



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DERECHO A RECIBIR SEPULTURA DE ACUERDO CON LOS RITOS DE LA PROPIA CONFESIÓN RELIGIOSA. COMENTARIO A LA STC 0256-2003- PHC/TC

Susana Mosquera-Monelos

Perú, 2014

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Mosquera, S. (2014). El derecho a recibir sepultura de acuerdo con los ritos de la propia confesión religiosa. Comentario a la STC 0256-2003-PHC/TC. En O. Díaz, G. Eto y J. Ferrer (Coords.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional* (pp. 285-301). Lima: Tribunal Constitucional del Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. Presentación del caso. II. Cuestiones de derecho. III. Contenido del derecho de libertad religiosa: a) Manifestaciones; b) Titularidad. IV. Algunas respuestas en derecho comparado. V. Valoración.

.....

Resumen

El objeto de estudio en este comentario a la sentencia 0256-2003 del Tribunal Constitucional peruano es, sin lugar a dudas, un tema singular y poco frecuente en la literatura jurídica de derecho eclesiástico. La posibilidad de proteger una dimensión del contenido del derecho de libertad religiosa a través de una acción de Habeas Corpus, como primera cuestión; y la polémica decisión del Hospital Nacional “Dos de Mayo” de retener de forma arbitraria un cadáver como un medio para forzar al pago de la deuda contraída por los servicios médicos prestados, son los ejes centrales de este caso que llevarán el análisis hacia el contenido y la titularidad del derecho de libertad religiosa.

Palabras clave

Habeas Corpus, libertad e integridad personal, libertad religiosa, libertad de culto, derecho de propiedad.

.....

I. 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 sepultura¹. 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 embargo 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 pública².

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

1 Manifestación recogida en la Ley peruana de libertad religiosa, Ley 29635 de 20 de diciembre de 2010. Art. 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”.

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].



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 ciudadanos³, 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 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 recurso de hábeas corpus, que es concedido y en el que se ordena la devolución del 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 habeas corpus ante el Decimotercer Juzgado Penal de Lima el día 15 de octubre. Este segundo recurso 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 habeas 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 habeas 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 habeas corpus no fuese debidamente atendida.

II. 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.

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 29635 de Libertad religiosa.

Los familiares del Sr. Francia Sánchez presentaron un recurso de habeas 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 habeas 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 habeas corpus como mecanismo protector.

En ese sentido el TC 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 recurso de habeas corpus. Razones de economía procesal y de prevalencia del derecho material sobre el derecho adjetivo incorporados en el Código Procesal Constitucional⁴ han llevado al TC a declararse competente *ratione materiae* para pronunciarse sobre el fondo del asunto⁵. 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 recurso de habeas 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 recurso de habeas corpus el TC estudia el contenido del derecho de libertad religiosa para concluir la oportunidad de estudiar la lesión a la libertad religiosa desde el habeas 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 derechos⁶.

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 habeas corpus como recurso para proteger la libertad religiosa, y es la naturaleza de derecho

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, f.jco. 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 reclusas 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, f.jco. 2° y 3°.



matriz que tiene este último⁷. Lo que lleva 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 habeas 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 locomotora⁸ 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 recurso de habeas 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 habeas corpus nunca hubiese podido ofrecer una adecuada reparación a la libertad personal del fallecido. Convertir el habeas 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 TC realizar ese ejercicio de retorsión del contenido del recurso de habeas 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 TC no solo está juzgando sobre el fondo sin 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 expediente 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 habeas corpus por darse una evidente sustracción de la materia (dado que ya existía un previo habeas 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

⁷ Vid. MARTÍNEZ BLANCO, A. Derecho eclesiástico del estado. Vol. II. Tecnos. Madrid. 1993, p. 88.

⁸ Aclaración que el TC 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.

libertad y derechos de las partes en este caso nunca hubiesen sido adecuadamente reparados⁹.

Como señala el TC, “(...) 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 TC, 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 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.

III. Contenido del derecho de libertad religiosa

a) 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 conciencias¹¹. 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 triada de derechos tiene en los principales tratados internacionales de derechos humanos¹². Y aunque el texto

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 TC 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, f.jco. 12º.

¹¹ Art. 59. “La libertad de conciencia y de creencias es inviolable. Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas”.

¹² Vid. Art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. III de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre los más destacados. Con la excepción de la Convención Americana sobre derechos humanos que separa libertad de pensamiento (art. 13) de libertad de conciencia y religión (art. 12).



constitucional peruano de 1993 ha optado por separar esa triada¹³, siguiendo el ejemplo de la Convención Americana sobre 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 religiosa¹⁴. 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 opiniones¹⁵. En ese sentido podríamos afirmar de la libertad de 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 derivó 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

13 Art. 2,3 para la libertad de conciencia y religión, art. 2,4 para la libertad de pensamiento.

14 Vid. MOSQUERA MONELOS, S. Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado, en Gaceta Constitucional, 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 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.

derivados de razones religiosas o de culto que no simplemente de razones de conciencia¹⁶. La confusión es común y derivar la objeción de conciencia exclusivamente del derecho de libertad de conciencia es un error en el que cae también el Tribunal Constitucional peruano¹⁷, 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 religiosa¹⁸.

