo que sí lograría, según dice, si es que se le permitiera relacionarse con otras personas que tengan afinidad, amistad, cultura y estudios semejantes.
8. Este Colegiado no comparte las afirmaciones del demandante. Conforme dispone el artículo 63º del Código de Ejecución Penal:

> "El interno es clasificado en grupos homogéneos diferenciados, en el Establecimiento Penitenciario o sección del mismo que le corresponda, determinándose el programa de tratamiento individualizado".

Ello quiere decir que la clasificación de los internos se realiza en función de criterios objetivos y técnicos con la finalidad de que se elabore y determine el programa de tratamiento individualizado de cada interno. Lo que obedece a la necesidad de que se dé cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución del Estado. Por ello es que existen "Normas de Clasificación para internos Procesados y/o Sentenciados a nivel nacional" (Directiva N.º 001-97-INPE/DGT).

9. Es más, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal (artículo 11º) y con su Reglamento (artículo 46º), la orientación ideológica y política no son criterios técnicos de clasificación de los internos tal como lo ha previsto el legislador; por lo que este Tribunal considera que no se afectan los derechos que invoca el actor por el hecho de estar en un establecimiento penitenciario en el cual se encuentran también internos con distinta orientación política e ideológica. Claro está, ello no exime a que la autoridad penitenciaria garantice la seguridad e integridad personal de cada uno de los internos.
10. En el caso específico, el demandante se encuentra comprendido dentro de los alcances de los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS, según el cual el CEREC alberga a los jefes o dirigentes principales de las organizaciones delictivas que se encuentren procesados o sentenciados por delitos de terrorismo, traición a la patria, contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas o delitos contra la humanidad y por razones fundadas de seguridad nacional; lo que no obsta para que se señale que el régimen penitenciario del CEREC se fundamente en la convivencia pacífica, el trabajo y el desarrollo de actividades culturales y educativas, y la seguridad dentro del respeto a los derechos fundamentales y a la Constitución. En este extremo, por tanto, tampoco este Tribunal encuentra que se hayan afectado los derechos invocados por el demandante.

Sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa

11. La tercera cuestión tiene que ver con la supuesta afectación del derecho a la libertad religiosa. El demandante señala que durante trece años se le ha impedido ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa, pues no obstante haber solicitado en múltiples oportunidades la asistencia de un consejero espiritual, dicha solicitud le ha sido denegada. Por su parte, en su declaración de descargo, de fecha 04 de octubre de 2005 (fojas 193) los emplazados no han desvirtuado lo alegado por el demandante.
12. Al respecto, el artículo 2° inciso 3 de la Constitución, reconoce como derecho fundamental de toda persona "(...) la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público". En sentencia anterior (STC 0256-2003-HC/TC, FJ 15) este Colegiado señaló que:

    > "[l]a 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".

13. Es innegable que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de las personas a profesar una determinada religión, da lugar también al derecho a practicar los actos de culto y a *recibir la asistencia religiosa* correspondiente sin que se atente contra el orden público o contra la moral pública. Y es que la libertad religiosa no sólo se expresa en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicarla. Así, una vez formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se exterioriza ya sea en la concurrencia a lugares de culto, a la práctica de los ritos de veneración, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, entre otros).
14. Pero es parte también del contenido, del derecho en mención, recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros. Ello es así en la medida que existe íntima relación de la libertad religiosa con el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), por lo que es un derecho que el Estado debe proteger, si bien dentro de los límites previstos en nuestra Constitución.
15. El derecho fundamental a profesar una religión, en consecuencia, está reconocida en la Constitución pero, al igual que los demás derechos fundamentales, no como un derecho absoluto o sin límites. Por ello, negar la titularidad de dicho derecho sería inconstitucional, mas no regular las

condiciones de su ejercicio; más aún si el demandante se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario de alta seguridad. Por ello, atendiendo a que la Constitución establece como derecho fundamental de todas las personas –incluido los reclusos– a la libertad religiosa –la misma que se asienta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana– y que el principio del régimen penitenciario tiene por objeto reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad, recibir asistencia religiosa como un medio penitenciario y como un fin en sí mismo de resocialización a través de la fe, no constituye una violación constitucional a los valores del orden público y a la seguridad ciudadana.

16. Dicho esto, es evidente que la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, *prima facie*, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44º de la Constitución le corresponde también proteger al Estado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que, no habiéndose desvirtuado las afirmaciones, en este extremo, del demandante, el Comité Técnico del CEREC debe evaluar y responder la solicitud del demandante, a fin de no vulnerar su derecho a la libertad religiosa.

Sobre el derecho fundamental a la libertad de información

17. El recurrente también alega la presunta vulneración de su derecho fundamental a la libertad de información, pues afirma que no se le permite conceder entrevistas y conversaciones sobre su situación personal y jurídica que, muchas veces, los medios de comunicación tergiversan y que, por derecho, requiere de rectificaciones. Sobre esto, es pertinente dejar establecido que las personas internadas en un establecimiento penitenciario no pierden sus derechos fundamentales por el mero hecho de estar recluidos, ya sea como procesados o sentenciados.
18. Sin embargo, es igualmente verdad que los derechos fundamentales no son absolutos y, por ende, pueden ser restringidos con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. De ahí que el derecho a la libertad de información puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario. Esto, sin embargo, no se configura en el caso del demandante, pues, como él mismo lo afirma (fojas 33), tiene acceso a libros y periódicos para lectura y a determinados medios de comunicación (radio, televisión). Motivo por el cual, se aprecia que la autoridad penitenciaria está respetando su derecho a la libertad de información.

Sobre el beneficio penitenciario de la visita íntima

19. Finalmente, el actor cuestiona el hecho que no se le haya otorgado el beneficio penitenciario de la visita íntima. Sobre esta cuestión se ha de señalar que el Tribunal Constitucional ha afirmado (STC 0842-2003-HC/TC, FJ 3) que:

> [e]n estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. (...) En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. (...) Por otro lado, no cabe duda que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción del acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables.

20. En ese sentido, la visita íntima en nuestro ordenamiento jurídico-penitenciario y tal como dispone el artículo 58º del Código de Ejecución Penal es un beneficio penitenciario que "tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino". Su concesión,

como todo beneficio penitenciario, está sujeto no sólo al cumplimiento de determinados requisitos previstos en el artículo 195º *in fine* del Reglamento del Código de Ejecución Penal, sino también a la valoración positiva que en este caso le corresponde analizar y resolver al Comité Técnico, tal como dispone el artículo 22º del Decreto Supremo N.º 024-2001-JUS y no al Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo referido al traslado del demandante a otro establecimiento penitenciario.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido al derecho a la libertad religiosa; en consecuencia, ordena que el Comité Técnico del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, resuelva la solicitud del demandante en el extremo referido a la visita de un sacerdote católico.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI

10
STC 256-2003-PHC/TC, caso *Segundo José Quiroz Cabanillas, a favor de don Francisco Javier Francia Sánchez*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días de abril de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo José Quiroz Cabanillas contra la resolución de la Segunda Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 35, su fecha 24 de octubre de 2002, que declaró que carece de objeto emitir pronunciamiento por haberse producido la sustracción de la materia.

ANTECEDENTES

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 S/. 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 Turno 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 pronunciamiento previo. Asimismo, determinó que la Juez de Turno se constituya en dicho hospital para verificar el cumplimiento de la resolución de fecha 14 de octubre de 2002, que ordenó la entrega del cadáver.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Determinación del petitorio

1. De acuerdo con el artículo 200°, inciso 1) de la Constitución, el proceso constitucional de hábeas corpus tiene por objeto la protección del derecho a la libertad individual así como los derechos conexos

a él. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se ordene la entrega del cuerpo del que en vida fue don Francisco Javier Francia Sánchez.
En los términos en los que se ha formulado la pretensión, la violación del derecho a la libertad individual se habría generado por la indebida retención del cadáver de don Francisco Javier Francia Sánchez.

2. Si sobre la base de tal pretensión debiera resolverse el presente hábeas corpus, éste debería declararse improcedente. Sucede que la vida es la condición necesaria para que pueda titularizarse un derecho fundamental y, entre ellos, la libertad locomotora. Por tanto, no pudiendo los difuntos ser titulares de derechos fundamentales, no podrían resultar lesionados de los mismos. Un tribunal de la justicia constitucional de la libertad, como este Colegiado, evidentemente, no podría expedir una sentencia que ordene que las cosas vuelvan al estado anterior de la supuesta violación de los derechos, conforme se ordena en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.
3. ¿Pero, en un pronunciamiento de tal naturaleza debería terminar este caso? Este Colegiado considera que la respuesta es negativa. Atendamos a los hechos. Después del cuestionamiento formulado con el objeto de que se ordene la devolución del cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez, este Tribunal ha ponderado también una dramática solicitud de tutela de los derechos constitucionales de los familiares del occiso, derechos cuyo ejercicio pudo ser conculcado con el impedimento de velar y enterrar el cuerpo de su pariente por determinados funcionarios del "Hospital Dos de Mayo".
El acto reclamado en este proceso, en efecto, compromete el ejercicio de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el referido a la libertad religiosa; específicamente, el derecho a la manifestación libre de creencias, así como, relacionalmente, el derecho a la integridad personal, concretamente, el derecho a la integridad moral.

