



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN ESPACIOS BAJO ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Susana Mosquera

Lima, abril de 2011

DERECHO

Instituto de Derecho Humanos

Mosquera, S. (2011). Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado. *Gaceta Constitucional*, 40, 113-127.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

*1. Oportunidad histórica de la sentencia 06111-2009-PA/TC. 2. Los antecedentes del caso. 3. Argumentos del demandante que se presentan como lesiones de su derecho de libertad religiosa. 4. Respuesta del Tribunal Constitucional: 4.1. Crucifijos y Biblias en los espacios bajo administración del Poder Judicial: ¿declaración colectiva de confesionalidad? 4.2. Declaración individual de confesionalidad: el juramento o promesa. 5. Conclusiones*

---

### *1. Oportunidad histórica de la sentencia 06111-2009-PA/TC*

Este artículo surge como comentario a la reciente sentencia 06111-2009-PA/TC del Tribunal Constitucional sobre la presencia de símbolos religiosos en las salas y despachos del Poder Judicial. Pero no es posible hablar de ella sin comentar su oportunidad histórica pues se da la casualidad de que en este pasado mes de marzo de 2011 han sido al menos cuatro los casos referidos a la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos que han llegado hasta altas instancias judiciales. Nuestro objetivo es analizar la respuesta peruana pero es relevante mencionar la existencia de esa jurisprudencia comparada, pues de ella podemos extraer útiles enseñanzas.

Sin lugar a dudas el caso Lautsi del Tribunal Europeo de los derechos humanos debe ocupar un puesto especial en este grupo de sentencias no sólo por ser la más exhaustiva y detallada en el estudio del tema, sino también porque se trata de una sentencia que ha llegado hasta la Gran Sala del TEDH después de que una de las secciones del alto tribunal hubiese dictado un fallo unánime en noviembre de 2009 en contra de la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas, decisión que fue recurrida por Italia. Como singular novedad para el examen del caso ante la Gran Sala otros 10 estados miembro de la Convención europea, así como 33 miembros del Parlamento Europeo, y varias ONG de derechos humanos, fueron autorizados como terceras partes a presentar observaciones por escrito<sup>1</sup>. Lautsi II –que es el término que la doctrina ha comenzado a utilizar para referirse al fallo de la Gran Sala que revoca<sup>2</sup> la decisión anterior de una de las secciones del tribunal– va a establecer sin lugar a dudas un precedente de excepcional relevancia para el enfoque de la cuestión religiosa en Europa, y aunque en el debate europeo –sobre todo en el seno de la Unión Europea– se siga discutiendo la conveniencia de incorporar menciones expresas a la raíz cristiana de ese continente, no cabe duda de que jurisprudencialmente hablando el tema se ha resuelto a favor de ese origen.

<sup>1</sup> Nota de prensa de la Corte europea de derechos humanos de 6 de marzo de 2010.

<sup>2</sup> Por 15 votos a 2.



Del fallo nos parece oportuno resaltar dos cuestiones de suma importancia jurídica. En primer lugar, considera a los crucifijos como símbolos religiosos pasivos<sup>3</sup>, un aspecto relevante a efectos de no lesionar el derecho de libertad religiosa, y lo son en tanto en cuanto tienen una capacidad de adoctrinamiento mucho más reducida a la que tiene la recepción de un discurso religioso o la participación en actividades de proselitismo<sup>4</sup>. En segundo lugar la Corte concluye que estamos ante un caso en el que la teoría del margen de apreciación nacional, desarrollada por el TEDH para hacer frente a la plural realidad jurídico cultural europea, se aplica de manera idónea. Es éste y no otro el razonamiento que permite a la Gran sala apartarse del fallo en unanimidad dictado en Lautsi I, y lo hace con una técnica creada por el propio tribunal para flexibilizar el control de convencionalidad y permitir adaptar el estándar internacional de protección de los derechos humanos a cada realidad nacional, sin que esa adaptación tenga como consecuencia una sanción por incumplir el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen los derechos reconocidos convencionalmente. Es posible que esta técnica no convenza a todos –muy cuestionada por su excesiva discrecionalidad<sup>5</sup> ha tenido sin embargo acogida en otros tribunales como lo demuestran recientes sentencias<sup>6</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, pero es un mecanismo de gran utilidad sobre todo si lo que desea la Corte de Estrasburgo es mantener activa la participación de los estados miembro en su sistema de control convencional.

Junto a este importante fallo del TEDH, en este mes de marzo de 2011 hemos recibido otras dos respuestas a casos similares al que ha llegado ante el TC peruano. En primer lugar debemos mencionar la sentencia de la Corte Constitucional austríaca que estudia la petición de un padre para que los crucifijos sean retirados de los salones del *kindergarten* al que acude su hija menor, en la Baja Austria, y del mismo modo se evite su participación en todo tipo de festividad religiosa, pues es deseo del demandante que su hija elija libremente su confesión cuando alcance la mayoría de edad. La respuesta del alto tribunal austríaco es que la presencia de esos símbolos religiosos no es inconstitucional pues aún cuando podemos afirmar que la cruz es un símbolo propiamente cristiano su exposición no es un indicador de la preferencia del Estado hacia una confesión religiosa en perjuicio de otra. Y en relación a las festividades religiosas ha resuelto el problema recordando que la participación de las mismas no es obligatoria<sup>7</sup>. Este fallo se hizo público días antes de que la Gran Sala del TEDH diese a conocer su decisión en Lautsi II, sin embargo la Corte Constitucional austríaca hizo saber en ese momento que mantenía su postura independientemente de cuál fuese la respuesta de la Gran Sala. Como ya sabemos ahora ambas sentencias mantienen la no afectación al derecho de libertad de conciencia y religión de los padres que ejercieron acciones de protección de ese derecho, aparentemente

<sup>3</sup> Argumento que también utiliza el TC peruano en su sentencia 06111-2009.

<sup>4</sup> “La cruz no es adoctrinamiento y eso es lo que está prohibido en el ámbito educativo público”. Lautsi and others v. Italy. Grand Chamber. Application n°. 30814/06, 18 marzo de 2011, párr. 71 a 73. (Traducción libre del texto en inglés de la sentencia).

<sup>5</sup> Vid. GARCÍA ROCA, J. *Margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo*. Aranzadi. 2010.

<sup>6</sup> CortelDH. Cabrera García y Montiel Flores v. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 87.

<sup>7</sup> Verfassungsgerichtshof, G 287/09, de 9 de marzo de 2011.

lesionado por la presencia de los símbolos religiosos en las escuelas públicas a las que acudían sus hijos.

