



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0002-2019-PI/TC

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
Adolfo FAU 20217267618 soft  
Motivo: Doy fé  
Fecha: 28/07/2020 18:50:27-0500

Firmado digitalmente por:  
LEDESMA NARVAEZ  
Marianella Leonor FAU 20217267618  
soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 24/07/2020 17:24:02-0500

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9 de julio de 2020

### Caso de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios

CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

#### Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30868, que  
modifica la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:  
MIRANDA CANALES Manuel  
Jesus FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 27/07/2020 12:00:45-0500

Firmado digitalmente por:  
BLUME FORTINI Ernesto  
Jorge FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 27/07/2020 15:02:41-0500

Firmado digitalmente por:  
SARDON DE TABOADA Jose  
Luis FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 28/07/2020 11:54:33-0500

Firmado digitalmente por:  
RAMOS NÚÑEZ Carlos  
Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 28/07/2020 10:24:30+0200



## TABLA DE CONTENIDOS

### I. ANTECEDENTES

#### A. Petitorio constitucional

#### B. Argumentos de las partes

##### B-1. Demanda

##### B-2. Contestación de la demanda

### II. FUNDAMENTOS

#### § 1. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

1.1. El deber de justificar las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces

1.2. El deber de justificar los proyectos de Ley en la Exposición de Motivos

1.3. Exoneración de segunda votación en el pleno del Congreso

#### § 2. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

2.1. Prohibición de crear leyes con nombre propio

2.2. El derecho-principio de igualdad

2.3. El derecho a la integridad moral

2.4. Los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de no retroactividad

### III. FALLO



## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de julio de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta) y Blume Fortini, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada

### I. ANTECEDENTES

#### A. Petitorio constitucional

Con fecha 29 de enero de 2019, más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), interponen una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 30868, que modifica el artículo 26 e incorpora el artículo 26-A a la Ley 26298, Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, por considerarla incompatible con los artículos 2, incisos 1, 2 y 24 (“a” y “d”); 3; 43; 103; y 139, inciso 3, de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por el Perú.

Por su parte, con fecha 30 de mayo de 2019, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

#### B. Argumentos de las partes

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada, los cuales se resumen a continuación.

##### B-1. Demanda

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- La parte demandante señala que la disposición impugnada es una ley con nombre propio, pues se promulgó con la única finalidad de demoler el nicho colectivo del cementerio Mártires 19 de Julio,



ubicado en el distrito de Comas. En este recinto, se encontraban los cuerpos de ocho prisioneros fallecidos en la matanza de la isla El Frontón ocurrida en 1986.

- Los ciudadanos recurrentes argumentan que la norma impugnada es inconstitucional por la forma, al no cumplir el requisito exigido por el Reglamento del Congreso consistente en especificar el análisis de costo-beneficio. Apuntan que el estudio de costo-beneficio contenido en la exposición de motivos de la norma únicamente responde a las trabas relacionadas con el propósito de demoler el nicho.
- Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, los demandantes alegan que no se ha fundamentado de manera concreta cuál es el interés público invocado en la disposición impugnada.
- Añaden que la norma no ha cumplido con fundamentar en sus considerandos la urgencia de exonerar su debate en las comisiones de Salud y Población y Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y modernización de la Gestión del Estado del Congreso.
- La parte demandante argumenta que la disposición impugnada es inconstitucional por el fondo al violar el artículo 103 de la Constitución. Señala que se trata de una ley expedida por razón de la diferencia de las personas, pues se considera como enemigos y sin derechos a los asesinados en la isla El Frontón.
- Argumentan que la ley cuestionada viola el principio de igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; pues fue aprobada precisamente para diferenciar entre las personas con la finalidad de afectar a los considerados “enemigos”, siendo, por ende, una medida discriminatoria.
- Además, la mencionada parte señala que la disposición impugnada viola la integridad personal reconocida en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución. En este sentido, señala que, en la STC del Expediente 0256-2003-HC/TC, se amparó el derecho de los familiares a dar sepultura digna al familiar fallecido conforme a sus ritos y que, al obstaculizar el ejercicio de tal derecho, se afecta la integridad de los familiares.
- Sostienen que la disposición impugnada viola el principio de legalidad y seguridad jurídica, reconocidos en el inciso 24 del





artículo 2 de la Constitución. Argumentan que la disposición impugnada se pretende aplicar de forma inmediata o retroactiva a un procedimiento en trámite de forma perjudicial, sometiendo a los administrados (familiares de los muertos) a una sanción por un acto que no estaba calificado como infracción al momento de cometerse.