Iura novit curia y contradictorio en el proceso de hábeas corpus

4. Sin embargo, antes de determinar si el acto cuestionado lesiona, o no, dichos derechos fundamentales, es preciso que este Tribunal evalúe si tiene competencia para pronunciarse sobre tal punto, habida cuenta que dichos derechos no fueron alegados en la demanda y tampoco fueron refutados en el contradictorio.
5. Este Tribunal ya se ha encontrado en diversas ocasiones frente a una situación semejante. En todas ellas ha sostenido, y no existen razones para que aquí se cambie de criterio, que el hecho de que no se aleguen determinados derechos y, por tanto, que el contradictorio constitucional no gire en torno a ellos, no es óbice para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre esos y otros derechos.
Como en aquellos casos se sostuvo, el principio del *iura novit curia* constitucional no tiene los mismos alcances que el que rige en otro tipo de procesos, pues los derechos subjetivos constitucionales, a su vez, están reconocidos por disposiciones constitucionales, cuya aplicación, más allá de que no hayan sido invocados, o no se hayan identificado correctamente, corresponde decidir al juez de la constitucionalidad (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).
6. A lo dicho, debe agregarse lo siguiente. Los alcances del *iura novit curia* constitucional no tienen por efecto alterar el contradictorio en el seno de un proceso constitucional de la libertad, toda vez que, como pusiéramos en evidencia en la STC N.º 0976-2001-AA/TC, en estos procesos se juzga al acto reclamado, reduciéndose la labor del juez constitucional, esencialmente, a juzgar sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.
De modo que, no existiendo alteración de los comportamientos juzgados como inconstitucionales (acto reclamado), tampoco existe una alteración del contradictorio que podría dejar en indefensión a alguna de las partes.

Procedencia del hábeas corpus para la tutela de los derechos a la integridad personal y la libertad de creencias

7. Pero aún antes de ingresar a evaluar las razones de fondo, queda pendiente por resolver dos problemas de procedibilidad.

En primer lugar, si mediante el hábeas corpus este Tribunal podría pronunciarse sobre la lesión, o no, de los derechos a la libertad de creencias y a la integridad personal.

8. El artículo 25° del Código Procesal Constitucional señala que el derecho susceptible de protección mediante el Hábeas Corpus es la libertad individual. Dentro de su contenido, enuncia los derechos a la integridad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Sin embargo, dicho precepto no enuncia a la libertad de creencias, la que como contenido de la libertad religiosa, por el contrario, constituye un derecho susceptible de protección mediante el amparo. ¿Ello impide que este Tribunal pueda pronunciarse sobre este último derecho?

   Debido a la singularidad del caso, la respuesta debe ser negativa. La posibilidad de que la libertad religiosa y, dentro de su contenido, la libertad de creencias, sea susceptible de una protección exclusiva mediante el proceso constitucional de amparo, está supeditada a que su eventual lesión repercuta íntegra y exclusivamente sobre su contenido constitucionalmente protegido, y no en aquellos supuestos en los que la eventual lesión sea consecuencia relacional de haberse afectado uno de los contenidos de la libertad individual, como se ha planteado en el presente caso.

   Tal aseveración se ajusta también a las exigencias que imponen los principios de economía procesal y de prevalencia del derecho material sobre el derecho adjetivo, incorporados como principios que rigen los procesos constitucionales en el primer y tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

   Por consiguiente, el Tribunal Constitucional es competente, *ratione materiae,* para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

9. El segundo aspecto en torno a la procedencia, o no, del hábeas corpus, tiene que ver con el hecho de que, si pese al tiempo transcurrido, todavía es posible que este Tribunal expida una resolución sobre el fondo.

   Como se sabe, la finalidad de los procesos constitucionales contemplados en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional es la protección de los derechos fundamentales. En este mismo enunciado normativo se alude a la hipótesis de que cuando se produzca el cese del acto lesivo, o cuando el derecho haya devenido en irreparable, se declarará fundada la demanda, siempre y cuando estos supuestos se hayan producido después de presentada la demanda.

   Entre tanto, de acuerdo al artículo 5°, inciso 5) del mismo Código Procesal Constitucional, una de las causales de improcedencia de este tipo de procesos es que se haya producido el cese del acto reclamado o hubiese devenido en irreparable el agravio ocasionado al derecho fundamental. Sin embargo, para que tal supuesto de improcedencia pueda prosperar, es preciso que tales hechos se hayan producido *antes* de la presentación de la demanda.

10. Las resoluciones recurridas mediante el recurso de agravio constitucional han considerado que en el caso se habría producido la sustracción de la materia, puesto que antes de que se interpusiera el presente hábeas corpus, el recurrente obtuvo una sentencia estimatoria, que dispuso que el Director del Hospital "Dos de Mayo" entregara el cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez.

11. El Tribunal Constitucional no comparte ese criterio. En primer lugar, porque si bien poco después de la presentación de la demanda de hábeas corpus, el 15 de octubre, se había dictado una resolución judicial que ordenaba el cese del acto lesivo, éste no fue acatado por los funcionarios del Hospital Nacional "Dos de Mayo". En efecto, cuando los familiares del occiso se constituyeron a dicho nosocomio, un funcionario distinto al inicialmente emplazado se opuso a la entrega del cadáver, lo que motivó que se interpusiera este hábeas corpus.

    El Tribunal considera que no se puede declarar improcedente una demanda con el argumento de que se ha producido la sustracción de la materia, cuando la afectación no ha cesado; es ésta, y no la existencia de pronunciamiento judicial previo (que no fue acatado), una de las causales por las cuales el juez pudo declarar la sustracción de la materia.

12. En segundo lugar, porque si acaso el cese del acto lesivo se hubiese producido después de presentada la demanda, aún sería preciso que el juez evaluase si, por las especiales características del caso, sería necesario que se expida una sentencia sobre el fondo en aplicación del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

Tal facultad (y no, por tanto, una obligación) es un arma con la que el legislador ha dotado al juez constitucional para que, en atención a la magnitud de la lesión de un derecho fundamental o a la eventualidad de que se reproduzca el mismo acto posteriormente, evalúe detenidamente si aún es posible, por ser necesario, que se expida una sentencia sobre el fondo.

Ello se justifica no sólo en el principio de economía procesal, sino, fundamentalmente, en el carácter objetivo que también tienen los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, en la consideración de que tales derechos no sólo constituyen atributos subjetivos fundamentales del ser humano, sino que son el sistema material de valores sobre el que reposa el sistema constitucional en su conjunto, de manera que éste ha de irradiarse a todo el sistema jurídico, a la par de generar, particularmente en la actuación de los órganos del Estado, un "deber especial de protección" para con ellos.

13. En ese sentido, en la medida en que en el presente caso el cese de la afectación se habría producido después de presentada la demanda, resulta aplicable el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, por lo que este Tribunal es competente, *ratione materiae,* para conocer el fondo de la controversia constitucional.

Libertad religiosa

13. El artículo 2°, inciso 3) de la Constitución, reconoce como derecho fundamental de toda persona "(...) la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público".
14. En la STC N.° 0895-2001-AA/TC, este Tribunal hizo algunas precisiones sobre el contenido de la libertad religiosa, señalando que consiste en "(...) el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto".
15. Por su parte, en la STC N.° 3284–2003–AA/TC, 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.

17. Por cierto, como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público; particularmente, con la libertad de culto. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente.
18. En el caso, que el rito relativo a la sepultura digna de los muertos por parte de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez fue objeto de restricciones por las autoridades del Hospital "Dos de Mayo". Asimismo, es claro que tales actos no tomaron en cuenta, ni invocaron, ninguno de los límites a los cuales está sujeto el ejercicio de dicho rito.
    Por ello, el Tribunal Constitucional considera que los demandados, al no entregar el cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez a sus familiares, impidieron que se le brinde sepultura digna, constituyendo, por ello, la retención de su cadáver, un ilegítimo impedimento del ejercicio de la libertad de culto.

Integridad personal

19. Como se señaló en la STC N.° 2333-2004-HC/TC, el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución de 1993 reconoce el derecho a la integridad en tres ámbitos: físico, moral y psíquico.
    Las circunstancias especiales que rodean al presente caso, expuestas en esta sentencia, permiten a este Tribunal Constitucional concluir que el acto reclamado tiene incidencia en uno de los contenidos del derecho a la integridad personal de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez. En concreto, la integridad moral.
    En efecto, dado que el derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental.
    La práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares.
20. En el caso, el grado de afectación de la integridad moral es tal que el acto reclamado linda con un trato cruel, inhumano o degradante, puesto que constituye una práctica cuyo fin es "(...) despertar en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, además de humillación y degradación, con la finalidad de obtener información, como medio intimidatorio, como castigo o medida preventiva, para intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como castigo o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación u otro fin".
    En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que el comportamiento de los funcionarios del Hospital Nacional "Dos de Mayo" constituyó una violación del derecho a no ser objeto de un trato inhumano, de tal gravedad o severidad, que lograron despertar sentimientos de angustia y sufrimientos de especial intensidad[8] en los familiares del occiso Francisco Javier Francia Sánchez, con el objeto de intimarlos al pago de la deuda por los servicios prestados por dicho hospital.

Violación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos

21. Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que en la ocurrencia de los hechos también se ha acreditado la violación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos. En efecto, pese a que judicialmente se dispuso que las autoridades del Hospital "Dos de Mayo" entregasen el cadáver de don Francisco Javier Francia Sánchez, éstas no lo hicieron, de modo que el objetivo por el cual fue interpuesto el primer hábeas corpus no fue cumplido.

De acuerdo con el artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo individuo tiene derecho a la protección judicial, es decir, a un recurso efectivo, idóneo, sencillo y rápido para la protección de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el recurso que provea el Estado para la salvaguarda de los derechos conculcados, debe ser idóneo para protegerlos. Añadiendo que no sólo tiene que estar prescrito por la normatividad nacional, sino que tiene que ser accesible al individuo, real y no ilusorio, es decir, que fácticamente garantice la obtención de su objeto, que es la protección de los derechos vulnerados. La idoneidad va de la mano con la sencillez que caracteriza a dicho recurso, dada la premura con la que se requiere su efectividad, por lo que debe ser de acceso sencillo al ciudadano.