Llegamos entonces al tercero de esos fallos que nos ofrece el derecho comparado proveniente del Tribunal Constitucional español, en una causa iniciada contra una Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía que declara adecuados a legalidad los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, que en su artículo 2 párrafo 3° disponen: “El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Ministerio de su Concepción Inmaculada”. El demandante en amparo es un abogado incorporado como ejerciente a este Ilustre Colegio que aduce vulneración de su derecho a la libertad religiosa en su vertiente objetiva y subjetiva. En su respuesta el TC señala que: “(...) 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 (...) es obvio que no basta con constatar el origen cristiano de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa”<sup>8</sup>. Pues como señala el TC español usando expresamente Lautsi II, “(...) la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”<sup>9</sup>.

Pero la oportunidad histórica de la sentencia 06111-2009 no se limita al terreno de la comparación de respuestas jurisprudenciales recientes en temas idénticos o similares, sino que también al interior del ordenamiento jurídico peruano la Ley 29635 reguladora del derecho de libertad religiosa, que ha venido a completar el contenido constitucional dado a este derecho, nos ofrece como nunca antes había sucedido, la herramienta perfecta para optimizar la respuesta del Tribunal Constitucional en este caso. Dese la impresión de que el tema religioso flota en el ambiente jurídico, nacional y comparado, y si a eso añadimos que el 2011 ha comenzado con una serie de lamentables altercados, ataques e incidentes que han puesto en entredicho la efectiva y adecuada protección del derecho de libertad religiosa en distintos lugares del mundo<sup>10</sup>, parece éste y no otro el momento de volcar esfuerzos para lograr una mejor comprensión del significado y valor que este derecho ocupa dentro de todo sistema jurídico.

## *2. Los antecedentes del caso*

El expediente judicial que da origen a la sentencia 06111-2009 se inicia en noviembre de 2008 cuando el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte declara improcedente la demanda de amparo presentada por don Jorge Manuel Linares Bustamente contra el máximo representante del Poder Judicial, al considerar que el

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011, f.jco. 4°.

<sup>9</sup> Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2011, f.jco. 4°.

<sup>10</sup> Hoy, 20 de abril, llega una nueva sentencia del TC español calificando de indebido el despido de una profesora de religión católica despedida por haber contraído matrimonio civil, un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid prohibiendo mañana, jueves santo, una procesión atea, y una noticia local dice que el alcalde de Catacaos ha decidido prohibir la tradicional feria de Semana Santa en la localidad.



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.

Las pretensiones de la demanda eran dos: que se retirasen de todas las salas judiciales y despachos de magistrados los símbolos religiosos, pues en opinión del demandante la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde con un Estado laico en el que existe libertad religiosa ya que supone un acto discriminatorio respecto a los ciudadanos no católicos, y en segundo lugar solicitaba la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante.

Con una respuesta negativa en primera instancia el recurrente apela ante la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que en julio de 2009 confirmó la sentencia señalando que la pretensión efectivamente no tenía contenido constitucional y añadiendo además que no se había agotado la vía previa. Por eso cuando el expediente 06111-2009 llega al Tribunal Constitucional como recurso de agravio lo primero que decide el alto tribunal es que: “las argumentaciones realizadas –en las dos instancias previas- resultan a todas luces impertinentes para justificar el rechazo liminar producido”<sup>11</sup>. Se detiene el TC en explicar por qué razones la respuesta dada sobre la falta de relevancia constitucional de los temas en discusión ha sido errónea pues no sólo resulta fácilmente verificable la estrecha relación que las pretensiones del demandante tienen con el contenido constitucionalmente asignado al derecho de libertad de conciencia y religión<sup>12</sup>, sino que tal y como ha sido diseñada la justicia constitucional peruana la responsabilidad de los tribunales de instancia de cooperar con el Alto Tribunal a la hora de aplicar e interpretar la Constitución es una obligación de la que no pueden decaer injustificadamente. Al TC deben reservarse los casos excepcionales, aquellos en los que la tutela a nivel judicial ordinaria no ha sido posible, para los demás casos el juez de primera instancia debe ser juez constitucional.

No obstante, ¿es posible que el Poder Judicial no haya querido resolver este caso porque se sentía directamente afectado e implicado con la cuestión de fondo? Se nos ocurre que, retirar los crucifijos y Biblias de sus salas era una decisión que no querían tener que tomar y por eso lo han delegado al TC. 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 éste hubiese deseado, y al demandado porque al haber decidido, muy correctamente, el TC examinar directamente el fondo del asunto<sup>13</sup> sin necesidad de

<sup>11</sup> EXP. N° 06111-2009, AA/TC, de 7 de marzo de 2011, f.jco. 3.

<sup>12</sup> Recordemos nuevamente que se trata de un tema que no sólo está en la escena jurídica nacional y comparada, sino que se trata de tiene también una importante repercusión mediática lo que nos lleva a poder afirmar que el desconocimiento sobre su relevancia constitucional es a todas luces injustificable.

<sup>13</sup> Podía el TC haberse decidido por anular lo actuado y reenviar el caso para un nuevo juicio, pero es práctica ya asentada que por economía procesal y con la base de que lo que está en juego son cuestiones de derecho que no precisan de una gran carga probatoria, sea él mismo quien revise el fondo del proceso.

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 actual prueba alguna ante el TC.

### *3. Argumentos del demandante que se presentan como lesiones de su derecho de libertad religiosa*

Estamos ante un caso que tiene matices de sumo interés para comprender cómo funciona el derecho de libertad religiosa dentro de un modelo de relaciones iglesia estado, por eso, aunque el TC no ha analizado con la misma intensidad todos los argumentos que presenta el demandante como justificadores de una lesión a su derecho de libertad religiosa nosotros no podemos dejar de mencionarlos y comentarlos aunque sea de modo breve.

De los antecedentes que nos presenta el TC en la sentencia se deriva que para el recurrente las razones por las que su derecho de libertad religiosa ha sido lesionado se derivan de varios hechos y de las repercusiones subjetivas que éstos tienen en su persona. Así, encontramos que la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde, en opinión del Sr. Linares, a un Estado laico donde existe libertad religiosa pues la exposición de esos símbolos representa un hecho discriminatorio con respecto a los ciudadanos que no profesan el culto católico. En segundo lugar, considera el recurrente que el Estado tiene derecho a “preferir” una religión sobre otras, pero eso no puede suponer que el dogma y la moral del catolicismo, a través de sus símbolos y prácticas, prevalezcan en las instituciones públicas. En ese orden de cosas, podría el Estado exigir el respeto a los símbolos patrios, pero por tales deberíamos considerar aquellos que sintetizan 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. La mente del demandante asocia los símbolos religiosos católicos en los tribunales con la Inquisición y con los tratos que recibió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por un delito de traición a la patria y terrorismo, del que fue absuelto; y que esta práctica –la colocación de símbolos religiosos en los despachos y salas del Poder Judicial- carece de sustento legal<sup>14</sup>.

