

Por:

Susana Mosquera Monelos*

COMENTARIO A LA SENTENCIA 05680-2009-
PA/TC. UNA NECESARIA ACLARACIÓN
SOBRE EL MODELO PERUANO DE RELACIONES
IGLESIA ESTADO

Resumen

De mano del comentario a la última sentencia del Tribunal Constitucional, el presente artículo tratará de aclarar algunas cuestiones en materia religiosa. Pues si bien el texto constitucional reconoce y protege el derecho de libertad de conciencia y religión, la aplicación de este derecho por parte de los operadores jurídicos no está exenta de tensiones y conflictos, especialmente cuando se trata de resolver cuestiones referidas al modelo que el estado peruano ha adoptado en su relación con las entidades religiosas. Libertad religiosa y estado aconfesional, un dueto no siempre bien interpretado.

Palabras clave: Libertad de conciencia y religión. Discriminación por motivos religiosos. Principio de cooperación. Estado laico.

Abstract

Using a commentary to the Constitutional Court last sentence, this paper will try to solve some questions about religious affairs. However the Constitution recognizes and protects freedom of religion, the use of this concept is not yet a pacific one, especially when it is necessary to solve questions related with the Peruvian church and state relationship model. Freedom of religion and non establishment clause, a duet not always well performed.

Key words: Freedom of conscience, freedom of religion. Religious discrimination. Church and State cooperation. Non establishment clause.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS Y COMENTARIO. 1. Consideraciones iniciales; 2. Sobre el derecho a la igualdad; 3. Libertad religiosa y estado laico; A. Los modelos de relaciones iglesia-estado; B. La esencial libertad en materia religiosa; C. El estado laico. III. CONSIDERACIONES FINALES.

* Doctora en Derecho por la Universidad de A Coruña con mención de doctorado europeo. Profesora de Derecho eclesiástico de la Universidad de Piura.

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos que justifican la presentación del recurso de agravio interpuesto en favor de D. Félix Wagner Arista Torres puede reconducirse hacia dos supuestos básicos: primero, el trato discriminatorio que ha sufrido el demandante por parte de su superior jerárquico, supuestamente por razones religiosas; y segundo, la lesión al derecho de libertad religiosa a través de la política institucional promovida por la Fiscalía Superior de Amazonas que establece como práctica obligatoria la participación de todo el personal en las celebraciones religiosas católicas. Lo que va a suponer que una parte esencial de este trabajo se destine a precisar el significado que tiene la cláusula constitucional que prohíbe la discriminación por razones religiosas y de otro lado la relación que media entre la libertad religiosa y el concepto de estado laico.

Respecto al primer punto, el supuesto trato discriminatorio: el demandante alega que es por razón de su creencia religiosa que su superior ha cometido frecuentes actos lesionadores de su derecho a la igualdad, como por ejemplo impedirle participar en determinadas ceremonias protocolares del Ministerio Público, excluirlo de Comisiones Académicas a pesar de tener los estudios necesarios, así como tratarlo con un alto grado de hostilidad que se ha concretado en la presentación de informes ante la Fiscalía de la Nación y la Fiscalía Suprema con el objetivo de dejar sin efecto el nombramiento del demandante. Estos actos discriminatorios finalizaron en mayo de 2009 justo al mismo tiempo en que se presentó la demanda de agravio que es base de la sentencia que aquí estudiamos.

En segundo lugar, las conductas lesivas al derecho de libertad religiosa por haber impuesto de manera obligatoria la participación del personal de la Fiscalía en las celebraciones religiosas católicas se concretan en dos documentos: la Resolución Superior N° 012-2006-MP que presenta la celebración de la Navidad y la preparación de pesebres conmemorativos de ese acontecimiento en cada una de las Fiscalías Provinciales Mixtas del Distrito Judicial de Amazonas y dispone un rol de adoración del Niño Jesús que se prolonga durante todo el año correspondiendo rotativamente durante un mes al personal de cada Sección de la Fiscalía y durante los meses de mayo y diciembre a todo el personal, y por otro lado, el documento que como Recordatorio presenta el demandado en mayo de 2009 en el cual además de unificar el aniversario del Ministerio Público con una fiesta católica obliga a constituir una comisión para organizar el rezo, misa, procesión del Divino Niño Jesús además de las tareas de limpieza, flores y contratación de banda de música para la ocasión.

Los derechos que dan cobertura jurídica a las argumentaciones fácticas que el demandante aduce en su demanda son los de igualdad y libertad religiosa. Derechos que el Tribunal Constitucional presenta con los títulos de derecho a la igualdad y no discriminación y por otro lado, el de libertad religiosa, estado laico y religión católica. Una observación que ahora adelantamos y a la que dedicaremos más atención en las próximas líneas, y es que aun cuando es bien cierto que los hechos que sirven de base para el estudio de este caso nos conducen al análisis de estos dos derechos por separa-

do en realidad esa es una lógica simplemente aparente, pues de poco sirve estudiar el supuesto de discriminación de trato si no se lo relaciona con la cuestión religiosa, y de nada sirve estudiar el modelo de estado en materia religiosa si no se toma en consideración el principio de igualdad que debe guiar esas relaciones.