En el caso de autos, como antes se ha dicho, pese a que se ordenó la entrega del cuerpo del occiso a los familiares, el mandato no fue acatado por los funcionarios del Hospital, vulnerándose, de ese modo, el derecho a la protección judicial efectiva.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Dispone que se remita copia de los actuados pertinentes al Ministerio Público para que se proceda de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

11
STC 1004-2006-PHD/TC, caso *Miguel Alejandro Guerra León*

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 17 de abril de 2007

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Alejandro Guerra León contra la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 78, su fecha 8 de setiembre de 2005, que declara improcedente *in límine* la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 27 de agosto de 2003 el recurrente interpone demanda de hábeas data contra el Arzobispo de Lima ingeniero Juan Luis Cipriani Thorne con el objeto de que se rectifique, anule y borre información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se le siga considerando como miembro de la Iglesia; asimismo solicita que por Decreto Arzobispal se le considere incurso en apostasía y cisma, tal como se define en el Canon 751 del *Codex Iuris Canonici*, cuyo tenor a la letra cita en su demanda: "Se llama herejía la negación pertinaz, después de haber recibido el bautismo, de una verdad que ha de creerse con fe divina y católica, o a la duda pertinaz sobre la misma; apostasía es el rechazo total de fe cristiana, cisma, el rechazo a la autoridad del sumo pontífice o de la comunión con los miembros de la iglesia a él sometidos".
2. Que tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada *liminarmente*, bajo el argumento de que mediante la acción constitucional de hábeas data no se puede exigir se emita algún Decreto Arzobispal mediante el cual se considere a un miembro de la iglesia católica en apostasía y cisma, ya que esta tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales previstos en el artículo 2°, incisos 5 y 6 de la Constitución, y en la demanda lo que se pretende es obligar a una autoridad eclesiástica a que excluya el nombre de un feligrés de un archivo bautismal.
3. Que de la demanda se desprende que el recurrente formula dos pretensiones, las cuales deben ser analizadas por separado:

    a) Que se rectifique, anule y borre información contenida en los archivos del arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se le siga considerando como miembro de la Iglesia Católica.

    b) Que por Decreto Arzobispal se le considere incurso en apostasía y cisma, tal como se define en el Canon 751 del *Codex Iuris Canonici*.

4. Que respecto a la primera pretensión contenida en el fundamento 3.a) de la presente demanda, esta puede dividirse en dos partes:
   a.1) Que se anule la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima.
   a.2) Que se rectifique y borre la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se siga considerando al recurrente como miembro de la Iglesia Católica.
5. Que respecto al extremo a.2) reseñado *supra*, debe precisarse que, para que se pueda borrar y rectificar la información contenida en los Archivos del Arzobispado, es necesario proceder antes a su anulación, pues no es posible pedir la rectificación y borrado de la información si antes no se ha hecho ello. En tanto subsista tal información no puede rectificarse dado que continúa siendo información exacta y cierta. Por esta razón, siendo el petitorio contenido en a.2), subordinado al petitorio contenido en a.1), corresponde analizar como cuestión central si aquél puede ser o no atendido en el proceso de hábeas data.
6. Que el petitorio de que se anule la partida de bautismo y eventualmente cualquier otro documento en que pudiera constar cualquier otro sacramento del recurrente, se halla vinculado a la protección de la libertad de conciencia y de religión, reconocidos por el artículo 2º, inciso 3), de la Constitución. En efecto, la libertad de conciencia garantiza a la persona la libertad de adoptar una concepción determinada del mundo y, en consecuencia, actuar de conformidad con tales postulados. Por su parte, la libertad de religión garantiza, entre otros atributos, lo que se denomina libertad negativa de religión y, ciertamente, la actuación conforme a esta opción.
7. Que esto no significa en absoluto una valoración sobre el fondo de la controversia sino únicamente la precisión de que la pretensión del recurrente está vinculada a la protección de la libertad de conciencia y de religión y que, en consecuencia, lo procesalmente relevante es que no es el proceso de hábeas data la vía para la protección de aquellos derechos, sino el proceso constitucional de amparo.
8. Que lo anterior conduciría a declarar la nulidad del presente proceso a efectos de que pueda ser sustanciado como proceso de amparo. Sin embargo, un requisito de procedencia para promover este proceso es el agotamiento de la vía previa. El agotamiento de la vía previa en este caso sería ante las propias instancias de la Iglesia Católica; en consecuencia, agotada tal vía, quedará habilitado el proceso de amparo para pretensiones de este género.
9. Que respecto al extremo en que el recurrente solicita se le declare en apostasía y cisma se debe señalar que mediante esta acción de garantía constitucional no se puede exigir a la Iglesia Católica que emita decreto arzobispal mediante el cual se declare tal condición, pues esta pretensión no se halla amparada por el derecho constitucional y no se encuentra comprendida dentro del compendio reconocido como derechos protegidos a través del proceso de hábeas data.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas data.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

12
STC 928-2011-PA/TC, caso *José Manuel Campero Lara en representación de don Ricardo Luis Salas Soler y de doña Lourdes Leyla García León*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, del magistrado Vergara Gotelli, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Manuel Campero Lara en representación de don Ricardo Luis Salas Soler y de doña Lourdes Leyla García León contra la resolución expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 44, su fecha 6 de septiembre de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de diciembre de 2009, los recurrentes interponen demanda de amparo contra el Obispado del Callao, a fin de que se ordene que el demandado *"cumpla con **EXCOMULGAR** de la fe católica al menor **BRUNO SALAS GARCÍA** mediante el mecanismo de la Apostasía establecido en el Codex Canónico y disponga que la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista de la provincia constitucional del Callao expida la correspondiente Partida de Bautismo con la anotación de dicha excomunión"* (a fojas 23).

Los recurrentes consideran que al no acceder a este pedido, el demandado afecta el derecho de libertad religiosa en cuanto al *"LIBRE DERECHO A NO CREER EN RELIGIÓN ALGUNA"* (a fojas 22).

Señalan los recurrentes que residen en España. El 7 de enero de 2009, con ocasión del viaje al Perú hecho por doña Lourdes Leyla García León en compañía de su menor hijo (de tres años de edad), éste fue bautizado en la parroquia San Pablo del distrito de Bellavista, Provincia Constitucional del Callao. Al tomar conocimiento del bautismo el padre del menor –que manifiesta ser ateo– *"conminó a la madre del menor que solicitara la nulidad de dicho bautizo"* (a fojas 22), formulando éste tal pedido al demandado el 28 de febrero de 2009, recibiendo por respuesta que aquello no es posible; por lo que la solicitud fue reiterada por el padre del menor (el 29 de mayo de 2009) con el mismo resultado.

Frente a ello los recurrentes dirigieron al demandado la carta del 15 de octubre de 2009, sin respuesta hasta la fecha, en la que expresaban su rechazo a la fe cristiana y solicitaban que *"se anote dicha abdicación* (sic) *a la fe cristiana en la Partida de Bautismo del menor Bruno Salas García mediante la Apostasía"*(a fojas 23).

Con fecha 30 de diciembre de 2009 el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara improcedente la demanda por considerar que el pedido resulta controvertido y que requiere la

actuación de medios probatorios que diluciden las posiciones de las partes. A su turno la Sala revisora confirma la apelada, considerando que *"la negativa de modificar un registro no constituye lesión alguna al derecho constitucional a la libertad religiosa en tanto no representa restricción ni coacción alguna que afecte la libre autodeterminación de* (las) *creencias"*.

FUNDAMENTOS

Necesidad de pronunciamiento de fondo

1. De los actuados del presente proceso se aprecia que tanto la primera como la segunda instancia judicial han rechazado de plano la demanda. A juicio de este Tribunal, las argumentaciones de la apelada y la recurrida no justifican el rechazo liminar realizado, si se tiene en cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el rechazo liminar es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia, que no se aprecia en el caso de autos.
2. No obstante aun cuando frente a este rechazo liminar de la demanda podría optarse por la recomposición total del proceso, este Tribunal estima que se hace innecesario optar por ello, ya que a la luz de lo que aparece objetivamente en el expediente resulta perfectamente posible dilucidar la controversia planteada.
3. Por otra parte la decisión de pronunciarse de inmediato sobre la materia controvertida no supone colocar en estado de indefensión a quien aparece como demandado en la presente causa, habida cuenta que conforme se aprecia a fojas 52, el demandado Obispado del Callao se apersonó al proceso, lo que significa que conoció la demanda, por lo que bien pudo en su momento argumentar lo que considerara pertinente a su defensa.

Delimitación del petitorio

4. La pretensión de la presente demanda –según propias palabras de los recurrentes– es que se ordene que el demandado *"cumpla con **EXCOMULGAR** de la fe católica al menor **BRUNO SALAS GARCÍA** mediante el mecanismo de la Apostasía establecido en el Codex Canónico y disponga que la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista de la provincia constitucional del Callao expida la correspondiente Partida de Bautismo con la anotación de dicha excomunión"* (a fojas 23). A juicio de los recurrentes, la no realización de ello afecta la libertad religiosa en lo relativo al derecho a no creer en religión alguna.
5. De ello se observa que lo que los recurrentes pretenden es que la jurisdicción constitucional ordene la "*anotación"* o *formalización* del abandono de la Iglesia católica en la partida de bautismo del menor, en virtud de la *apostasía* (*"rechazo total de la fe cristiana"*, según el canon 751 del Código de Derecho Canónico) que alegan haber realizado, en representación de su menor hijo, con la comunicación del 15 de octubre de 2009 dirigida al demandado, sin respuesta hasta la fecha. Entonces, corresponde dilucidar si la ausencia de tal acto formal de abandono de la Iglesia católica vulnera algún derecho fundamental del citado menor, que justifique la intervención de la justicia constitucional.