En la segunda pretensión el demandante argumenta que la pregunta sobre la confesión que profesa el procesado o declarante en toda diligencia ante el Poder Judicial solo 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, señalando nuevamente que tampoco tiene esta práctica sustento normativo alguno<sup>15</sup>. Antes de analizar de manera más detallada la sentencia del TC vamos a tomarnos un momento para reflexionar un poco sobre lo que está pidiendo el demandante y de ese modo, creo que entenderemos mejor la respuesta del TC. Empezamos por el segundo de los argumentos que sustentan su primera pretensión, pues parece más oportuno ponerlo en primer lugar.

<sup>14</sup> Argumentos tomados de los antecedentes de la sentencia 06111-2009-PA/TC.

<sup>15</sup> Extremo que el TC comete el error de aceptar sin discusión.



Señala el demandante que el Estado tiene derecho a preferir una confesión, es decir, que es legítima la declaración de confesionalidad del estado como la que por ejemplo se ha dado en los textos constitucionales peruanos desde el Estatuto Provisorio de 1821 hasta la Constitución de 1920. Sin embargo es un hecho que podemos constatar fácilmente haciendo una retrospectiva constitucional, que ya en la Constitución de 1933 el constituyente peruano cambia la tradicional proclamación de confesionalidad católica<sup>16</sup> por una declaración de protección a la religión católica<sup>17</sup> que se reconoce como religión mayoritaria, reconocimiento que opera combinadamente con una defensa de la libertad de conciencia, sin persecución por razón de ideas y con libertad de cultos<sup>18</sup>. En esa lógica histórica el texto constitucional de 1979 –del que el actual texto de 1993 toma sin hacer modificación alguna este tema-, omite cualquier referencia a la cuestión religiosa, es decir, no hace proclamación alguna de confesionalidad o de protección a una religión, por eso afirmar hoy en día que el Perú es un estado que “prefiere” a una religión sobre las otras es una falsedad en tanto en cuanto toda declaración formal de confesionalidad ha sido erradicada desde hace ya décadas<sup>19</sup>.

No obstante, afirmar que el Perú ya no es un estado adscrito al modelo de confesionalidad estatal no tiene por qué tener como directa consecuencia que nos encontremos ante un estado laico. Volveremos después sobre este punto, a la hora de analizar los argumentos que utiliza el Tribunal, pero valgan ahora unas palabras para precisar que en nuestra opinión el modelo peruano de relaciones iglesia estado es un modelo en proceso de formación; un modelo que ha dejado atrás la confesionalidad formal y está avanzando hacia un sistema de estado no confesional protector del derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos, haciendo esfuerzos notables para integrar y garantizar igualdad de trato a todas las entidades religiosas. Pero para lograrlo hay que pasar necesariamente por una fase de interpretación y aplicación del derecho de libertad religiosa, especialmente en las situaciones delicadas y conflictivas, y hacerlo de un modo respetuoso con el contenido constitucionalmente asignado a un derecho que presenta la singularidad de contar con una carga de subjetividad muy grande.

Es relativamente fácil visualizar que la religiosidad del acto sobre el que se pide protección la determina el sujeto titular del derecho<sup>20</sup>, por eso encontramos peticiones que solicitan el

<sup>16</sup> Por ejemplo el art. 4 de la Constitución de 1860 disponía que: “La Nación profesa la religión Católica, Apostólica y Romana: el Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna”.

<sup>17</sup> Lo que podríamos catalogar de confesionalidad sociológica.

<sup>18</sup> Constitución de 1933. Art. 59. “La libertad de conciencia y de creencias es inviolable. Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas”. Art. 232. “Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica, Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos”.

<sup>19</sup> Para mayores detalles sobre la evolución histórica del modelo peruano véase, MOSQUERA MONELOS, S. *El derecho de libertad de conciencia y religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Palestra. Lima. 2005, pp. 43-92.

<sup>20</sup> Como señala el profesor PRIETO SANCHÍS: “(...) la religiosidad del acto puede venir dada por el sentido o significado que el agente quiere dar a su conducta, lo que a veces incluso depende simplemente de circunstancias de tiempo o espacio y no de la conducta en sí misma considerada”. Cit. PRIETO SANCHÍS, L. “El derecho fundamental de libertad religiosa”, (pp.55-96) en IVÁN, I.C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A. *Manual de derecho eclesiástico*. Madrid. Trotta. 2004, p.63.

manto protector de la libertad religiosa para actos que, ejercidos por otras personas no tendrían significación religiosa alguna<sup>21</sup>. De ahí que el derecho de libertad religiosa esté sujeto de un modo especial a la necesidad de interpretación dinámica y evolutiva de su contenido<sup>22</sup>. De nada serviría utilizar ahora criterios de la moral, la salud y el orden público para establecer el límite al ejercicio de ese derecho si no considerásemos a esos factores limitadores en atención a las situaciones sociales, económicas, o políticas que existen en el momento de la interpretación. La subjetividad del derecho de libertad religiosa nos sirve de antesala para analizar dos temas: el valor asignado al símbolo religioso, que en este caso son el crucifijo y la Biblia, y la conexión psicológica entre religión católica y experiencia judicial del demandante.

En opinión del demandante el crucifijo y la Biblia se trata de símbolos católicos y por tanto su exhibición lesiona el derecho de igualdad de trato hacia los ciudadanos que no profesan esa fe, bien porque tienen otra o bien porque no tienen ninguna. Pues bien, este punto llevará necesariamente a valorar el contenido que debemos asignar al principio-derecho de igualdad que en todo caso no excluye la diferenciación siempre que ésta tenga justificación y asidero legal. El TC nos dice en su razonamiento que la igualdad es un derecho y un principio, que no significa uniformidad, sino el derecho a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación y termina diciendo que habrá que verificar si ese trato distinto –la exhibición de los crucifijos y Biblias católicos- es razonable o arbitrario<sup>23</sup>. Pero lo cierto es que más adelante no regresa sobre la diferenciación de trato, parece que se limita a dejar todo en manos de la historia, describiendo detalladamente la presencia de otros signos externos que dejan constancia del valor que la religión católica ha tenido en la formación histórica y cultural del país<sup>24</sup>. Pero con la misma lógica que hemos utilizado antes, esta presencia católica es un hecho sujeto a cambios, a nuevos enfoques e interpretaciones en su aplicación<sup>25</sup>; nada puede en derecho estar escrito en piedra sin atender a la necesidad de cambio<sup>26</sup>, pero, toda modificación o revisión deberá hacerse respetando la realidad social sobre la que se aplica esa norma<sup>27</sup>.

En segundo lugar debemos aclarar que si bien el de libertad religiosa es un derecho que otorga un importante valor a la carga subjetiva que le impregna el sujeto titular, no

<sup>21</sup> Ejemplos que han llegado a los tribunales son por ejemplo, el uso de la barba, llevar determinada vestimenta, el sacrificio de animales, comer determinados alimentos o abstenerse de comerlos.

<sup>22</sup> CARPIZO, E. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional. La Corte y los derechos*. Porrúa. México D.F. 2009.