En todo caso el TC ha hecho ese análisis por separado y así nos presenta la respuesta del caso en los siguientes términos. En relación a la discriminación considera que en efecto hay tres conductas¹ injustificadamente discriminatorias de las que ha sido responsable el demandado, que se ha valido de su condición de jefe superior para poder llevarlas a cabo². Luego de analizar brevemente el valor de la igualdad como derecho y como principio, desglosando además su concepción formal y material viene a afirmar el Tribunal que las conductas descritas en este proceso encajan en lo que el TC califica de trato desigual arbitrario que sería aquel en el que “el distingo se encuentre en una situación insustentada”³ por ello considera fundada la demanda y ordena al demandado a abstenerse de reiterar en el futuro las conductas cuestionadas.

Con mayor detalle analiza el Tribunal la cuestión de la libertad religiosa y su juego con otros dos conceptos que considera importantes para entender este caso, el de estado laico y la referencia o papel que desempeña la Iglesia Católica en la construcción del modelo de relaciones iglesia-estado. Los hechos de la demanda que llevan al TC a utilizar estos tres conceptos son los que hacen alusión a una política institucional de la Fiscalía de Amazonas que obliga a todo su personal a participar en actos de culto católicos, conductas que en opinión del TC son lesivas de la libertad religiosa. En este punto la demanda también se considera fundada y se ordena al demandado abstenerse de reiterar en el futuro este tipo de conductas pues según puntualiza el Tribunal: “(...) aunque puede ser legítimo que cualquier autoridad administrativa promueva la participación de sus trabajadores en determinadas celebraciones religiosas (la Navidad por ejemplo), ello no significa que so pretexto de las mismas, todos los trabajadores subordinados tengan que ser partícipes de dichas actividades porque así lo ordena o lo dispone la jerarquía administrativa”⁴.

Comete el TC un error importante en este punto pues nada puede haber más ilegítimo que una autoridad administrativa de un estado, que se proclama “independiente y autónomo”⁵ en su relación con el hecho religioso, decida promover la participación

¹ La exclusión del demandante de la ceremonia protocolar de izamiento de pabellones el 10 de mayo de 2009, un decreto de 24 de abril de 2009 en el que el demandante condiciona la concesión de una licencia al demandante, y finalmente el conjunto de denuncias que el demandado presentó a la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público acusándolo de supuestas irregularidades en el ejercicio de sus funciones.

² EXP. N° 05680-2009-PA/TC, de 28 de octubre de 2010 (publicada por el TC el 16 de mayo de 2011), párr. 12.

³ EXP. N° 05680-2009-PA/TC, párr. 8.

⁴ EXP. N° 05680-2009-PA/TC, párr. 28.

⁵ Art. 50 de la Constitución: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

confesional en las actividades de culto. Estamos de nuevo en un punto de gran confusión para el TC como ya se demostró en el EXP. N° 06111-2009 PA/TC en lo que refiere al modelo peruano de relaciones iglesia estado, por lo que parte del análisis que haremos a esta sentencia estará destinado a precisar y aclarar nuevamente esas cuestiones.

II. ANÁLISIS Y COMENTARIO

1. Consideraciones iniciales

Ya lo hemos dicho líneas arriba, es lamentable que un caso de estas características haya pasado por las instancias judiciales inferiores sin que nadie haya comprendido el valor constitucional de los argumentos que el demandante llevaba en sus escritos. No es la primera y seguramente tampoco la última vez que sucede esto, muchos son los casos de este tipo que llegan ante el TC porque en las instancias previas no se actuó correctamente, pero llama la atención que en un lapso de tiempo relativamente breve el TC ha hecho públicos dos casos de similar contenido⁶ con afectación al derecho de libertad religiosa y en ambos encontramos un demandante que debe llegar hasta el recurso de agravio porque las salas consideraron: “(...) que el petitorio de la demanda no tiene contenido constitucional directo ni indirecto ni se encuentra en los supuestos de discriminación, limitación o restricción a los derechos de libertad de conciencia y de religión”⁷.

A mayores debemos señalar que habiéndose producido un rechazo liminar, el TC decide entrar en el fondo del asunto, aún cuando sabe que los efectos de este fallo, como ya hemos podido ver, serán únicamente exhortativos a fin de que en palabras del TC, “conductas inobjetablemente inconstitucionales no se reiteren en lo sucesivo”⁸. La cuestión no es pacífica y a ella destina parte de su voto el Magistrado Vergara Gotelli y nos recuerda que solo excepcionalmente “cuando se trate de casos que ameriten en proceso constitucional un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho, se podría ingresar al fondo del asunto”.

No parece que estemos en un caso de tutela urgente, sobre todo cuando tenemos constancia de que las conductas discriminatorias han cesado en el momento mismo de presentación de la demanda ante el TC. ¿Qué justifica entonces que el TC haya optado por analizar el fondo en este caso? El mismo magistrado Vergara Gotelli lo señala en su voto, que estamos ante una pretensión “*sui generis*”, una afectación a la libertad religiosa por actos que son vistos como “cotidianos”, es decir, como normales. De ahí la importancia que tiene que el TC nos diga si estamos o no ante conductas que atentan contra el derecho a la igualdad y a la libertad religiosa.