Sobre el derecho fundamental supuestamente afectado

6. Los recurrentes fundan su petitorio en la afectación del derecho de libertad religiosa en cuanto a la libertad de no creer en religión alguna.
7. Es decir, el derecho supuestamente afectado sería lo que los instrumentos internacionales de derechos humanos entienden por el *derecho de cambiar de religión o de creencias* (cfr. artículo 18º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 18.1 y 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 12.1 y 12.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que es una de las manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa, conforme también reconoce el artículo 3º, literal a), de la Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa. Y es que, como ha señalado la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de libertad religiosa permite que, con absoluta libertad, las personas *"conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias"* (Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* [Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile], del 5 de febrero de 2001, Nº 79; énfasis añadido).

8. Entonces, este Tribunal debe dilucidar si la no anotación del acto formal de abandono de la Iglesia católica en el libro de bautismo del menor hijo de los recurrentes vulnera la libertad religiosa de éste en lo relativo a su derecho de cambiar de religión o de creencias.

Abandono de la Iglesia católica a la luz de la libertad religiosa

9. Ha señalado el demandado que *"así como nadie obligó a los demandantes a bautizar a su menor hijo bajo la fe católica, la Iglesia Católica como tal tampoco obliga a los bautizados y padres de éstos a profesar y practicar la fe católica, pues estos actos se ejercen en la libertad que Dios concedió a los hombres"* (a fojas 53; y en el cuaderno del Tribunal Constitucional a fojas 20).
10. A juicio de este Tribunal, de estas afirmaciones se aprecia que el abandono de la Iglesia católica, como ejercicio del derecho de cambiar de religión o de creencias, no requiere de intervención de ninguna instancia de dicha Iglesia, con lo cual se ve respetado el derecho de libertad religiosa. En efecto, tal derecho hace que no pueda existir ningún condicionamiento que pueda retener a quien no desee permanecer en una confesión religiosa, pues exige la plena libertad para cambiar de religión o de creencias.
11. Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta además que el libro de bautismo es un registro del *hecho histórico* de haber sido administrado el bautismo en una determinada fecha y no un conjunto organizado de datos personales de miembros de la religión católica que impida al allí registrado abandonar dicha confesión sin que ello conste de modo fehaciente en tal registro, pues, como se ha visto, el bautizado católico tiene plena libertad para ejercer su derecho decambiar de religión o de creencias, sin necesidad de formalizar el apartamiento de la Iglesia católica. Es decir, el hecho de que una persona haya sido bautizada y así conste en el respectivo libro de bautismo no impide que pueda dejar de ser creyente o cambiar de religión.
12. Coincide por todo ello este Tribunal Constitucional con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, cuando afirma que el libro de bautismo no es un conjunto organizado de datos personales (Sentencia del 19 de septiembre de 2008, Recurso N° 6031/2007, fundamento 4), y que *"los datos conservados en el libro de bautismo no hacen sino reflejar el hecho histórico de la realización de dicho bautismo en una fecha determinada y con respecto a una persona identificada"* (Sentencia del 14 de octubre de 2008, Recurso N° 5914/2007, fundamento 3).
13. Por tanto, los recurrentes no han acreditado la vulneración de la libertad religiosa de su menor hijo ni, específicamente, de su derecho de cambiar de religión o de creencias, pues la no formalización del abandono de la Iglesia católica, a través de la correspondiente anotación en el libro de bautismo, no impide que el hijo de los recurrentes pueda ejercer su libertad religiosa y profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna, sea al llegar a la mayoría de edad o incluso antes, en este último caso conforme a la evolución de sus facultades y bajo la guía de sus padres, según el artículo 14.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.
14. Además, este Tribunal también aprecia que el hecho de no estar formalizado el abandono de la Iglesia católica del hijo de los recurrentes, mediante su anotación en el libro de su bautismo, en nada impide o perjudica el derecho de los recurrentes a que su menor hijo reciba la educación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de sus progenitores, derecho fundamental reconocido en el artículo 13º de la Constitución (como derecho de los padres de escoger los centros de educación y participar en el proceso educativo) y con reconocimiento en tratados internacionales sobre derechos humanos (cfr. artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como en la Ley de Libertad Religiosa (artículo 3°, inciso "d"). En efecto, aun cuando no se haya dado dicha formalización, los recurrentes pueden educar a su menor hijo en las convicciones que libremente elijan, sea como *"racionalista-*

crítico, librepensador y ateo", según se declara el codemandante (a fojas 22), o en cualquier otra convicción. Es decir, al igual que ocurre con el derecho de cambiar de religión o de creencias, el ejercicio del derecho de los recurrentes a que su menor hijo reciba una educación religiosa y moral distinta a la católica no requiere de intervención de ninguna instancia religiosa, por lo que no se aprecia vulneración de derecho fundamental alguno que justifique la intervención del Estado a través de la jurisdicción constitucional.

15. Finalmente, este Tribunal observa que la codemandante, doña Lourdes Leyla García León, acudió a la Iglesia católica (el 7 de enero de 2009) para que administre a su menor hijo el bautismo y luego, escasamente un mes después, pidió la *"anulación"* de dicho bautismo (a fojas 10), lo cual revela una falta de coherencia en su actuación que no puede ser ignorada por este Tribunal. En cualquier caso, apreciándose en la demanda que los padres del referido menor están de acuerdo en no educarlo en la religión católica, este Tribunal, conforme a lo ya expuesto, no ve impedimento para que los recurrentes lleven adelante tal propósito, como un ejercicio de la libertad religiosa y del derecho de los recurrentes de educar a su menor hijo conforme a las convicciones de sus progenitores.

La formalización del abandono de una confesión religiosa como asunto interno de ésta

16. Debe advertirse también que lo que los recurrentes pretenden al solicitar que se anote el abandono de la Iglesia católica en el libro de bautismo correspondiente a su menor hijo es la formalización de su abandono de tal Iglesia a través de la jurisdicción constitucional.
17. Sin embargo, ya este Tribunal Constitucional ha señalado que no se halla amparada por la Constitución la pretensión de ordenar a la Iglesia católica que formalice la declaración de apostasía (cfr. STC 1004-2006-PHD/TC, fundamento 9), pues la formalización del abandono de una confesión religiosa es una cuestión interna de cada confesión, en este caso de la Iglesia católica, por lo que acceder al pedido de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su menor hijo, implicaría una vulneración de la libertad religiosa –en su dimensión colectiva o asociada (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)– de la Iglesia católica; representaría una transgresión del Estado a su laicidad o aconfesionalidad consagrada en el artículo 50º de la Constitución (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 23 a 28; STC 05416-2009-PA/TC, fundamentos 22 a 27); y afectaría la independencia y autonomía que reconocen a dicha Iglesia tanto la Constitución (artículo 50º) como el tratado internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980 (artículo 1º). Por estas razones, el pedido de los recurrentes de que la jurisdicción constitucional ordene a la Iglesia católica la formalización del abandono de ésta, sea a nombre de ellos o de su menor hijo, va contra el marco constitucional y supranacional descrito.
18. Por tanto, la formalización del abandono de la Iglesia católica corresponde ser reclamada por los recurrentes en las instancias respectivas de dicha Iglesia y conforme a su ordenamiento jurídico (el Derecho canónico), donde –como señala el demandado (cfr. fojas 18 del cuaderno del Tribunal Constitucional)– podrán impugnar la respuesta que reciban de estar disconformes.
19. Sin embargo, no obstante que no compete a la justicia constitucional ordenar la formalización del abandono de la Iglesia católica, la falta de dicha formalización en nada perjudica o perturba –como se ha sustentado *supra*– el derecho del menor hijo de los recurrentes para ejercer, cumplidas las condiciones relativas a su edad, su libertad religiosa y cambiar de religión o de creencias, ni afecta el derecho de sus padres para que lo eduquen conforme a las convicciones religiosas y morales de éstos. En definitiva, la ausencia del acto *formal* de abandono de una confesión religiosa, no vulnera la libertad para el acto *material* de abandono de ella, pues este último viene amparado por el derecho de libertad religiosa, mientras que el primero corresponde al campo de la autonomía de las confesiones religiosas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda por no haberse acreditado la vulneración del derecho de libertad religiosa ni, específicamente, del derecho de cambiar de religión o de creencias.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DEL VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las consideraciones siguientes:

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Obispado del Callao, con la finalidad de que se disponga se "*cumpla con Excomulgar de la fe católica al menor Bruno Salas García mediante el mecanismo de la Apostasía establecido en el Codex Canónico y se disponga que la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista de la Provincia Constitucional del Callao expida la correspondiente Partida de Bautismo con la anotación de dicha excomunión"*. Para ello argumentan que con dicho accionar se le está afectando su derecho a la libertad religiosa en cuanto al "Libre Derecho a no creer en religión alguna".
   Refieren que los recurrentes residen en España y que con ocasión del viaje de doña Lourdes Leyla García León al Perú en compañía de su menor hijo (3 años), éste fue bautizado en la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista, Provincia Constitucional del Callao. Al tomar conocimiento del bautismo el padre del menor –que manifiesta ser ateo– "*conminó a la madre del menor que solicitara la nulidad de dicho bautizo*", formulando ésta tal pedido al demandado el 28 de febrero de 2009, recibiendo una negativa como respuesta, por lo que el padre del menor reiteró el pedido obteniendo el mismo resultado.
2. El Decimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declara la improcedencia liminar de la demanda por considerar que para la dilucidación de la pretensión es necesario un proceso que cuente con etapa probatoria, etapa de la que carecen los procesos constitucionales. La Sala Superior revisora confirma la apelada por considerar que la negativa de modificar un registro no constituye lesión alguna al derecho a la libertad religiosa en tanto no representa restricción no coacción alguna que afecte la libre autodeterminación de las creencias.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.
4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada mas y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último parágrafo precisa ciertamente que "si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la

demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto". Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente.
7. No está de más recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47º del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427º del Código Procesal Civil en su último parágrafo al decir: "La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes". Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que ameriten en proceso constitucional un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho, se podría ingresar al fondo del asunto.
9. En el presente caso encuentro que llega a esta sede una demanda de amparo que denuncia, entre otros, la afectación al derecho a la libertad religiosa con actos que son vistos como "cotidianos", situación que es una pretensión *sui generis* en la que este Colegiado se ha pronunciado recientemente, razón por la que considero que en este caso excepcionalmente corresponde ingresar al fondo a efectos de verificar no solo si se ha afectado o no los derechos del recurrente, sino con la finalidad de aplicar la sentencia desarrollada por este Tribunal en materia de libertad religiosa. Es así que la casuística siempre brinda a los Tribunales en general la ocasión para desarrollar y ampliar ámbitos que pueden encontrarse sin normativa correspondiente o sin desarrollo jurisprudencial pertinente que permita la resolución de casos posteriores. Este Colegiado con la pretensión traída a esta sede se encuentra en este segundo supuesto ya que anteriormente no hemos emitido pronunciamiento alguno analizando si el hecho de que se niegue la excomulgación de la fé católica a un menor afecta el derecho a la libertad religiosa. Por ende consideramos pertinente, a raíz de este caso *sui generis,* ingresar por excepción al fondo de la controversia a fin de evaluar si el acto descrito constituye una afectación al derecho a la libertad religiosa de la persona humana.
10. Realizada la explicación respectiva debemos señalar que la Constitución del Estado señala en su artículo 2º.2 que toda persona tiene derecho: "*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*." Dicho mandato constitucional tiene capital importancia puesto que impone al Estado el respeto y protección del derecho a la libertad religiosa así como el deber de brindar un tratamiento en igualdad a las distintas religiones que puedan existir en el Estado, negándose por ello cualquier acto discriminatorio que pudiese existir contra alguna religión en particular. Asimismo el artículo 2º.3 expresa que toda persona tiene derecho "*A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.*" En este sentido se evidencia que lo que se protege a través de dicho mandato constitucional es el derecho de toda persona humana de desenvolverse y autodeterminarse conforme a sus convicciones y creencias religiosas, es decir a desenvolver su vida conforme a los dogmas establecidos por la religión que profesa. Este concepto se amplía a todas sus manifestaciones individuales o colectivas, tanto pública como privada, teniendo plena libertad para transmitir lo referente a dicha religión así como a auto-determinar el control y forma de su ejercicio sin perjudicar a ningún otro miembro de la sociedad.
11. Es así que este Colegiado ha expresado en la STC Nº 0256-2003-HC/TC que *"[l]a 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*".

12. Por lo expresado queda claro entonces que el derecho a la libertad religiosa representa un ámbito en el que el Estado no puede interferir para imponer u obligar a profesar determinada religión y mucho menos imponer ir en contra de sus convicciones (principio de inmunidad de coacción).
13. Advertimos entonces que la figura del Estado Laico establecido en el artículo 50º de la Constitución del Estado es consecuencia del principio-derecho igualdad, en consonancia con el derecho a la libertad religiosa, erigiendo el Estado como aquel ente impedido no solo de tener alguna injerencia ilegitima en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sino también de imponer u obligar el profesar determinada religión con todo lo que ello implique. En conclusión el Estado en este tema es neutral, es decir no tiene adhesión alguna a un credo religioso determinado.
14. No obstante lo señalado ello no es incompatible con el reconocimiento del Estado respecto a la vital importancia de la religión católica puesto que forma parte integrante del proceso de formación histórica, cultural y moral. Es por ende que debe señalarse que si bien a lo que apunta un Estado Laico es a no discriminar otras religiones diferentes a la religión católica, también debe resaltarse que la idea no es negar ni rechazar la importancia capital en nuestra historia de la religión católica.
15. En el presente caso tenemos que los recurrentes solicitan se cumpla con EXCOMULGAR de la fe católica al menor Bruno Salas García mediante el mecanismo de la Apostasía establecido en el Codex Canónico y disponga que la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista de la Provincia Constitucional del Callao expida la correspondiente partida de Bautismo con la anotación de dicha excomunión. En tal sentido se advierte que el hecho de que no se haya formalizado el abandono de la Iglesia Católica, con la correspondiente anotación en el libro de bautismo, no significa que el menor se encuentre impedido de ejercer su libertad religiosa y profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna, en cualquier etapa de su vida. Asimismo la declaración de apostasía no se encuentra amparada por la Constitución, puesto que ello es una cuestión interna de cada confesión, constituyendo a la vez una facultad de la propia Iglesia Católica. Por ende considero que el hecho de negarse a formalizar el abandono de la iglesia católica en nada afecta el derecho a la libertad religiosa del hijo de los recurrentes, puesto que éste puede libremente ejercer o no la religión que considere afín a sus creencias.
16. En tal sentido corresponde desestimar la demanda, conforme lo ha hecho la resolución puesta a mi vista.

Por lo expuesto la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA.**

SR.

VERGARA GOTELLI

Normativa

1

LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA, Ley Nº 29635

(Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2010)

Artículo 1º.- Libertad de Religión

El Estado garantiza el derecho fundamental de toda persona a la libertad de religión reconocido y amparado por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano.

El ejercicio público y privado de este derecho es libre y tiene como único límite tanto la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales como la protección del orden, la salud y moral públicos.

Artículo 2ª.- Igualdad ante la ley

Toda persona natural es igual ante la ley. Se prohíbe toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas.

El Estado reconoce la diversidad de las entidades religiosas. En igualdad de condiciones, gozan de los mismos derechos, obligaciones y beneficios.

Artículo 3º.- Ejercicio individual de la libertad de religión

La libertad de religión comprende, entre otros, el ejercicio de los siguientes derechos:

a. Profesar la creencia religiosa que libremente se elija y cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa. En todo caso, se respeta la libertad religiosa individual.
b. Practicar de forma individual o colectiva, en público o en privado, los preceptos religiosos de su confesión, sus ritos y actos de culto.
c. Recibir asistencia religiosa por su confesión. Las instituciones públicas competentes adoptan las medidas y normas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, en las prisiones, en los centros públicos hospitalarios, asistenciales y otros bajo su dependencia.

d. Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
e. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas.
f. Conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes, con las instituciones educativas, conforme al reglamento de la presente ley.
g. Prestar juramento según sus propias convicciones religiosas o abstenerse de hacerlo, pudiendo acogerse a la alternativa promisoria.
h. Recibir sepultura de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando en todo caso las normas vigentes sobre salud e higiene públicas.

Artículo 4º.- Objeción de conciencia

La objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas.

Se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve imposibilitado de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral o religioso, grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece.

Artículo 5º.- Entidad religiosa

Se entienden como entidades religiosas a las iglesias, confesiones o comunidades religiosas integradas por personas naturales que profesan, practican, enseñan y difunden una determinada fe. Estas entidades cuentan con credo, escrituras sagradas, doctrina moral, culto, organización y ministerio propios.

Las entidades religiosas no tienen finalidad de lucro. No se consideran religiosos los fines o actividades relacionados con fenómenos astrofísicos, sicológicos, parasicológicos, adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas u otro tipo de actividades análogas. Las entidades dedicadas al desarrollo de ritos maléficos, cultos satánicos o análogos se encuentran al margen de la presente ley.

El Estado respeta y garantiza las expresiones religiosas de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos, así como su derecho de ejercerlas de manera individual o colectiva.

Artículo 6.- Dimensión colectiva de las entidades religiosas

Son derechos colectivos de las entidades religiosas debidamente inscritas, entre otros, los siguientes:

a. Gozar de personería jurídica civil, así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la constitución Política del Perú.
b. Crear fundaciones y asociaciones para fines religiosos, educacionales y de asistencia social conforme a la legislación nacional.
c. Formar, designar o elegir libremente a sus ministros de culto, dirigentes religiosos y establecer su propia jerarquía, según sus normas internas. La condición de ministro de culto se acredita con documento auténtico expedido por la autoridad competente de la entidad religiosa.
d. Ejercer libremente su ministerio, practicar su culto, celebrar reuniones relacionadas con su religión y establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos.
e. Divulgar y propagar su propio credo.
f. Solicitar, recibir y otorgar todo tipo de contribuciones voluntarias.
g. Mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras entidades religiosas, sea en territorio nacional o extranjero.

Artículo 7.- Dimensión educativa de las entidades religiosas

Las entidades religiosas, inscritas en el registro al que se refieren los artículos 13º y 14º, pueden crear y dirigir autónomamente sus propios centros de formación para el ministerio religioso y para estudios teológicos.

El reconocimiento oficial de los títulos académicos expedidos por estos centros puede ser objeto de convenio entre el Estado, a través del Ministerio de Educación, y la correspondiente entidad religiosa, siempre que esta cumpla con los requisitos académicos establecidos por la Ley núm. 29394, Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior. Asimismo, aquellas que cumplen con los requisitos de la Ley núm. 23733. Ley universitaria, pueden acceder a entregar dichos títulos.