<sup>23</sup> Extractos de los párrafos 19-21 de la sentencia.

<sup>24</sup> Como bien nos recuerda el artículo 50 del texto constitucional.

<sup>25</sup> Un nuevo texto constitucional puede relativizarla, puede eliminar la mención expresa a la Iglesia católica, puede mencionar la labor más reciente de otras confesiones, etc.

<sup>26</sup> Como decían los revolucionarios franceses “una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes”. Art. 28 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>27</sup> Y debe hacerse además desde el poder legislativo que representa al pueblo y no desde el judicial, aunque sea un órgano judicial de máximo nivel. “Ningún tribunal puede sustituir las formas singulares que la historia ha impreso en la identidad nacional”. *Lautsi and others v. Italy*. Grand Chamber, op.cit., Voto concurrente Juez Bonello, párr. 1.1. (Traducción libre del texto en inglés).



significa que por esta vía pueda el derecho entrar a proteger lo que escapa de su competencia. Es decir, esa significación subjetiva será relevante cuando de ella se derive una consecuencia práctica, exteriorizada por el sujeto que suponga el ejercicio de su derecho de libertad de conciencia y religión; por eso mismo, lo que el derecho no puede hacer es intervenir en la esfera interna, en la psique del sujeto pues ese es un ámbito por definición inmune. Por eso, la razón que ofrece el demandante para justificar su petición resulta una razón que el derecho no puede comprender, pues si los recuerdos del proceso por terrorismo que vivió el ahora demandante los relaciona con la Inquisición y con los crucifijos y Biblias que encuentra en los salones del Poder Judicial es algo que escapa a la acción directa del derecho. Lo dice muy bien el TEDH “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”<sup>28</sup>.

Finalmente no podemos dejar de mencionar una cuestión con cierta relevancia que el TC no considera<sup>29</sup> y es que en sus argumentos el demandante señala que la presencia de los crucifijos y las Biblias en los despachos y salas del Poder Judicial carece de asidero legal, y se debe o bien a una costumbre del Estado que lo presenta como un Estado discriminador, o bien a la voluntad del funcionario jurisdiccional que decide colocar los signos de su fe en su lugar de trabajo. Yo creo que en ambas consideraciones hay un enfoque erróneo, pues si bien es cierto que no nos presentan una disposición que expresamente señale la obligación de colocar los símbolos religiosos en esos espacios que están bajo la administración del estado, es seguro que en algún momento tal disposición ha debido de existir. No es posible suponer que los espacios físicos bajo administración del Poder Judicial aparecieron de un día para otro “decorados” con esos ornamentos religiosos sin que detrás de ese acto hubiese una oportuna decisión administrativa que estableció la partida presupuestaria necesaria para su compra e indicó qué hacer para su instalación<sup>30</sup>. Cuestión distinta será el grado de exhibición –sobre todo en el caso de los crucifijos y las Biblias que están sobre el escritorio del funcionario judicial- que ese funcionario desee hacer de los mismos; es posible que razones de orden o desorden en la acumulación de papeles lleve a relegar a esos símbolos a una esquina del escritorio en el caso de un juez que no tiene personalmente un apego especial hacia ellos, o bien a exhibirlos notoriamente en otros casos.

#### *4. La respuesta del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional en su respuesta a este caso ofrece una construcción de gran valor para la disciplina del derecho eclesiástico al recordar cuáles son los principios esenciales que deben tomarse en consideración a la hora de estudiar cuestiones que afectan al modelo de relaciones iglesia estado que se ha establecido en el Perú<sup>31</sup>. Siendo muy loable

<sup>28</sup> Lautsi and others v. Italy. Grand Chamber, op.cit., párr. 66.

<sup>29</sup> O que no investiga suficientemente, y dado que la defensa del Estado no ha podido actuarse adecuadamente, no tenemos la suficiente información probatoria sobre este extremo.

<sup>30</sup> Y esa decisión ha debido tener relación directa con el modelo de justicia que imperaba en el Perú, vinculada muy probablemente con una idea de justicia y dignidad que entroncaba con un elemento moral religioso presente mayoritariamente en la sociedad.

<sup>31</sup> Modelo de relaciones que sirve para todas las entidades religiosas y no sólo para la Iglesia católica, creer que el Estado solamente coopera con ella, es un error inaceptable. Cuestión distinta es el grado o nivel de

la labor que ha hecho el TC en favor de un mejor estudio de las relaciones entre poder político y religioso, no obstante le objetamos que se haya sujetado excesivamente a su propia jurisprudencia desperdiciando la oportunidad de mejorar algunos puntos que habían sido defectuosamente planteados<sup>32</sup> y dando por tanto una respuesta muy apegada a sus propias palabras<sup>33</sup>. Las pretensiones del demandante se formulan en dos y por eso vamos a mantener esa misma división aunque los comentarios sobre el contenido del derecho de libertad religiosa y su relación con los principios del derecho eclesiástico pueden y deben trasladarse también a la segunda de las pretensiones.

#### 4.1. Crucifijos y Biblias en los espacios bajo administración del Poder Judicial: ¿declaración colectiva de confesionalidad?

Concluye el TC que la presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos, no es inconstitucional<sup>34</sup>, y comete un error de apreciación inicial pues no todo espacio público tiene la misma incidencia ante la presencia de símbolos religiosos. En un momento determinado de sus razonamientos, una vez ha desglosado el contenido de los principios que vertebran el modelo peruano de relaciones iglesia estado, el TC justifica la presencia de esos símbolos porque de lo contrario “(...) habría que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en las cimas de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes”<sup>35</sup>. Olvida el TC la enseñanza del caso Lautsi II, que nos indica que la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado. Y confunde espacio público con espacio sujeto a la administración del estado. Un símbolo religioso en un espacio público significa la manifestación del derecho de libertad religiosa en esa dimensión externa y colectiva que permite el culto, mientras que la exhibición de símbolos religiosos en espacios que están bajo la administración del Estado –en alguna de sus variadas estructuras y funciones- son manifestaciones en las que el Estado debe ser muy escrupuloso a la hora de proteger el contenido del derecho de libertad religiosa, sobre todo si lo quiere hacer respetando los principios que vertebran el modelo de relaciones entre poder político y religioso. Vamos a permitirnos ofrecer una definición del contenido del

---

desarrollo que ese sistema de cooperación ha alcanzado a la fecha, no parece lógico pensar que todas las entidades religiosas presentes en el Perú hayan seguido exactamente los mismos pasos, tengan el mismo número de fieles, realicen el mismo tipo de actividades religiosas, etc., las singularidades de cada caso son las que explican diferentes niveles de implementación del modelo de cooperación, pero éste existe para todas no sólo para la Iglesia católica.

<sup>32</sup> Por ejemplo, innecesario recordar que en el EXP. N° 0895-2001-AA/TC, ya tuvo la oportunidad de defender la viabilidad de la objeción de conciencia.