⁶ Nos referimos a este caso y al caso de los crucifijos en las salas del Poder Judicial, EXP N° 06111-2009-PA/TC de 7 de marzo de 2011.

⁷ EXP. N° 06111-2009-PA/TC de 7 de marzo de 2011.

⁸ Observación que curiosamente el TC hace en el párrafo 5 de la sentencia 05680-2009-PA/TC, mucho antes de haber iniciado el análisis de fondo.

2. Sobre el derecho a la igualdad

Hoy en día resulta una obviedad afirmar que la esencial igualdad de toda persona ante la ley es el punto de partida indispensable en todo sistema democrático de derecho⁹, su formulación presupone o parte de la idea liberal de soberanía popular, todo el pueblo es igual y debe acceder en condiciones de igualdad a la justicia¹⁰. La igualdad se ha convertido también, no sin pocas dificultades, en un derecho fundamental de la persona humana. Vinculado de modo directo a los postulados revolucionarios la igualdad formal tuvo y tiene un objetivo muy claro, acabar con los privilegios de clases ante el sistema jurídico estableciendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Sin embargo, una concepción puramente formal de la igualdad puede provocar nuevas desigualdades porque cuando la ley establece el puro igualitarismo desatiende la existencia de situaciones o circunstancias que justifican un trato diferente¹¹; el hecho mismo de legislar implica la desigualdad. De ahí que la complicada naturaleza del derecho a la igualdad ha llevado al operador jurídico a la necesidad de distinguir entre la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley¹². Conceptos que echamos en falta en el breve tiempo de análisis que el TC dedica a la igualdad en el expediente 05680-2009 PA/TC.

La igualdad en la aplicación de la ley parte de un postulado de fácil comprensión, la prohibición de la arbitrariedad¹³. Pero para determinar si ha habido o no arbitrariedad en la aplicación de la norma será necesario que el órgano judicial encargado de analizar

⁹ Como señala el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de 11 de noviembre de 2003 al referirse a cuáles son los fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho señala que este modelo de Estado “no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley”, párr. 11. EXP 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003.

¹⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “La teoría clásica del contrato social (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, Anuario de Derechos Humanos, 1983, pp. 89-131.

¹¹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”, en: AAVV. Derecho Constitucional, Vol. I. El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 174-197.

¹² En ese sentido pueden resultar de utilidad las palabras del TC español que una temprana sentencia establecía su teoría sobre las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad según ha sido formulado en el texto constitucional: “La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohererarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”. (F.J. 2.) STC 49/1982, de 14 de julio.

¹³ Como señala el TC español en una afirmación fácilmente traspasable al ordenamiento peruano: “(...) hay arbitrariedad cuando existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que implique un sacrificio excesivo o innecesario de derechos fundamentales”. F. j. 1º. STC 66/1985 de 23 de mayo.

ese caso examine con criterios objetivos la oportunidad de la medida o decisión adoptada¹⁴ y es en este punto en donde esta sencilla idea/valor/principio/derecho alcanza su máximo grado de complejidad pues en palabras de BOBBIO: “(...) la dificultad de establecer el significado descriptivo de la “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje jurídico si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, b) ¿Igualdad en qué?¹⁵”.

La igualdad es una idea sencilla de aprehender, pero su esencial naturaleza relacional complicará siempre la tarea del operador jurídico que reconoce sin problemas el significado del derecho a la igualdad pero encontrará difícil determinar si ha habido una vulneración del mismo en un caso concreto. Por ese motivo podemos afirmar que en el presente caso el TC ha dejado sin resolver la cuestión del trato desigual en contra del demandante pues no se trataba solo de analizar esas tres conductas lesivas que son el sustento de la supuesta discriminación de trato, sino que el tema estaba en un nivel mucho más complejo y obligaba a plantear con todo rigor la cuestión que muy bien presenta el magistrado Vergara Gotelli en su voto: “tratamiento en igualdad de las distintas religiones”. Si lo hubiese hecho así, el TC se hubiese encontrado con que las dos cuestiones principales que el demandante trae a conocimiento del Tribunal se pueden reconducir legítimamente a una, haciendo que el valor relacional del derecho a la igualdad alcanzase toda su plenitud en su juego dialéctico con la libertad religiosa. Al haber separado las conductas lesivas del derecho a la igualdad de las conductas lesivas del derecho de libertad religiosa, el TC ha hecho un flaco favor para mejorar el estudio del derecho de libertad religiosa, que como se ha señalado es la razón “*sui generis*” que justifica el conocimiento de fondo de este caso.