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 normalmente¹⁹ una vis exteriorizada muy poderosa. El culto, distintivo de esta libertad es una manifestación casi siempre externa y colectiva de la libertad religiosa²⁰, 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 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

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.

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”. F.jco. 6°.

18 Art. 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.



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 TC al señalar el carácter objetivo que tienen los derechos fundamentales, pues “(...) 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 colectiva²²; 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 políticos²³, la línea interpretativa que surge de la III Conferencia mundial sobre derechos humanos auspiciada por las Naciones Unidas en Viena en 1993²⁴, o 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 convicciones²⁵. 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 exteriorización²⁶. Tampoco utiliza el TC 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.

b) 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

21 EXP. 0256-2003-HC/TC, f.jco. 12°.

22 Art. 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.

25 Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981.

26 EXP. 0256-2003-HC/TC, f.jco. 14° y 15°.

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 TC 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 TC hace a la legislación comparada, en concreto a la Ley española de libertad religiosa 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 interpretación del TC 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 TC ha hecho sobre el caso en estudio. ¿Quién es el titular del derecho de libertad religiosa? En mi opinión personal el TC 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 habeas corpus nunca concedido por darse sustracción de la materia en opinión de las instancias infraconstitucionales. El argumento bajo el que el TC 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 cumplimiento²⁸.

²⁷ EXP. 0256-2003-HC/TC, f.jco. 16°.

²⁸ Vid. CONWAD, H. *Dead, but not Buried: Bodies, Burial and Family Conflicts*, (pp. 423-452) en *Legal Studies*. Vol. 23. Issue 3. 2003.



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 personalísimo, 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 libertad²⁹. 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 específicas³⁰, 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 libertad³¹ 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 TC en que los hechos cualifican como lesionadores de la integridad moral de los familiares del fallecido Sr. Francia, y en ese sentido relacionar la eventual³² afectación a la libertad de culto, con la lesión al derecho de integridad moral de los familiares es un acierto pleno³³. Como bien dice el TC: “(...) 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

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. 4º del Pacto Internacional de los 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. 5º. 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. Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 1981.

30 ARRIETA, J.I. Las objeciones de conciencia y las características de su estructura jurídica, (pp.78-91) en CODEM. Marzo-Abril. 2002, p. 82.

31 Ausencia de legitimación que por otro lado el propio TC 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 recurso 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.

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.

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 lidiar con 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 8 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 vida³⁵. Y así se pronuncia también aquí el TC peruano al señalar que: “(...) el acto reclamado linda con un trato cruel, inhumano o degradante (...)”³⁶.

IV. 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 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 ha sido base y fundamento para un derecho de propiedad sobre el cuerpo humano³⁷, 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 realizase³⁸.

Hasta comienzos del Siglo XIX el Common Law aceptaba la propiedad sobre los cadáveres³⁹. 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

34 EXP. 0256-2003-HC/TC, f.jco. 19°.

35 Finn v. The City of New York. 335 N.Y.S. 2d 516 (1972).

36 EXP. 0256-2003-HC/TC, f.jco. 20°.

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”. Locke, J. *Second Treatise of Government*. Hackett Publishing Co. Indianapolis. 1980, p. 19.

38 En ese mismo sentido puede leerse a, MILL, S. *Principles of Political Economy*. Appleton. New York. 1887, p. 172.

39 Quick v. Coppleton (1803) 83 E.R. 349; R. v. Cheer (1825) 107, E.R. 1294.



contractual. A comienzos del 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 proceso⁴¹. ¿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 estatales⁴². Llegamos de ese modo a la regla expuesta magistralmente por el juez Blackstone contra la propiedad sobre el cadáver⁴³.

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 Hagens desató la polémica sobre el uso dado al cuerpo humano después de muerto⁴⁴. Uso que tradicionalmente ha incluido la función docente en las facultades de medicina⁴⁵, ámbito en el que también han surgido no pocas polémicas judiciales, especialmente referidas a autopsias no autorizadas⁴⁶. Es indudable que el marco legal tiene vacíos 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 reproductivo⁴⁷. Los imperativos de una era biomédica obligan al derecho a encontrar nuevas respuestas ante problemas antes no imaginados.

V. 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 reparó en efecto la lesión sufrida en

⁴⁰ Jones v. Ashburnham (1804) 102, E.R. 905.

⁴¹ R. v. Francis Scott (1842) 114. E. R. 97.

⁴² CACHON, B. *La construcción de cementerios y la salud pública a lo largo del siglo XIX*, en *Studia Zamoriense*. 1999.

⁴³ “[t]hough 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”. BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 2. The University of Chicago Press. Chicago, 1979, p. 429

⁴⁴ “Corpses Show not Illegal”. 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 committed in respect of it”.

⁴⁷ NWABUEZE, R.N. *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, (pp. 305-313) en *Medical Law Review*. Vol. 16. Issue 2. 2008, p. 310.

lo que es una dimensión esencial del contenido del derecho de libertad religiosa. Hubiese sido nuestro deseo encontrar en el razonamiento del TC 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 TC 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.