<sup>33</sup> Aunque también se citan textos internacionales de derechos humanos y jurisprudencia comparada, hay poco de creación novedosa para dotar de contenido al derecho de libertad religiosa.

<sup>34</sup> EXP. N°. 06111-2009-PA/TC, párr. 56.

<sup>35</sup> EXP. N°. 06111-2009-PA/TC, párr. 50.



derecho de libertad religiosa<sup>36</sup>, para mejor comprender el papel que desempeña en este caso y su juego con esos principios.

Es bien cierto que el texto constitucional de 1993 no utiliza la clásica triada que está en los textos internacionales de derechos humanos: libertad de pensamiento, conciencia y religión, y lo que hace es colocar a la libertad de pensamiento en el inciso 4° del artículo 2 al lado de la libertad de información, mientras que las libertades de conciencia y religión se quedan en el inciso 3° protegidas de forma individual o asociada, garantizando el ejercicio público de todas las confesiones siempre que no ofenda la moral, ni altere el orden público. Esta decisión del constituyente viene probablemente de la directa influencia que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, en el texto Constitucional el 1979 y de ahí en el actual. No obstante, el hecho de que encontremos ubicado en dos lugares distintos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión no impide que podamos dotar de contenido a ese derecho respetando la estructura tripartita que aparece en la mayoría de textos internacionales<sup>37</sup>.

Así la libertad de pensamiento sería ese núcleo duro e interno del derecho de libertad religiosa<sup>38</sup>, y supondría la capacidad para tener garantizada una esfera de no intervención por parte de los poderes públicos que permitiría a su titular ejercer con plena libertad esa libre opinión tan esencial para la conformación de un verdadero y legítimo estado democrático. A este nivel la libertad religiosa se convierte en una libertad negativa, garantizando la no injerencia, y proyecta todos sus efectos en el sistema a través de su condición de principio que imprime a los poderes públicos la obligación de respetarlo, y a los particulares un deber de no lesionarlo. Ningún tipo de coacción, el foro interno es inmune y el mejor modo de garantizarlo es a través de la libre difusión de ideas y opiniones, que permitan a esa esfera interna alcanzar todo su potencial, para en un segundo momento comenzar a su vez a exteriorizarlo a través de la libertad de expresión e información. Llegamos así a una primera dimensión externa del derecho de libertad religiosa, que debe permitir la libre difusión de ideas, la publicación, la información, la expresión de aquello que ha sido objeto de análisis de mi libertad de pensamiento. La

---

<sup>36</sup> Lo hacemos porque del texto de la sentencia se extrae una descripción un tanto confusa y deslavazada del contenido que se asigna a este derecho. Más preocupado en citas y referencias a su propia jurisprudencia, el TC no nos ayuda dando una definición que facilite la aplicación de este derecho.

<sup>37</sup> Y en este punto disentimos cordialmente del TC que en el párr. 10 de la sentencia 06111-2009 recuerda sus palabras en un caso previo, el EXP. N° 0895-2001-AA/TC, que ya tuvimos la oportunidad de comentar en su momento. Vid. MOSQUERA MONELLOS, S. "Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002", (pp. 469-509) en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Vol. 5. 2004. Divide el TC a la libertad de conciencia y religión en dos libertades nítidamente separadas y nuestra opinión es que se trata en realidad de fases de exteriorización de un mismo derecho, que puede en efecto utilizar a otros derechos para dotarse de contenido pleno, aunque no pierda por ello su esencia unitaria.

<sup>38</sup> Que siguiendo los estándares usuales vamos a llamar de libertad religiosa aunque la doctrina no deje de proponerle nombres diversos.

acción combinada de estos dos derechos se presenta como una garantía esencial para la estabilidad democrática del estado<sup>39</sup>.

En un segundo momento mi juicio de pensamiento se concreta<sup>40</sup>, alcanza una materialización práctica, juzgo sobre el valor que asigno a esas ideas y a través de ese acto formo mi conciencia. Juzgo y valoro, y actúo en consecuencia con ese juicio, que puede en estricto abarcar tan plurales temas como los que ha tenido el ejercicio de mi libertad de pensamiento. El ejercicio libre de mi conciencia viene garantizado por una acción no coaccionada de mi libertad de pensamiento. Y de ese modo, llego de nuevo en una esfera externa del derecho, que implica la difusión de ideas y además conlleva una actuación coherente con relación a esas ideas<sup>41</sup>.

Cuando esas ideas son traducción de mi relación con Dios estamos en la siguiente dimensión o fase del derecho a la que propiamente podríamos calificar como libertad religiosa, que en nada se diferenciaría del modo como se concreta mi libertad de conciencia salvo en que la libertad religiosa cuenta con un modo propio y singular de exteriorización, que es el culto. Pero el modo cómo he puesto en marcha el ejercicio de mi derecho es el mismo, desde el núcleo duro de la libertad de pensamiento, pasando por una primera vía de exteriorización desde la libertad de expresión –compartiendo y difundiendo mi pensamiento de modo proselitista-, avanzando hacia el concepto práctico del bien que materializo en mi juicio de conciencia que me lleva a valorar la verdad del hecho religioso expresado en el seguimiento a una determinada fe. No obstante, sí hay un aspecto que resulta esencial para establecer una diferencia entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa: a las entidades asociativas en las que los ciudadanos expresan de modo público y grupal su relación con un ser supremo, las confesiones, el derecho las toma en consideración de un modo especial y distinto al modo como estudia al fenómeno asociativo que deriva de la libertad de conciencia, por ejemplo la participación política<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> “Tener plena libertad para expresar, difundir y publicar ideas es imprescindible no solamente para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales (...), sino que constituye además un elemento funcional de esencial importancia en la dinámica de una democracia representativa”. AMPARO EN REVISIÓN 1595/2006, 27 de abril de 2007

<sup>40</sup> Independientemente de si ya lo he exteriorizado o no a través de la libertad de expresión e información, o lo hago ahora al concretarlo en la manifestación práctica de conciencia.

<sup>41</sup> Cuando no puedo hacerlo porque mi juicio de conciencia entra en conflicto con otra norma de obligado cumplimiento, surge el problema entre la extensión de este derecho y sus límites al que PRIETO SANCHÍS califica como objeción de conciencia. Vid. PRIETO SANCHÍS, L. “El derecho fundamental...”, op.cit., p. 78. Pero no nos confundamos, aunque la objeción de conciencia enlaza terminológicamente con la libertad de conciencia, y en esencia los contenidos de mi conciencia son los que provocan el conflicto con el acatamiento de una norma de obligado cumplimiento, lo cierto es que jurisprudencialmente hablando, los supuestos de objeción de conciencia que han recibido la protección del derecho son aquellos que traducen de modo directo el contenido religioso de mi conciencia, la práctica del culto, mi fe y su exteriorización, quedando los temas propiamente de conciencia, ideológica o política, para la figura de la desobediencia civil.