Se echa especialmente en falta en esta sentencia la mención a los principios del derecho eclesiástico que el propio Tribunal se encargó de listar en el expediente 06111-2009 PA/TC, sobre todo en un caso como éste en el que se debe medir la influencia de los principios de igualdad y de cooperación con las entidades religiosas en un contexto de no discriminación por razones religiosas. Ese y no otro es el eje central de este caso y de muchos otros supuestos similares que se describen como “cotidianos” y que demuestran la existencia de prácticas devotas, de promoción o acompañamiento de la fe católica por parte de las instituciones públicas del Estado¹⁶ que llevan a cuestionar si estamos ante un modelo de cooperación en régimen de independencia y autonomía o en uno de confesionalidad de estado. Y es que como señalan SALDAÑA Y ORREGO: “Igualdad

¹⁴ Arbitrariedad significa muchas veces ausencia de motivación, es decir, falta de justificación adecuada para aceptar esa diferencia de trato. En el EXP N° 05680-2009 PA/TC no ha habido motivación en las conductas discriminatorias que se imputan al demandante, o si hay algún motivo parece haber sido “la infraternidad existente entre el demandado y el demandante”, como se señala en el párrafo 13 de la sentencia.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. “Igualdad y libertad”, traducción ARAGÓN RINCÓN, en: Pensamiento Contemporáneo, Vol. 24, Barcelona, Paidós I.C.E., U.A.B., 1993, pp. 33 y ss.

¹⁶ No podemos olvidar el supuesto que motivó el EXP N° 06111-2009 PA/TC ya varias veces mencionado, la presencia de crucifijos en las salas del Poder Judicial y la práctica judicial de preguntar al declarante sobre su confesión, especialmente dentro del proceso penal.

ante la ley y no discriminación por motivos religiosos constituyen dos elementos de una misma fórmula. Sin embargo, la dificultad en materia de libertad religiosa y del correcto establecimiento de relaciones entre las iglesias y confesiones religiosas y el Estado, no se presenta en este igual reconocimiento de la titularidad y del ejercicio del derecho de libertad religiosa, sino en la cuestión del tratamiento o regulación jurídica que el Estado puede establecer para las iglesias y confesiones religiosas, (...)”¹⁷.

Se plantea por tanto la necesidad de considerar con seriedad si el modelo peruano de relaciones entre el poder político y el poder religioso es efectivo o no en la protección del derecho de libertad religiosa del que son titulares, en primer lugar la persona humana pero también las confesiones y entidades religiosas que participan del modelo.

3. *Libertad religiosa y estado laico*

A. Los modelos de relaciones iglesia-estado

La evolución histórica de las relaciones entre iglesia y estado nos habla de una constante tensión, una lucha de poderes que dependiendo de factores muy variados ha permitido a uno de los dos sujetos imponer su dominio sobre el otro. No obstante, la formulación del dualismo cristiano tantas veces mencionado¹⁸ se presenta en la historia como una respuesta nueva frente a los modelos monistas propios de las civilizaciones antiguas en las que poder político y poder religioso estaban unidos y eran ejercidos por la misma persona. Esa singularidad del cristianismo es señalar la necesidad de separar ambos poderes para que cada uno ejerza dominio en aquel sector que le es propio, de modo que lo que la modernidad reivindica desde los modelos laicos o de separación no es otra cosa que ese modelo dualista cristiano revisado. Bien es cierto que su puesta en práctica ha tenido escaso éxito y las tentaciones de poder e intervencionismo recíproco han sido más frecuentes que las de separación dual¹⁹.

Será en fechas más recientes y de la mano del proceso de secularización que se inicia en Europa después del triunfo de la Reforma Protestante y superadas las guerras de religión, cuando podamos comenzar a hablar de fórmulas de separación iglesia estado. Justamente, el derecho eclesiástico tiene ahí su germen pues para regular desde una posición “neutra” la cuestión religiosa en aquellos territorios en los que había más de una confesión, se opta por delegar en el Estado la competencia legislativa en materia religiosa²⁰. Los grandes pensadores del momento no sólo reformulan el ejercicio del poder político desvinculado del elemento religioso, sino que también lo hacen basado en un nuevo sistema de división de poderes que tratará de evitar abusos en el futuro.

¹⁷ SALDAÑA SERRANO, Javier y ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Poder estatal y libertad religiosa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 87-88.

¹⁸ Y que la doctrina deriva de la frase que los Evangelios atribuyen a Jesús: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, (Mt. 22, 15-21).

¹⁹ Ya en la cercana fecha de 494 d.C. el papa Gelasio I tenía que recordar la formulación dualista cristiana, olvidada por los cesaropapistas emperadores romanos del último período imperial.

²⁰ Sin que ello suponga la desaparición de los ordenamientos confesionales.

Sin embargo en esta primera etapa de reformulación del Estado no se plantea todavía la incorporación de un concepto de libertad religiosa como derecho de la persona humana, será necesario esperar a las grandes revoluciones liberales americana y francesa para que los derechos de la persona hagan su entrada en el escenario jurídico. Y es significativo en este punto señalar una diferencia entre ambas revoluciones: y es que si los revolucionarios americanos estaban preocupados por alcanzar una efectiva realización del derecho a la libertad en todas sus dimensiones, los franceses hicieron de la igualdad su obsesión. De ahí que si bien los postulados teóricos del liberalismo político son la base de ambos procesos revolucionarios, las consecuencias prácticas de su aplicación no podrían haber sido más diferentes en lo que al modelo de relaciones iglesia estado se refiere. Así frente a la fórmula de separación americana que impide el establecimiento de ninguna confesión como religión de estado desde una escrupulosa protección del libre ejercicio de la religión para todas las personas, el modelo francés avanzó hacia una separación estricta entre la Iglesia católica²¹ y el Estado, una laicidad de beligerancia como a veces se la ha llamado.