Artículo 8º.- Exoneración del curso de religión

Las instituciones educativas, en todos sus niveles y modalidades, respetan el derecho de los alumnos a exonerarse de los cursos de religión por motivos de conciencia o en razón de sus convicciones religiosas sin verse afectado su promedio académico.

En los casos de los menores de edad, la exoneración procede siempre y cuando así lo expresen los padres o quien tenga la tutela de los mismos.

Artículo 9º.- Protección del ejercicio de la libertad religiosa

El Estado garantiza a las personas, de manera individual o asociada, que desarrollen libremente sus creencias y actividades religiosas, en público o en privado.

No hay persecución por razón de ideas o creencias religiosas, debiéndose garantizar lo siguiente:

a. Nadie puede ser obligado a manifestar su convicción religiosa.
b. Los ministros de culto tienen derecho a guardar el secreto sacramental, ministerial o religioso. Ninguna autoridad o funcionario público puede obligar a revelarlo.
c. Nadie puede ser obligado a participar en actos de culto, a recibir asistencia religiosa o a prestar contribuciones económicas o en especie a entidades religiosas.

Artículo 10.- Patrimonio de las entidades religiosas

El patrimonio de las entidades religiosas se encuentra constituido por los bienes adquiridos conforme a la ley. Asimismo, por el patrimonio histórico, artístico y cultural que se haya creado, adquirido o esté bajo su posesión legítima, en la forma y con las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso se respeta su prevalente función de servicio al culto sagrado.

El Estado, a través de las instituciones públicas competentes, puede prestar cooperación técnica y/o económica para el mantenimiento y conservación del patrimonio histórico, artístico y cultural de las entidades religiosas.

Artículo 11º.- Donaciones y beneficios tributarios

Las entidades religiosas gozan de las donaciones y beneficios tributarios existentes siempre que cumplan con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico nacional.

Artículo 12º.- Destino del patrimonio en caso de disolución

En caso de disolución de una entidad religiosa, por acuerdo interno o por mandato de la ley, su máxima autoridad acuerda a qué entidad, de fines similares, es destinado el patrimonio resultante. En caso de omisión, lo determina el Ministerio de Justicia.

Artículo 13º.- Registro de Entidades Religiosas

A partir de la vigencia de la presente Ley, el registro creado en el Ministerio de Justicia por Decreto Supremo núm. 03-2003-JUS pasa a denominarse Registro de Entidades Religiosas y tiene como finalidad principal el reconocimiento de la personería jurídica civil de las entidades religiosas, así como facilitar sus relaciones con el Estado.

La inscripción en el mencionado registro es voluntaria.

Artículo 14º Requisitos para inscripción de entidades religiosas

Para inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas, se presenta una solicitud en la que consta fehacientemente lo siguiente:

a. Su fundación o establecimiento en el Perú, con indicación del número de fieles mayores de edad, lugares de culto y cuantos datos se consideren relevantes a efectos de poner de manifiesto su implantación.

b. Su denominación y demás datos de identificación, los estatutos donde se señalen sus bases de fe, actividades religiosas, régimen de funcionamiento, esquema de organización y órganos representativos con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

Tienen acceso al registro aquellas entidades religiosas que, por su trayectoria, ámbito, número de creyentes y/o desarrollo de actividades benéfico-asistenciales o educativas, ofrecen garantías de estabilidad y permanencia.

La inscripción requiere prueba, por cualquier medio admitido en derecho, del ejercicio constante de actividades religiosas propias, que determine la creación, fundación y presencia activa de la confesión en el Perú, por un período no menor de siete (7) años, así como de un número de fieles, mayores de edad, no inferior a lo que determine el reglamento.

La inscripción en el registro conlleva el reconocimiento de la personería jurídica, que se otorga cuando se acreditan debidamente los requisitos exigidos y no se vulnera algunos de los preceptos de la presente Ley o del ordenamiento jurídico general.

La denegación de la inscripción no impide su actuación en el marco de las libertades reconocidas en la Constitución Política del Perú ni en el ejercicio de los derechos que se reconocen en la presente Ley.

La cancelación de los asientos relativos a una determinada entidad religiosa solo puede llevarse a cabo a petición de sus representantes legales, debidamente facultados, o mediante resolución judicial.

Artículo 15.- Convenios de colaboración

El Estado peruano, en el ámbito nacional, dentro de sus competencias, amparado en el artículo 50º de la Constitución Política del Perú, puede suscribir convenios de colaboración sobre temas de interés común, de carácter legal, con aquellas entidades religiosas que, estando inscritas en el registro a que se refieren los artículos precedentes, hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades.

Los convenios, para ser aprobados como norma legal, deben tener el informe favorable del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Finanzas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Sanción por impedir el ejercicio de la libertad religiosa

La persona natural o jurídica que, por acción u omisión, impida el ejercicio de la libertad religiosa en los términos recogidos en esta Ley o en los tratados o acuerdos internacionales ratificados por el Perú es sancionada según las normas penales o administrativas vigentes.

SEGUNDA.- Sobre el tratado aprobado por el Decreto Ley núm. 23211, que aprueba Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú

La presente Ley, su reglamento y cualquier otra norma complementaria no afectan lo dispuesto en el tratado aprobado por el Decreto Ley núm. 23211, que aprueba Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, y las normas, protocolos o notas que se deriven del mismo. La personería y capacidad jurídica de la Iglesia Católica y las entidades religiosas erigidas o que se erijan conforme a lo establecido en el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, del 19 de julio de 1980, se regulan por lo establecido en el citado tratado.

TERCERA.- Seminario Evangélico de Lima y Seminario Bíblico Andino

El seminario Evangélico de Lima, fundado en 1933 y reconocido por el Decreto Supremo 048-85-ED, y el Seminario Bíblico Andino, fundado en 1935 y reconocido por Decreto Supremo 001-90-ED, se gobiernan por su propio estatuto; tienen la autonomía, los derechos y los deberes de las universidades y pertenecen al sistema universitario. Los grados y títulos que expidan deben ser inscritos en el Registro Nacional de Grados y Títulos de la Asamblea Nacional

de Rectores (ANR) para los fines pertinentes, bajo responsabilidad del director general o de quien haga sus veces.

CUARTA.- Reglamento

El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley en un plazo no mayor de noventa (90) días útiles.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Plazo para reinscripción en el Registro

En un plazo de trescientos sesenta (360) días útiles, las entidades religiosas inscritas en el Registro de Confesiones Distintas a la Católica deben reinscribirse en el registro al que hace referencia el artículo 13º.

El incumplimiento de esta disposición da lugar a la cancelación de su inscripción. La cancelación de la inscripción no impide el ejercicio de los derechos constitucionales correspondientes, conforme al párrafo último del artículo 13º.

2

REGLAMENTO DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA, Decreto Supremo Nº 010-2011-JUS

(Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de julio de 2011)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú reconoce a través de sus artículos 2, 14 y 50, la libertad religiosa en el ámbito individual y colectivo, y garantiza tanto su ejercicio público como privado, así como la igualdad ante la ley de toda persona natural y el reconocimiento de la diversidad religiosa, a fin que en igualdad de condiciones, gocen de los mismos derechos, obligaciones y beneficios;

Que, la Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa, garantiza el derecho fundamental de toda persona a la libertad de religión reconocido y amparado por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano, estableciendo como únicos límites la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales y la protección del orden, la salud y la moral públicos;

Que, en ejercicio de la protección de dichos derechos fundamentales, la Ley Nº 29635, ha establecido el Registro de Entidades Religiosas, cuya finalidad principal consiste en el reconocimiento de la personería jurídica civil de las entidades religiosas, así como facilitar sus relaciones con el Estado;

Que, igualmente, se ha señalado en la Ley Nº 29635 que el Estado peruano, en el ámbito nacional y dentro de sus competencias, puede suscribir convenios de colaboración sobre temas de interés común, de interés legal, con aquellas entidades religiosas inscritas en el Registro, y que ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades;

Que, en tal sentido, debe procederse a aprobar el Reglamento de la Ley Nº 29635, a fin que se establezcan las disposiciones específicas que regulen las condiciones para el ejercicio de la libertad religiosa, los criterios para la consideración de una entidad como entidad religiosa y su posterior inscripción

en el Registro, así como las disposiciones orientadas a regular las relaciones de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y el Decreto Ley Nº 25993, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobación de Reglamento de la Ley Nº 29635

Disponer la aprobación del Reglamento de la Ley Nº 29635, Ley de Libertad Religiosa, consistente en cuatro capítulos, veintinueve artículos, tres disposiciones complementarias finales y una única disposición complementaria transitoria; cuyo texto forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por la Ministra de Justicia.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de julio del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ROSARIO DEL PILAR FERNÁNDEZ FIGUEROA
Presidenta del Consejo de Ministros y Ministra de Justicia

REGLAMENTO DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA
Ley Nº 29635

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Finalidad

La presente norma tiene por finalidad reglamentar la Ley Nº 29635, que desarrolla el derecho fundamental de la persona a la libertad de Religión, previsto en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación.

Los derechos derivados de la Iibertad religiosa garantizados en el artículo 1 de la Ley, son reconocidos a todas las personas en el país, en armonía con lo establecido en la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano.

CAPÍTULO I
DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Artículo 3.- Del ejercicio de la libertad religiosa en condiciones de igualdad

En su dimensión individual, corresponde el Estado garantizar el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 3 de la Ley 29635, bajo el principio de que, en igualdad de condiciones, gozan de los mismos derechos y obligaciones.

En su dimensión colectiva la libertad religiosa se ejerce bajo el principio de que, en igualdad de condiciones, gozan de los mismos derechos, obligaciones y beneficios, como lo establece el último párrafo del artículo 2 de la Ley así como el marco previsto en el artículo 50 de la Constitución Política del Perú.