<sup>42</sup> Pero no debemos confundir esferas, lo que el derecho de libertad religiosa está obligado a proteger ese eso que muy bien expresa la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “la libertad de cambiar de



Las entidades religiosas son la manifestación de que el derecho de libertad religiosa es un derecho complejo que se compone de una serie de capas que obligan a afrontar su estudio de modo cauto y preciso. No es posible afirmar de manera tajante que un determinado comportamiento no se encuentra protegido por el derecho de libertad religiosa sin hacer primero un estudio de las facetas que protege este derecho. Pues el de libertad religiosa es un derecho que utiliza otros derechos para completar su contenido y dotar a su titular de una mejor protección<sup>43</sup>. Pero además, no sólo deberemos diseccionar el derecho para saber en qué capa de su contenido se inserta el supuesto de hecho que queremos proteger –pues cada capa tiene la protección propia del derecho con el que combinadamente actúa el de libertad religiosa<sup>44</sup>- sino que además tenemos que recordar que el de libertad de culto tiene un anexo o complemento del que carece su vecina, la libertad de conciencia, que lo singulariza aún más: la dimensión prestacional.

El modelo peruano de relaciones iglesia-estado descrito en el artículo 50 de la Constitución es un modelo que considera de modo positivo el hecho religioso, y por eso establece una relación de colaboración con las entidades religiosas<sup>45</sup>; otra podría ser la respuesta a los problemas de ejercicio del derecho de libertad religiosa en un modelo monista<sup>46</sup>, en un modelo negador del hecho religioso<sup>47</sup>, o en un modelo confesional intolerante<sup>48</sup>, pero lo cierto es que estamos en un modelo de colaboración lo que lleva a tomar en consideración que además de las capas ya analizadas esta cebolla tiene una última capa no siempre presente en otros modelos, la que comprende la dimensión prestacional del derecho de libertad religiosa que supone –o puede suponer- la obligación de que el Estado adopte una postura de garantía para que el efectivo disfrute de ese derecho sea pleno para todos los ciudadanos<sup>49</sup>.

---

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”, Art. 18; la esfera prestacional aparece porque el modelo peruano de relaciones entre el poder político y el poder religioso así lo ha decidido, sería muy posible que no existiera, como no existe por ejemplo en el modelo estadounidense o francés.

<sup>43</sup> O como la doctrina suele decir, un derecho matriz que precisa de otros derechos para desplegar todo su efecto protector. Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. y otros. *Derecho eclesiástico del Estado español*. Pamplona. 1983, p.266.

<sup>44</sup> Libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de manifestación, libertad de educación, libertad personal, etc.

<sup>45</sup> El hecho de que hasta la fecha no se haya firmado ningún otro acuerdo con confesión distinta a la católica no significa que el modelo peruano no sea un modelo de cooperación plural. La nueva ley de libertad religiosa en su artículo 15 prevé expresamente que esos acuerdos lleguen a materializarse y la existencia de un sistema de registro para las entidades religiosas no católicas que funciona desde el año 2003, es prueba de que el Estado peruano ha dado pasos efectivos en esa dirección: dotando de personalidad jurídica a las entidades con las que posteriormente podrá llegar a establecer relaciones de cooperación a través de concretos acuerdos que desarrollen los puntos comunes.

<sup>46</sup> En el que poder político y religioso estuviesen estrechamente unidos.

<sup>47</sup> En el que toda presencia de lo religioso estuviese erradicada de la vida pública.

<sup>48</sup> Que privilegia a una confesión con exclusión de todas las demás.

<sup>49</sup> Como bien recuerda el TC en este caso, dando el ejemplo de aquellos que tienen derecho a recibir asistencia religiosa porque están bajo un régimen especial de sujeción.

Si ese es el contenido del derecho de libertad religiosa lo que ahora podemos hacer es analizar qué ha pedido el demandante en esta acción de amparo para comprender hasta dónde hemos llegado en los efectos que despliega este derecho en todo el ordenamiento jurídico, pero sin olvidar que la libertad religiosa se estudia en combinación con los otros tres principios que dotan de estructura al modelo peruano de relaciones iglesia estado: igualdad, no confesionalidad y colaboración. Aclarando que esos tres son principios que orientan un modelo<sup>50</sup>, lo que en estricto debe ser protegido es el derecho individual de libertad religiosa, pues el hecho de que un estado decida ser o no confesional en nada debería importar siempre que no descuide la protección de ese derecho fundamental. Secularización, laicidad, neutralidad son añadidos que no están en el contenido esencial del derecho de libertad religiosa. Como señala el juez Bonello en su voto en Lautsi II, “el secularismo es opcional, la libertad religiosa no”.

Así las cosas, consideramos que la libertad de pensamiento del recurrente no ha sido afectada; ese núcleo interno está intacto, y lo podemos verificar del hecho mismo de la presentación de sus argumentos en el caso. Su pensamiento le ha llevado a tener un enfoque del hecho religioso distinto al mayoritario, sin que haya encontrado límites a su exteriorización: la presentación de su proceso de amparo es ejemplo de ello. Por tanto, libertad de pensamiento y libertad de expresión intactas. ¿Qué hay de la libertad de conciencia? ¿Es su derecho a tener un juicio práctico que le dicta el modo de actuación en coherencia con su libertad de pensamiento lo que se ha visto limitado en el caso concreto? Es decir, ¿se le está pidiendo actuar en contra de su conciencia? Lo cierto es que no, pues no se pide de él ningún tipo de comportamiento activo, ningún grado de acatamiento a una norma, nada en la simple exhibición del crucifijo o la Biblia en las salas o despachos del Poder Judicial implican que las personas que se presentan ante estos símbolos deban rendirles reverencia, realizar algún rito frente a ellos, ni tan siquiera considerarlos verdaderos<sup>51</sup>. En principio no ha habido lesión a la libertad de conciencia.

Llegamos así a la siguiente capa de este derecho, la libertad religiosa o de culto. ¿Se le ha obligado a profesar una religión, se le ha obligado a cambiar, o abandonar la que tenía, se la ha obligado a practicar los preceptos de una confesión? Debemos responder que no a todas estas afirmaciones, pues como bien dice el 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”<sup>52</sup>. Parece que ninguna de las manifestaciones propias del derecho de libertad religiosa<sup>53</sup> ha sido lesionada en este caso ante la exhibición pasiva de los símbolos religiosos.

¿Y la dimensión prestacional? ¿Se ha lesionado la dimensión prestacional del derecho a no permitir que las personas de otras confesiones encuentren en los espacios bajo administración del Poder Judicial los símbolos religiosos propios? Seguramente sí.

<sup>50</sup> Salvando el de igualdad que también tiene su formulación como derecho subjetivo.

<sup>51</sup> La función judicial no se ha visto afectada por la presencia del crucifijo.