En ese orden de cosas la pregunta a formularse es, ¿dónde se protege mejor el derecho de libertad religiosa? Uno podría imaginar que el modelo de separación es un modelo perfecto, pues en él no hay intervencionismo, no hay influencia y cada uno de esos poderes podrá actuar con plena independencia en la esfera que le es propia, mientras que en un modelo de confesión de estado la posibilidades para que los fieles de confesiones minoritarias reciban adecuada protección a su derecho de libertad religiosa son nulas. La verdad es que eso no es necesariamente cierto, o mejor dicho, puede ser absolutamente falso.

El derecho de libertad religiosa es un derecho de la persona humana que tiene una doble titularidad, individual y colectiva²², está reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos y forma parte del bagaje constitucional de todo estado que se proclame democrático y de derecho, su efectiva protección tiene mecanismos especiales de garantía que hacen de él un derecho de la persona en toda su plenitud. Frente a esto los modelos de relaciones iglesia estado no son otra cosa sino creaciones jurisprudenciales y doctrinales, que tomando como fundamento las disposiciones constitucionales y el pasado histórico de ese concreto Estado sirven para ofrecer un marco de interpretación presente, pasada y quizás futura de las acciones que los poderes del estado toman en relación al hecho religioso. Esas acciones, el laicismo beligerante

²¹ Debemos recordar que Estados Unidos nace como un país plural en términos religiosos, nunca hubo una religión mayoritaria de ahí que resultase mucho más sencillo imponer una fórmula neutra en positivo, mientras que el modelo religioso de Francia ha sido el de una tradicional confesionalidad católica que ha marcado la historia del país, especialmente en algunos períodos relevantes, de manera que si se incorporaba una fórmula separadora sería en negativo, esto es, en contra de la confesión principal y mayoritaria.

²² Siendo la segunda una consecuencia práctica del reconocimiento y protección que ha tenido y tiene el hecho religioso y las principales religiones como entes que disfrutaban de una posición especial. Son algo singular, no simples asociaciones, no olvidemos que muchas de esas confesiones preexisten al estado en su concepción moderna de ahí que a este no le quede otra opción sino reconocerles su singularidad y el valor de su derecho propio.

puede convertirse en cooperación, la confesionalidad puede desaparecer y convertirse en modelo de negación del hecho religioso, todo puede variar si cambia el gobierno de turno y hay nuevos consensos políticos y sociales, pero el derecho fundamental de libertad religiosa debe ser intocable. Por eso la Ley 29635 dedica su articulado inicial a recordar que: El Estado garantiza el derecho fundamental de toda persona a la libertad de religión reconocido y amparado por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano. Y que, toda persona natural es igual ante la ley. Prohibiéndose toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas²³.

B. La esencial libertad en materia religiosa

De los argumentos que echamos en falta o que podríamos mejorar de la respuesta que ha dado el TC en el expediente que estamos comentando, ninguno con mayor intensidad que el referido al significado de “libertad de religión” que adopta el alto tribunal. Lo hemos dicho en anteriores oportunidades²⁴ pero será esta una nueva ocasión para hacerlo y es que el alto tribunal insiste en separar el contenido constitucional del derecho recogido en el art. 2 inciso 3 de la Constitución peruana de 1993 que habla de la libertad de conciencia y de religión, para convertirlos en dos derechos diferentes con distinto contenido, cuando no debe ser así. Bien es cierto que la libertad de conciencia puede no tener contenido religioso, pero el hecho de que la libertad de pensamiento, y la libertad de conciencia puedan servir como base para el ejercicio de otros derechos fundamentales, -la libertad de imprenta, el derecho al voto, la libertad de creación artística o intelectual, entre otros- no significa que no puedan ser la base de la libertad en materia religiosa.

En mi opinión la libertad de pensamiento, conciencia y religión (o culto) son una triada que la mayoría de los textos internacionales de derechos humanos nos presenta unida por una razón esencial, porque forman capas de un mismo derecho que despliegan todo su contenido y muestran sus facetas conforme se alcanzan dimensiones cada vez más exteriorizadas del ejercicio de ese derecho. Así, aunque el núcleo de ese derecho, la libertad de pensamiento, se encuentra en la esfera puramente interna, en un plano de no intervencionismo, -que permita al sujeto titular de ese derecho ejercer con plena libertad esta dimensión esencial de su condición de ser racional que es el pensamiento-, una vez concretado utilizará a la libertad de opinión, manifestación y a la difusión de ideas para tomar alas y exteriorizarse. De ahí que el legislador constitucional peruano, igual que hace la Convención americana sobre derechos humanos, coloque a la libertad de pensamiento con la libertad de información, opinión y expresión.