El acceso a la educación, a la salud, empleo o toda otra circunstancia referente al ejercicio de un derecho fundamental, no podrá ser condicionado por razones religiosas, salvo en los casos en que la entidad con la cual se interactúe, al ser parte de una entidad religiosa, haya establecido previamente en sus estatutos, que su ámbito de actuación está referido únicamente a personas que pertenezcan a dicha entidad o que se comprometan a respetar los principios derivados de la misma.

Artículo 4.- Del ejercicio individual de la libertad religiosa

La mención de derechos contemplada en el artículo 3 de la Ley, es de naturaleza enunciativa y en ningún modo podrá interpretarse de manera restrictiva.

El ejercicio de una creencia religiosa, el cambio en las mismas o la ausencia de ellas, se da en un marco de respeto mutuo y no son motivo para discriminar, ni ser discriminado.

Las entidades públicas no podrán exigir en sus formularios o en los modelos de currículos que las personas expresen su convicción religiosa. Dicha información tampoco podrá ser criterio de evaluación para admitir a una persona en una institución, salvo que se encuentre en el ámbito de lo establecido por el artículo 3 precedente.

Artículo 5.- De la asistencia religiosa

A fin que se provea la asistencia religiosa a que se refiere el literal c) del artículo 3 de la Ley, los responsables o autoridades de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, establecimientos de salud, centros de readaptación social, institutos penitenciarios y otras instituciones de asistencia social de las entidades del sector público, y siempre que el ejercicio de este derecho no altere el normal funcionamiento de las mismas, y de conformidad con sus atribuciones y competencias:

a. Dispondrán las medidas conducentes para que su personal, internos o usuarios que expresamente lo requieran, reciban asistencia espiritual de sus respectivas entidades religiosas por parte de las personas encargadas y autorizadas por dichas entidades para brindar asistencia espiritual. Para este fin, la entidad religiosa debe encontrarse inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, la misma que debe designar formalmente a las personas encargadas y autorizadas para brindar asistencia espiritual.
b. En el caso de personas que requieran asistencia espiritual por encontrarse en grave estado de salud o riesgo de muerte, se autorizará el ingreso y se dispondrán las facilidades respectivas en el momento y oportunidad que sea requerido, a efecto que las personas encargadas y autorizadas para brindar la asistencia espiritual respectiva lo realicen de manera efectiva, aún cuando la entidad a la que pertenezca no se encuentre inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. La persona encargada y autorizada para brindar la asistencia espiritual deberá contar con la acreditación emitida por la entidad a la que pertenezca.

Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo las entidades religiosas y las personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual, deberán observar las normas de organización y funcionamiento así como las medidas de seguridad y salubridad, aplicables a dichos establecimientos de salud, centros de readaptación social, institutos penitenciarios y otras instituciones de asistencia social. El encargado y autorizado para brindar la asistencia espiritual deberá ser presentado por la autoridad competente de la entidad religiosa al establecimiento, centro o instituto antes indicados, a fin que se proceda a expedir un documento de identificación para su ingreso.

Por razones de seguridad y para evitar falsificaciones, el documento de identificación tendrá un período de vigencia anual. Para renovarlo, la entidad religiosa deberá acreditar nuevamente a sus representantes ante la institución respectiva.

El o los representantes (s) de la entidad religiosa no tendrá (n) acceso al local institucional si contravienen las normas de interés público o internas de la institución que autorizó el ingreso, o si se cancela la inscripción de la entidad religiosa en el registro del Ministerio de Justicia.

Artículo 6.- De las fiestas de guardar y el día de descanso en el ámbito laboral

Los empleadores, de los sectores público y privado, garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que éstos consideren sagrado, siempre que el ejercicio de este derecho no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente.

Artículo 7.- De las fiestas de guardar y el día de descanso en el ámbito educativo

Los responsables de las entidades educativas estatales brindarán las facilidades necesarias a sus estudiantes, a efectos que en el ejercicio de su derecho a conmemorar sus festividades y guardar el día de su descanso y siempre que el ejercicio de este derecho no afecte el normal funcionamiento de las actividades curriculares de la entidad.

Artículo 8.- Del juramento

Cuando se requiera prestar juramento o asumir públicamente un compromiso, se efectuará de acuerdo a las convicciones religiosas de quien lo realiza. Asimismo, respetando el derecho a la libertada religiosa de la persona encargada de tomar el juramento y de no existir otra alternativa viable, se limitará a demandar que el interesado se acoja a la alternativa promisoria, debiendo realizarla conforme al texto que elabore la entidad pública correspondiente.

Se respeta el derecho de quienes no profesen creencia religiosa, a no efectuar juramento alguno de acuerdo a fórmulas o con símbolos religiosos. En dicho caso, se acogerá a la alternativa promisoria, debiendo realizarla conforme al texto que elabore la entidad pública correspondiente.

Artículo 9.- Exoneración del curso de Religión

En las instituciones educativas estatales los padres o apoderados, cuando corresponda, podrán solicitar la exoneración del curso de religión cursando una comunicación expresa en ese sentido.

Respecto de los alumnos debidamente exonerados del curso de Religión, su promedio académico se tomará considerando solamente las materias cursadas.

Artículo 10.- De las manifestaciones de culto público

Los actos de culto público se realizan de manera ordinaria en los inmuebles o locales destinados para dicho fin.

Artículo 11.- Del derecho a recibir sepultura

Para la sepultura de los miembros de las Entidades Religiosas se deberán observar las normas y medidas de seguridad y salubridad vigentes.

CAPÍTULO II
DE LAS ENTIDADES RELIGIOSAS

Artículo 12.- De la condición de entidad religiosa

Para efectos del reconocimiento de una entidad religiosa bajo los alcances de la Ley y el presente reglamento, se requiere que la misma cumpla con los requisitos para su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas a cargo de la Dirección de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del presente Reglamento.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 13 de la Ley, solo serán consideradas entidades inscribibles en el registro de entidades religiosas, aquellas que estén conformadas por personas naturales debidamente constituidas como Asociaciones Civiles.

Artículo 13.- De la Relación del Estado con las Entidades Religiosas

Las autoridades del Estado, no tendrán injerencia en los asuntos internos de las entidades religiosas. Para los efectos de la Ley y del presente Reglamento, se entenderán como asuntos internos todos aquellos actos que las entidades religiosas realicen conforme a sus estatutos para el cumplimiento de sus fines estrictamente religiosos. El Estado ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden, la salud y la moral públicos.

Artículo 14.- Del Patrimonio de las Entidades Religiosas

A fin de contar con información actualizada de los bienes inmuebles que las entidades religiosas destinen para el cumplimiento de su objeto, éstas deberán proporcionar al Registro de Entidades religiosas, copia simple emitida por SUNARP de cada inmueble y una declaración donde consten los datos sobre

la denominación, ubicación, superficie y uso al que están destinados los inmuebles que posean o administren por cualquier título

La cooperación técnica o económica a que se refiere el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley, se podrá brindar a los bienes inmuebles de las entidades religiosas inscritas en el Registro conforme a lo dispuesto por el literal m) del artículo 18 del presente Reglamento, siempre que se acredite que éstos han sido calificados como patrimonio histórico, artístico y cultural.

Artículo 15.- Donaciones y beneficios tributarios

Los beneficios tributarios establecidos en las leyes de la materia como son: Ley Nº 28905, Ley de facilitación del despacho de mercancías donadas provenientes del exterior; Decreto Legislativo Nº 821, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo; Decreto Legislativo Nº 776, Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo Nº 774, Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo Nº 179-2004-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta y demás disposiciones tributarias referidas a las entidades religiosas que puedan existir a la fecha de la dación de la Ley, son de aplicación a las entidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas a cargo de la Dirección de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia.

Artículo 16.- De las prácticas religiosas de las Entidades Religiosas

En el ejercicio de sus convicciones, las entidades religiosas no podrán exigir u obligar a sus miembros o aspirantes a someterse a prácticas o procedimientos que afecten o pongan en riesgo su vida o su salud o el orden y la moral públicas.

CAPÍTULO III
REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS

Artículo 17.- Del Registro

El Registro de Entidades Religiosas a que se refiere la Ley, está a cargo de la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia.

El registro de entidades religiosas contará con el apoyo de la comisión asesora en asuntos religiosos a que se refiere el artículo 23 del presente Reglamento.

La inscripción, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos, en el Registro de Entidades Religiosas, permite el reconocimiento como Entidad

Religiosa para el Estado peruano, de la Iglesia, Confesión o Comunidad Religiosa conforme al artículo 13 de la Ley, sin perjuicio de la previa constitución e inscripción como persona jurídica de acuerdo a la normatividad vigente.

El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia verificará periódicamente si la información brindada al momento de la inscripción de la entidad religiosa, continúa cumpliendo con los requisitos que permitieron su inscripción. En caso de verificarse el incumplimiento de los requisitos que permitieron su inscripción se cancelará el registro respectivo, eliminando el reconocimiento a que se refiere el artículo 17 del presente reglamento.

Respecto de la Iglesia Católica el registro se regula por el tratado a que se refiere la segunda disposición complementaria final de la Ley.

Artículo 18.- Personería de las entidades religiosas

La condición de entidad religiosa queda reconocida por su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas a cargo de la Dirección de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia a que se refiere el artículo 16 precedente.

Las entidades que no soliciten su inscripción en el Registro o cuya solicitud no hubiere sido aceptada, continuarán como asociaciones civiles sin fines de lucro inscritas en el Registro Público correspondiente.