<sup>52</sup> EXP. N°. 06111-2009-PA/TC, párr. 45.

<sup>53</sup> Para su catalogación nos remitimos al art. 3 y 4 de la Ley 29635.



Seguramente sería mucho más respetuoso en ese nivel de colaboración que el Estado tiene para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de libertad religiosa que hubiese símbolos de todas las religiones para que todo ciudadano que acuda a la Justicia encuentre esa esfera de libertad adecuadamente protegida<sup>54</sup>. Pero no es ese el objetivo de la administración de justicia del estado, y el que la evolución histórica –del Perú y de otros estados con una trayectoria histórica similar<sup>55</sup>- haya devenido en la presencia de símbolos católicos en los espacios bajo administración del estado no significa que en aras a la adecuada defensa del principio de igualdad debamos ahora incorporar el resto de símbolos sin hacer previamente una adecuada ponderación e interpretación de la realidad social a la que vamos a aplicar dicha disposición. Atendiendo a la evolución futura del país habrá que decidir si otras medidas distintas a la que ahora se ha adoptado –mantener los símbolos religiosos- debe tomarse<sup>56</sup>, pero eso obligará a realizar una cuidadosa lectura sociológica de la realidad sobre la que ese derecho se va a aplicar.

Además, no podemos olvidarnos que el de libertad religiosa, aunque tiene esencia propia como derecho subjetivo y autónomo, es un derecho que debería ser interpretado en combinación con los efectos que despliegan los principios del derecho eclesiástico sobre todo el ordenamiento jurídico; libertad religiosa sí, pero ejercida dentro de la defensa de un modelo de relaciones que respeta la cooperación positiva con las entidades religiosas, establece acuerdos de cooperación con ellas, sin discriminación pero reconociendo la presencia mayoritaria de una confesión<sup>57</sup>, hasta que eso no cambie la diferencia de trato tendrá un justificado asidero cuando se haga sin arbitrariedades.

Sobre este punto no puedo dejar de hacer un breve comentario. Considera el alto tribunal que el Perú es ya un estado laico y yo personalmente no comparto esa opinión, por dos razones: primero porque no hay en ningún lugar del texto constitucional una sola mención a la laicidad del estado<sup>58</sup>, ni tampoco encontramos esta idea en la jurisprudencia previa del propio TC<sup>59</sup> y segundo lugar porque en un estado laico difícilmente podríamos encontrar

---

<sup>54</sup> Como ya resolvió el länder de Baviera al aplicar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (16 de mayo de 1995; BVerfGE 93,1) acordando un compromiso o solución personalizada a la cuestión de las cruces en las aulas en las escuelas públicas.

<sup>55</sup> Piénsese que los ejemplos de jurisprudencia comparada que hemos mencionado al comienzo son justamente de países que han tenido un modelo de confesionalidad estatal católica, que ha vinculado estrechamente el elemento religioso católico a la evolución del país, y por eso se presenta ahora ese tipo de problemas; que se nos imagina imposibles en países de diferente pasado.

<sup>56</sup> Y esto es algo que el propio TC intuye al decir que: “(...) 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”. EXP. N°. 06111-2009-PA/TC, párr. 55.

<sup>57</sup> Como bien señalan los estados intervinientes en Lausi II, todos ellos con una clara tradición histórica católica: “Los Estados no deberían tener que desprenderse de una parte de su identidad cultural, simplemente porque sea de origen religioso”.

<sup>58</sup> La Constitución habla de independencia y autonomía en las relaciones que se establecen entre las entidades religiosas y el Estado. Y no debemos caer aquí en el mismo error que cometió el TEDH en Lautsi I, al confundir neutralidad con secularismo, pues no es lo mismo.

<sup>59</sup> Por ejemplo, en el EXP. N° 3283-2001 varias veces mencionado se califica al modelo peruano como de estado a confesional pero no de estado laico.

una presencia tan significativa de símbolos religiosos como la que muy detalladamente – quizás en exceso- nos relata el alto tribunal, que estuviese dando lugar al tipo de caso que nos encontramos aquí resuelto. Yo creo que el término laico se utiliza con una carga ideológica que le hace perder valor como concepto objetivo para calificar situaciones jurídicas. Si en vez de utilizar laico hablamos de que el Perú es 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 los derechos fundamentales y los principios vertebrales de un sistema de cooperación positiva entre poder político y religioso, evitaríamos muchos problemas.

Laicidad<sup>60</sup>, es un neologismo usado por los revolucionarios franceses de la III República para rechazar no a la Iglesia sino al grado de intervencionismo que tenían las autoridades eclesiásticas en los asuntos públicos. En esa lógica laicidad no es exactamente lo mismo que separación entre iglesia estado, pues es muy posible que encontremos modelos de confesionalidad estatal<sup>61</sup> que son en realidad modelos laicos, es decir, modelos en los que las decisiones políticas se toman desprovistas de consideraciones religiosas, y en los que el derecho individual de libertad religiosa tiene la máxima protección. La laicidad también implica que el poder político es autónomo y no precisa de la legitimación que le daba el poder religioso<sup>62</sup>. Pero la laicidad es en realidad un concepto en constante cambio y evolución adaptado a la realidad social a la que debe ser aplicada<sup>63</sup>. 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<sup>64</sup> de ley seca en Semana Santa en Huancayo, se impiden las reuniones y por 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 como indica el TC en su sentencia.

#### 4.2. *Declaración individual de confesionalidad: el juramento o promesa*

Finalmente, con razones que hubiesen justificado una respuesta diferente, el tribunal acepta los argumentos del recurrente en la segunda de sus pretensiones y prohíbe indagar sobre la religión en lo que en mi opinión es una equivocada interpretación de dos cuestiones básicas: el contenido del derecho a la libertad religiosa, -que no prohíbe preguntar si no que garantiza que de la respuesta o del eventual silencio no se deriven

<sup>60</sup> BUISSON, F. *Dictionnaire de pédagogie*. 1885. « Laïcité », lb, document. php? Id=3003.

<sup>61</sup> Como por ejemplo los modelos nórdicos de confesionalidad protestante.

<sup>62</sup> Vid. BLANCARTE, R. « Laïcité au Mexique et en Amérique Latine », *Archives de sciences sociales des religions* [en ligne], 146/avril-juin, 2009, consultado el 17 de abril de 2011. <http://assr.revues.org/21025>.

<sup>63</sup> Ejemplos de rechazo a los símbolos religiosos en el modelo francés con sanciones a las mujeres que portan el velo integral no serían pensables en la Francia de hace unos años, ni tampoco son fácilmente trasladables como respuesta jurídica a otros países, por ejemplo, Canadá con un grado mayor de filtración de lo religioso en el espacio público por su aceptación más abierta de la multiculturalidad del Estado.