En la libertad de conciencia tenemos al pensamiento convertido en juicio crítico, en juicio de conciencia, en juicio sobre el significado del bien y del mal, sobre el valor

²³ Art. 1 y 2 de la Ley N° 29635 de 20 de diciembre de 2011.

²⁴ MOSQUERA MONELLOS, Susana. “Símbolos religiosos en espacios bajo administración del Estado”, Gaceta Constitucional, N° 40, abril 2011, pp. 113-127.

de la verdad. Es cierto que la conciencia puede tener también un ámbito interno pero en puridad estamos ante una dimensión externa del derecho, que se comunica, que se comparte, que se exterioriza. Es posible que no siempre; puede ser que alguien guarde reserva sobre sus razones de conciencia, pero cuando el TC dice que “la libertad de conciencia se expresa principalmente o en lo fundamental de manera interna” quiere decir que en efecto nace en lo íntimo de la conciencia de la persona, pero definitivamente se expresa de manera externa, -sino no habría expresión alguna-, aunque no necesariamente con la práctica pública de un culto que es en lo que a lo mejor está pensando el TC a la hora de hacer la distinción.

Finalmente la libertad de religión o culto en palabras del TC sería, “la capacidad de toda persona para autodeterminarse en su comportamiento de acuerdo a las convicciones y creencias que tenga específicamente en el plano religioso”²⁵. Yo creo que la libertad de religión es otra cosa, es un proceso en el cual mi juicio de pensamiento en materia religiosa ha llevado a mi conciencia a la concreción sobre el valor verdad que encierra un determinado modo de entender la relación del hombre con Dios, modo al que yo me vinculo por decisión personal, y actúo en coherencia con las enseñanzas, dictados y prácticas que comprende el credo de esa fe. En mi opinión, si se desconoce la estrecha relación que media entre la libertad de conciencia y la toma de posición en materia religiosa se comete el error del TC, vincular la objeción de conciencia a la dimensión externa de la libertad de conciencia desconociendo que las razones por las cuales se puede objetar son casi siempre de contenido religioso y por tanto obligan por lo menos a aceptar que la relación entre esas dos libertades, conciencia y religión, es más estrecha de lo que el TC dice. De hecho así lo ha reconocido el legislador peruano a la hora de desarrollar el contenido constitucional del derecho de libertad religiosa pues al formular la objeción de conciencia la define como “la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas” es decir, la imposibilidad “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”²⁶. Resaltamos de esta regulación que la objeción de conciencia no se formula como un derecho, sino como un límite al cumplimiento de un deber legal²⁷ y en segundo lugar vean que ha de ser la entidad religiosa la que reconozca o acredite el valor de ese imperativo moral o religioso²⁸.

Es bien cierto que el Tribunal ha hecho pública esta sentencia hace unos meses, pero el fallo data ya de octubre de 2010, es decir, 2 meses antes de que la Ley 29635

²⁵ EXP. N° 05680-2009 PA/TC, párr. 17.

²⁶ Art. 4 Ley N° 29635 de libertad religiosa, de 20 de diciembre de 2011.

²⁷ Disposición legal que se enfrentará al ejercicio de mi derecho de libertad en materia religiosa y exigirá una adecuada ponderación para determinar en el caso concreto si mi derecho libertad puede traspasar su límite o no.

²⁸ De este segundo punto resaltamos que no todo argumento de conciencia tendrá entidad suficiente para servir de base a un recurso de objeción de conciencia, sino solamente aquellos argumentos que superen un mínimo, una suerte de “test de religiosidad” que permita verificar la seriedad misma del pedido que ha hecho la persona.

viese la luz de modo que no vamos a acusar al Tribunal de haber fallado ignorando esta norma, aunque sus trabajos preparatorios estaban ya avanzados.

C. *El Estado laico*

Entonces, si el derecho individual de libertad religiosa es la piedra angular sobre la que recae el peso principal de esa construcción, ¿qué importancia tiene la protección de la dimensión colectiva del hecho religioso? ¿Cuál es su singularidad y por qué necesita de un derecho específico?

Para responder a este tipo de preguntas de un modo sencillo debemos decir que la razón viene de la misma dinámica normativa, que al igual que todo el derecho y especialmente el derecho constitucional, vive y se nutre de la riqueza histórica y de los cambios políticos y sociales del Estado en que se aplica. El derecho es un ente vivo, y experimenta cambios al mismo tiempo que lo hace la sociedad a la que está destinado. Por eso podemos decir que la necesidad de regular con detalle la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa²⁹ responde al concreto modelo de relaciones que el estado ha decidido tener con las entidades religiosas. Encontraremos países que dedican poca o escasa literatura legislativa a la creación de fórmulas de colaboración con las confesiones, reconduciendo su actuación por la senda del derecho común de asociación, y otros estados que han avanzado mucho en el modelo de reconocimiento de la singularidad del hecho religioso y han desarrollado al máximo los acuerdos de cooperación entre el estado y las entidades religiosas.