Artículo 19.- De los requisitos para la inscripción en el Registro:

Para inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas, la institución interesada presentará solicitud dirigida a la Dirección Nacional de Justicia, suscrita por su representante legal, con firma legalizada por Notario Público conteniendo:

a. Denominación de la entidad , que en ningún caso podrá ser igual a la de otra ya inscrita,
b. Domicilio en el territorio nacional
c. Copia legalizada o fedateada del testimonio de la escritura pública de constitución como asociación civil y de la certificación de inscripción vigente en los Registros Públicos,
d. Copia de los estatutos donde se señalen sus fines religiosos, bases doctrinales o de fe y la estructura eclesiástica o confesional.
e. Certificado de vigencia de poder del representante legal.
f. Copia legalizada o fedateada del o los documentos escritos, gráficos o audiovisuales que permitan establecer de manera fehaciente la presencia activa de la entidad religiosa, por un período no menor de 7 años, o ser Confesión Religiosa oficial de un Estado que mantenga relaciones diplomáticas con el Perú.

g. Declaración Jurada suscrita por el mismo representante, en el sentido que la entidad no tiene finalidad de lucro, y no realiza actividades políticas, que no desarrolla actividades relacionadas con fenómenos astrofísicos, sicológicos, parasicológicos, de adivinación, astrología, espiritismo, difusión de ideas o valores puramente filosóficos, humanísticos, espiritualistas, ritos maléficos, cultos satánicos u otro tipo de actividades análogas.
h. Mención del número de fieles o adherentes mayores de edad no menor a 10,000 mil.
i. Relación de personas encargadas de oficiar el culto religioso.
j. Relación de lugares de culto en el territorio nacional.
k. Mención de las actividades religiosas, educativas y sociales, permanentes o periódicas que realiza.
l. Relación de entidades extranjeras que apoyan su labor en el territorio nacional, de ser el caso.
m. Relación de los bienes inmuebles que posee o usa para el cumplimiento de sus fines.

Cualquier modificación posterior a la inscripción, relacionada con los requisitos de inscripción, deberá ser comunicada a la Dirección de Asuntos Interconfesionales, dentro de los treinta días de producida a fin de hacerla valer ante las autoridades respectivas.

La Dirección de Asuntos Interconfesionales realizará visitas a las entidades religiosas inscritas, a efecto de verificar la veracidad de la información proporcionada.

Artículo 20.- Del trámite de la solicitud de inscripción

a. Presentada la solicitud de inscripción en el Registro, será evaluada por la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia, la misma que en su caso podrá solicitar al recurrente complementar la información conforme a los requisitos establecidos. El plazo para complementar la información será de diez (10) días útiles. De no cumplirse, se tendrá por abandonada la solicitud.
b. Para efectos de la verificación del número de fieles a que se refiere el literal h) del artículo 19 del presente reglamento, la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia solicitará la certificación respectiva del Jurado Nacional de Elecciones.
c. Evaluado el expediente de inscripción, con la opinión de la Comisión Asesora en Asuntos Religiosos a que se refiere el artículo 23, la Dirección de Asuntos Interconfesionales emite opinión que eleva a la Dirección Nacional de Justicia, para que resuelva sobre la procedencia o

improcedencia de la inscripción solicitada, en un plazo máximo de diez (10) días útiles, emitiéndose la correspondiente Resolución Directoral.

d. Resuelta la procedencia de la solicitud e inscrita la entidad religiosa, se expedirá el Certificado correspondiente.

Artículo 21.- Del Certificado de Inscripción

El certificado que se otorga, identifica a la entidad religiosa inscrita frente a cualquier autoridad que lo requiera, las que no se inscriban continuarán identificándose como asociaciones civiles. Las autoridades de los diferentes niveles de gobierno deberán considerar una u otra forma de identificación, según el caso.

Artículo 22.- De la cancelación y suspensión de la inscripción.

La cancelación de la inscripción de una entidad religiosa en el Registro, sólo puede llevarse a cabo:

a. A petición del representante, debidamente facultado,
b. Mediante resolución judicial, y
c. Por Resolución Directoral de la Dirección Nacional de Justicia, previa verificación que la entidad religiosa ha dejado de cumplir los requisitos establecidos en la Ley y el presente Reglamento.

La cancelación de la inscripción procede cuando se ha dejado de cumplir los requisitos que permitieron su inscripción.

Artículo 23.- De la actualización del Registro

Corresponde a la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia organizar y mantener actualizado el Registro de Entidades Religiosas.

Las entidades religiosas deberán proporcionar al Registro la información correspondiente al nombramiento, separación o renuncia de sus representantes legales y personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual, dentro de los treinta días hábiles, contados a partir de que se hubieren realizado. Los nombramientos, separación o renuncia de representantes o personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual y asociados, en su caso, deberán efectuarse en términos de lo previsto en los estatutos de las mismas.

Para el caso de los representantes legales, se presentará copia fedateada o legalizada del Acta en que conste la respectiva designación y el otorgamiento de los poderes correspondientes, así como la renuncia o revocación de los mismos o copia certificada de la Vigencia de Poder otorgada por Registros Públicos.

Tratándose del nombramiento de personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual, se deberá acompañar la acreditación respectiva

Artículo 24.- De los efectos del Registro para los trámites migratorios

El Ministerio del Interior a través de la Dirección General de Migraciones para efectos de acreditar la calidad migratoria de los representantes legales y encargados o autorizados a brindar asistencia espiritual, por parte de las entidades religiosas, se basa en la información que para tal efecto haya certificado el registro de entidades religiosas al momento de proceder a la inscripción respectiva.

Artículo 25.- De la Comisión Asesora en Asuntos Religiosos.

La Comisión Asesora en Asuntos Religiosos, en adelante la Comisión, está conformada por personas de reconocida experiencia en materias relacionadas al ámbito de competencia del Registro. Es una Comisión de carácter consultivo.

Corresponden a la Comisión las funciones de estudio, informe y opinión de las cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 13 y 14 de la ley, así como a las cuestiones referidas a la suscripción de convenios de colaboración y acerca de las consultas que le formule la Dirección de Asuntos Interconfesionales, respecto al Registro de Entidades Religiosas.

Las disposiciones referidas a la composición, organización y funcionamiento de la Comisión serán establecidas por el Ministerio de Justicia mediante la expedición de la respectiva Resolución Suprema, en un plazo máximo de 60 días posteriores a la entrada en vigencia del presente Reglamento.

Artículo 26.- Autenticación de Firmas de los Representantes

La Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia, está facultada para autenticar las firmas de los representantes legales de las Entidades Religiosas inscritas en el Registro.

Artículo 27.- Aplicación Supletoria

En todo lo no previsto en el presente Reglamento, será de aplicación la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

CAPÍTULO IV
DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Artículo 28.- De los Convenios de colaboración del Estado con las entidades religiosas

El Estado, a través de su nivel de gobierno nacional podrá suscribir convenios de colaboración a que se refiere el artículo 15 de la Ley, en asuntos de inte-

rés común, en beneficio de la colectividad, para lo cual las entidades religiosas debidamente inscritas en el Registro de Entidades religiosas deberán acreditar además:

a. Haber adquirido notorio arraigo en el país, que se sustente en pruebas testimoniales o documentales expedidas por las autoridades estatales competentes.
   Se entenderá por notorio arraigo la práctica ininterrumpida de la doctrina, cuerpo de creencias o actividades de carácter religioso por una Entidad Religiosa, por un mínimo de diez años posteriores a su inscripción en el Registro, tener presencia activa en todo el territorio de la nación y tener una cantidad no menor a 50,000 mil fieles, que practican los usos religiosos de dicha entidad.
   Para efectos de la verificación del número de fieles, la Dirección de Asuntos Interconfesionales de la Dirección Nacional de Justicia solicitará la certificación respectiva del Jurado Nacional de Elecciones.
b. La Dimensión Nacional implica la presencia acreditada mediante la existencia, de templos, personas encargadas y autorizadas de brindar asistencia espiritual y fieles en todos los departamentos del país.
c. Garantía de estabilidad y permanencia, desarrollo de actividades que acrediten una inversión de recursos materiales y humanos a nombre de la entidad religiosa que evidencien un trabajo continuado por los 10 años posteriores a la inscripción en el registro.

Artículo 29.- De las opiniones del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Finanzas

El Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Finanzas, para efectos de la emisión del informe a que hace referencia el artículo 15 de la Ley, deberán contar con el respectivo sustento técnico y económico de sus respectivos órganos técnicos que garantice la viabilidad y ejecución del convenio.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Derogatoria

Deróguese las Resoluciones Ministeriales Nº 377-2003-JUS y Nº 0187-2010-JUS y las demás normas que se opongan a lo establecido en el presente Reglamento.

Segunda.- Beneficios adquiridos

La presente norma no elimina ni modifica los beneficios que una entidad hubiera obtenido con anterioridad a la vigencia de la Ley, siendo competencia de las entidades respectivas la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en sus normas, en la ley y el presente reglamento.

Tercera.- De los Acuerdos o Convenios entre el Estado y las entidades religiosas que han suscrito Convenios de Colaboración

La Ley de Libertad Religiosa, el presente reglamento y cualquier otra norma conexa será de aplicación subsidiaria a las Iglesias, confesiones o comunidades que tengan suscritos o suscriban convenios de colaboración con el Estado.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Del plazo para la reinscripción

El plazo para la reinscripción de las entidades religiosas, a que se refiere la Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, se inicia a partir del día siguiente de la publicación del presente Reglamento.

Para el procedimiento de reinscripción, las entidades religiosas deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 19 del presente Reglamento.

Impreso en los talleres gráficos de
Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 - Lince, Lima Telf.: 470-6420 / 472-8273
en el mes de enero de 2014.