<sup>64</sup> Justificadas por el manto protector del concepto jurídico “muy indeterminado” del orden público.



consecuencias negativas para el interrogado- y de la finalidad que tiene esa pregunta<sup>65</sup>, conocer si el procesado o declarante va a utilizar o no la Biblia para hacer su juramento.

Resulta especialmente significativo en este punto el error que comete el tribunal al considerar que está de nuevo, igual que en el caso de los crucifijos y las Biblias, ante una práctica consuetudinaria no normativizada. La pregunta -o preguntas-, no sólo está regulada en el Nuevo Código Procesal Penal<sup>66</sup> que se está aplicando en fases progresivas sino que también estaba en el Código de Procedimientos Penales<sup>67</sup> que rige todavía en el distrito judicial de Lima. El Nuevo Código Procesal Penal ha regulado el tema en términos muy parecidos a su predecesor y así 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, (...)”<sup>68</sup>.

En realidad esta regulación obliga a preguntarnos sobre la conveniencia y oportunidad de la pregunta tal y como ha sido regulada, en estos dos momentos distintos: antes del juramento y al comenzar el interrogatorio. Parece que el legislador ha mantenido conscientemente en la regulación actual lo que seguramente es una práctica que hunde sus raíces en la historia, y en el valor que la religión tenía en su relación con la justicia. Podríamos preguntarnos si hoy en día resulta conveniente o necesario este interrogatorio en dos fases para verificar que quien se presenta a declarar en un proceso cumpla con el objetivo de decir la verdad<sup>69</sup>, pues ese y no otro es el motivo de preguntar si juramenta por su fe o no. Sobre esta primera pregunta, creemos que la fórmula de alternatividad que el legislador ha incluido en la redacción del artículo al permitir el juramento o la promesa resolvería el conflicto de conciencia que supone para quien no tiene religión jurar en nombre de Dios<sup>70</sup>.

Más delicado es el tema en el segundo momento en que se interroga sobre la religión al formular las preguntas obligatorias porque en ese instante parece evidente que la confesión se convierte en un dato al que no encontramos una finalidad concreta. Surge entonces la necesidad de cuestionarnos si, ¿se puede preguntar a una persona sobre su confesión sin que de esa pregunta se derive una lesión al contenido esencial de su derecho de libertad religiosa? Creemos que sí pues de un modo muy sencillo se evitan los

<sup>65</sup> Al menos en el primer momento en que es formulada.

<sup>66</sup> Decreto Legislativo N° 957, de 22 de julio de 2004.

<sup>67</sup> Ley N° 9024, de 23 de noviembre de 1939. Art. 142: “Antes de recibir la declaración de un testigo, el juez instructor le preguntará si profesa o no una religión, en el primer caso le exigirá juramento, y en el segundo promesa de honor de decir la verdad”. Para después señalar que las preguntas obligadas en el interrogatorio comenzaban con: “Nombre, apellidos, nacionalidad, edad, religión, estado civil, domicilio, (...)”. Art. 145.

<sup>68</sup> Art. 170 del Decreto Legislativo N° 957, de 22 de julio de 2004.

<sup>69</sup> Y evitar incurrir en los tipos previstos en los artículos 371 y 409 del Código Penal.

<sup>70</sup> Además, que esta pregunta guarda estrecha relación con el problema resuelto en la primera pretensión en relación a la presencia de Biblias en las salas del Poder Judicial, para que el testigo que quiera jurar en nombre de Dios sobre la Biblia pueda hacerlo. Evidentemente, nada aporta al grado de verdad que lo haga, pero no podemos negar que se trata de una práctica histórica que encontramos incluso en países con modelo separatista o secular puro como EEUU.

problemas que deriven de esa pregunta cuando la consideramos indebida: el derecho a guardar silencio que como bien señala el TC está regulado en el inciso 18 del artículo 2° del texto constitucional<sup>71</sup>. Entonces, ¿qué prohíbe el derecho de libertad religiosa? Las consecuencias negativas, discriminatorias, que pudieran derivarse del silencio o de la respuesta cuando ésta no coincida con las expectativas del interrogador<sup>72</sup>. Es decir, lo que prohíbe es justamente que el juez prejuzgue mi testimonio al saber que no compartimos la misma fe o que carezco de confesión. Pero entonces será el juez quien incurra en su propio tipo penal al haber dictado una sentencia injusta a sabiendas.

El TC no ha interpretado de este modo la cuestión de la declaración individual de confesionalidad a través del juramento y del interrogatorio judicial y ha considerado fundada la demanda en este extremo añadiendo además, algo que a todas luces nos parece excesivo que es la expansión de efectos de la prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión a toda autoridad o funcionario público. Olvida el TC que está manejando un derecho de contenido muy peculiar, y justamente puede darse la necesidad de que para poder implementar la dimensión prestacional<sup>73</sup> del derecho de libertad religiosa, haya que preguntar sobre la confesión. ¿De qué otro modo podrá hacerse efectivo el derecho a ser exonerado del curso de religión católica previsto en el artículo 8 de la Ley 29635, si no es manifestación la pertenencia a otra confesión?, ¿no podrán las autoridades del sector educativo preguntarlo?

### 5. Conclusiones

De todo lo expuesto hasta aquí creo que es fácil intuir que estamos ante una cuestión delicada, que exige del operador jurídico un alto grado de respeto al contenido del derecho de libertad religiosa y una delicada interpretación de sus límites. No es fácil en este tema ofrecer respuestas desprovistas de contenido ideológico pues la carga personal y subjetiva en este terreno es muy elevada. Pero del máximo intérprete de la Constitución esperamos que realice una labor pulcra y que ilustre con sus sentencias a los operadores jurídicos que tienen la tarea de aplicar el derecho. Cómo él mismo ha dicho, el juez de instancia tiene que ser juez constitucional, pero se espera que sea el TC quien le ofrezca pautas adecuadas para que haga buen uso de su capacidad de interpretación constitucional.

En términos generales, el expediente 06111-2009 el TC ha llegado a una respuesta justa, aunque mejorable; ha confundido términos, ha omitido aspectos y ha utilizado una argumentación jurídica imprecisa y confusa. De ese modo se ha perdido la oportunidad de dictar un fallo, que al igual que hará sin dudas *Lautsi II*, sirviese de ejemplo para resolver futuros problemas en los que la materia religiosa estuviese en juego.

<sup>71</sup> Cualquier persona tiene el derecho a guardar reserva sobre sus convicciones religiosas.

<sup>72</sup> Como muy bien indica PRIETO SANCHÍS: "(...) que la pregunta puede formularse, que la contestación es voluntaria y que, en todo caso, no puede derivarse ninguna consecuencia negativa". PRIETO SANCHÍS, L. "El derecho fundamental...", op.cit., p. 66.

<sup>73</sup> Esa es la que el Estado colabora más estrechamente con las entidades religiosas, ofreciendo incluso espacios bajo administración estatal para que el ejercicio del derecho sea pleno y efectivo.