Ni que decir tiene que evolucionar hacia un modelo de cooperación iglesia³⁰-estado es más sencillo cuando se tiene ya la experiencia de colaboración con una entidad religiosa principal, que normalmente ha disfrutado de la condición de religión oficial del estado. Siendo entonces necesario vigilar que el trato dispensado a las entidades religiosas minoritarias respete los principios esenciales del derecho eclesiástico³¹ puesto que resulta inevitable la tendencia a la comparación con el trato que recibe la entidad religiosa mayoritaria.

Llegados a este punto parece oportuno recordar que el Perú es un modelo de estado cooperacionista en materia religiosa, es decir, enfoca las relaciones entre el poder político y el poder religioso desde un modelo de colaboración mutua. Con el convencimiento de que el hecho religioso encierra un valor positivo, abre las puertas a la cooperación bilateral, pero debe hacerlo respetando las directrices que le marca el texto constitucional: libertad religiosa en el art. 2 inciso 3, igualdad en el art. 2 inciso

²⁹ Como ahora ha hecho el legislador peruano en la Ley 29635 en la que después de cerrar en unos pocos artículos la titularidad individual del derecho, dedica el resto del articulado a formular el concepto de entidad religiosa y a establecer las futuras redes de un modelo de colaboración entre el estado y esas entidades religiosas, siendo por tanto una ley que desarrolla no solo al art. 2 inciso 3 de la Constitución sino también a su art. 50.

³⁰ Aclaremos que cuando se utiliza el término iglesia se hace como una suerte de equivalente al concepto "dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa", y no como sinónimo de Iglesia católica.

³¹ Libertad religiosa, igualdad, cooperación y no confesionalidad.

2, colaboración en el art. 50 y finalmente aconfesionalidad del Estado. Y decimos aconfesionalidad y no laicidad porque el texto constitucional peruano no utiliza nunca ese término, en realidad no dice nada al respecto y tenemos que concluir en sentido contrario, que frente a las tradicionales declaraciones constitucionales de confesionalidad católica que hicieron las constituciones peruanas anteriores, desde 1979 la expresa omisión a esa confesionalidad supone su renuncia y por tanto el establecimiento de un modelo no confesional. Nada más y nada menos. Nada de laicidad, nada de laicismo³².

El resto es una construcción jurisprudencial, que puede ser útil siempre que se adapte a la realidad social sobre la que se aplica. Y es una construcción jurisprudencial nueva, pues cuando el mismo TC tuvo que enfrentarse por vez primera a este tema, el modelo de estado en materia de relaciones con las entidades religiosas, nos recordó que: “Dentro de un Estado a confesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de “espacios” en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales”³³.

Dice ahora el TC sobre el modelo constitucional peruano que “existe un Estado Laico, garante de dicha libertad -la religiosa- y un compromiso de cooperación de dicho Estado específicamente a favor de la religión católica”³⁴. En realidad el compromiso de colaboración no solo es con la Iglesia católica, con la que ya en 1980 se dio forma de tratado internacional a esa relación bilateral, sino también con las demás entidades religiosas. Lo curioso es que para el TC colaborar significa “que el Estado procure facilitar condiciones para que la religión católica se fomente como un modo particular de concebir teológicamente el mundo”³⁵. En esta afirmación del Tribunal encontramos más elementos de confesionalidad que de cooperación³⁶ pues la cooperación que se formula desde la independencia y autonomía que proclama el art. 50 de la Constitución no convive bien con los actos de promoción de la fe, de ninguna fe, ya que esa no es responsabilidad del estado. Ciertamente el TC trata de aclarar después su afirmación recordando que no se puede “desconocer otras formas de pensar, religiosas o no, pues

³² Como señala PRIETO SANCHÍS hablando del caso español: “El laicismo es, pues, un concepto político o doctrinal, no estrictamente normativo, con el que pretende calificarse una cierta actitud de los poderes públicos ante el fenómeno religioso. Un concepto del que, por cierto, hace uso frecuente la doctrina eclesiasticista, que tiende a identificar la laicidad con la no confesionalidad del Estado, como incluso también la jurisprudencia, que a veces da por hecho sin mayor discusión que el español es un sistema laico”. PRIETRO SANCHÍS, Luis. “Religión y política. (A propósito del Estado laico)”, Persona y Derecho. N° 53. 2005, p. 114.

³³ EXP N° 3283-2003 AA/TC, de 15 de junio de 2004, párr. 22.

³⁴ EXP N° 05680-2009 PA/TC, párr. 19.

³⁵ EXP N° 05680-2009 PA/TC, párr. 20.

³⁶ “Se entiende por Estado confesional aquél que se vincula a determinado credo religioso, comprometiéndose a trasladar al orden civil sus exigencias sociales y políticas tal como sean expresadas por la jerarquía correspondiente”. OLLERO TASSARA, Andrés. “Un estado laico. Apuntes para un léxico argumental, a modo de introducción”, Persona y Derecho. N° 53. 2005, p. 24.

ello supondría que los derechos se determinan o se justifican únicamente a partir de las convicciones o raciocinios propios de la fe católica”³⁷.

En realidad la cuestión es bien sencilla, el estado debe cooperar con todas las entidades religiosas respetando el principio de igualdad y debe hacerlo porque de ese modo está dotando de verdadero contenido a la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa, del que son titulares la persona y los grupos especiales en los que pone en práctica el culto. Cooperar no significa promover desde el Estado a ninguna religión, mayoritaria o minoritaria, porque el Estado ha optado por una modalidad de separación “independiente y autónoma”, que debe convivir eso sí, con el pasado más reciente que habla de una confesionalidad católica de la que todavía quedan muchos recuerdos pero sin que se deban incorporar otros nuevos. Por eso, los argumentos de corte histórico que sirvieron para justificar la presencia de los crucifijos en las salas del Poder Judicial como una manera de expresar o constatar ese reconocimiento que el art. 50 hace a la Iglesia católica y a su aportación en la formación del Estado, no sirven ahora para dar protección la práctica promotora de la fe católica que ha instaurado la Fiscalía Superior de Amazonas. Un acto de promoción de la fe como el que se observa en las resoluciones y documentos que se presentan en este proceso nos hablan de una grave confusión de conceptos, de unos poderes del estado que no han comprendido el significado del nuevo modelo de relaciones iglesia-estado³⁸.

Dice el TC que “no se observa en la resolución analizada que esta permita o habilite eximencia alguna para quienes no quieran o no deseen participar de dichas actividades religiosas”, cuando lo grave no es la ausencia de alternativa sino la resolución misma. Una disposición de este tipo jamás debió de existir. Para el TC “puede ser legítimo que cualquier autoridad administrativa promueva la participación de sus trabajadores en determinadas celebraciones religiosas (la Navidad por ejemplo)” y yo creo que es falso, pues una política de ese tipo jamás podría provenir de un estado que se proclame aconfesional y mucho menos de un estado laico. Lo que pasa es que llegados a este punto debemos confesar que sobre la laicidad, el laicismo y lo laico, hay tantas definiciones que no resulta posible asumir sin riesgo a equivocarnos que el concepto que usa el TC es un laicismo a la francesa, un laicismo a la turca, un esquema de separación positivo tipo americano, o un principio distinto. Quizás para poder aclararnos un poco la única solución sea describir la laicidad en negativo. “No es laicidad la confusión entre funciones religiosas y funciones estatales. (...) La laicidad no supone una total incomunicación entre el Estado y las diversas confesiones religiosas. La laicidad no impide que las creencias religiosas puedan ser objeto de protección”³⁹. O como nos recuerda Francesco VIOLA: “Una sociedad política multicultural no requiere un Estado neutral (en el sentido de “indiferente”), sino un Estado imparcial en el sentido autén-

³⁷ EXP. N° 05680-2009 PA/TC, párr. 20.

³⁸ Dice el Tribunal que no censuran la identificación de las personas que dirigen un organismo con los postulados de la fe católica, pero sí que se debe censurar cuando esa identificación personal se convierte en política institucional.

³⁹ ROCA FERNÁNDEZ, María José. “Teoría” y “práctica” del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y su función jurídica”, *Persona y Derecho*. N°. 53. 2005, pp. 234-235.

tico de imparcialidad; es decir, el que lleva a las instituciones políticas a no excluir de la deliberación pública los argumentos religiosos por el simple hecho de ser tales, sino solamente cuando estos, o los de otro origen, se imponen de manera no respetuosa respecto a los principios del constitucionalismo de la democracia”⁴⁰.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Llegamos pues a nuestro punto de partida, la laicidad es una idea que tiene mucho de política y poco de derecho. Lo que en verdad importa es la efectiva y adecuada protección del derecho de libertad religiosa, lo demás serán teorizaciones más o menos exitosas pero que no deben condicionar ni perturbar al efectivo derecho de que son titulares la persona y los grupos. Habrá que aprender a construir el contenido y funcionamiento del derecho de libertad religiosa y garantizar su efectiva protección y cuando entre en juego con la igualdad habrá que dar respuesta a este presupuesto: “Existirá violación del principio de igualdad cuando las creencias religiosas sean tomadas en consideración como base de una disciplina normativa que no guarde una relación de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad con el hecho religioso alegado como fundamento de la regulación específica”⁴¹.

Para hacer un buen trabajo en esta materia habrá que utilizar los principios del derecho eclesiástico pero sobre todo en su juego combinado con el contenido del derecho de libertad religiosa. Erradicar las prácticas de promoción de la fe, impulsadas desde los engranajes mismos del estado, pero garantizando que la persona individual disfrutará de una adecuada protección de su derecho para poder participar o no en los actos de culto que le sean propios. De ese modo el estado garantizará esa independencia y autonomía de la que habla el art. 50 y todo ello sin tener que renunciar a la utilización de argumentos morales o religiosos cuando deba hacerlo para mejor gobernar o para mejor legislar.

⁴⁰ VIOLA, Francesco. “Laicidad de las instituciones, sociedad multicultural y religiones”, *Persona y Derecho*. N° 53. 2005, p. 97.

⁴¹ PRIETRO SANCHÍS, Luis. “Principios constitucionales del derecho eclesiástico español”, en: IBÁN PÉREZ, Iván Carlos, PRIETRO SANCHÍS, Luis y MOTILLA DE LA CALLE, Agustín. *Manual de Derecho eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, p.33.