- Agregan que la disposición impugnada se promulgó en medio de un procedimiento sancionador iniciado por la Municipalidad de Comas, que imponía la medida complementaria de demolición del nicho. En ese sentido, se está aplicando la norma cuestionada a un procedimiento sancionador que ya se había iniciado con anterioridad a la modificatoria de la ley, por lo cual consideran que se vulneran los artículos 103 y 139, inciso 3, de la Constitución.
- Los demandantes añaden que, a la fecha de la demolición del nicho, existía una apelación con efecto suspensivo pendiente de resolver sobre esta controversia, por lo cual no era posible ejecutar la medida de demolición.
- Asimismo, postulan que la disposición impugnada es una ley arbitraria que viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, colisionando con los artículos 3 y 43 de la Constitución. Agregan que tanto el Gobierno como el Congreso, sobrepasando los límites que la Constitución les confiere, aprobaron y promulgaron la ley impugnada por estrictas razones políticas de venganza y persecución. Además, indican que la falta de motivación genera indefensión, inseguridad e ilegitimidad.
- Los demandantes sostienen que en la ley original no existía ninguna ambigüedad respecto de la competencia del juez para casos de exhumación. Indican que el Código Procesal Civil dispone que los casos que no tienen una tramitación especial se rigen conforme a las reglas del proceso sumario.
- Añaden que la disposición impugnada no resuelve ningún vacío jurídico, sino que introduce a un tercero legitimado con derechos por encima de los derechos de los familiares. Así, viola los artículos 51 de la Constitución y 13 del Código Civil. Precisan que se sobrepone el ordenamiento administrativo al derecho amparado por una ley orgánica como el Código Civil.
- Además, postulan que con la modificación propuesta en la norma impugnada ya no es necesario una orden judicial para realizar las



exhumaciones, lo cual constituye una situación gravosa que afecta a la tutela jurisdiccional efectiva.

- Asimismo, señalan que la disposición es arbitraria e inconstitucional porque da participación al fiscal para intervenir en exhumaciones dispuestas por la autoridad administrativa, violando la autonomía del Ministerio Público.
- Por último, la parte demandante alega que con la disposición impugnada se ha buscado negarles a los familiares el derecho de enterrar a sus hijos, padres o hermanos, así como el derecho de los muertos de descansar en un lugar digno.

#### **B-2. Contestación de la demanda**

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El Congreso de la República precisa que el proyecto de ley de la norma impugnada cumple con analizar el costo-beneficio. Indica que no existe una metodología oficial que determine los parámetros o aspectos que debe contener un adecuado análisis del costo-beneficio en el ámbito legislativo y que, en todo caso, el desarrollado fue claro y suficiente.
- Agrega que todo el contenido de forma y fondo del proyecto de ley ha sido verificado, analizado y validado durante las distintas etapas del correspondiente procedimiento legislativo. Asimismo, afirma que la autógrafa de ley remitida al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación no fue observada por el presidente de la República.
- La parte demandada sostiene que la norma impugnada tiene como fundamento la necesidad de cubrir hasta tres vacíos normativos sobre los supuestos de exhumación y traslado interno de cadáveres y restos humanos que afectaban la seguridad jurídica obstaculizando el deber de proteger con eficacia la seguridad y el interés público. Agrega que la búsqueda del bien común público por parte del Estado lo habilita para autorizar, permitir o limitar el interés de las personas.
- Sobre el incumplimiento de fundamentar la urgencia de exonerar el proyecto de ley del debate en las comisiones del Congreso, se explica que la Junta de Portavoces es un órgano de naturaleza discrecional, por lo cual no es coherente exigirle una sustentación técnica. Agregan que la exoneración se aprobó con la representación de 87 votos



correspondientes a cuatro grupos parlamentarios, en estricto cumplimiento de la Constitución y del Reglamento del Congreso.

- Respecto a la violación del artículo 103 de la Constitución, el demandado sostiene que la norma impugnada es de cumplimiento obligatorio para todos, sin que exista discriminación o diferenciación arbitraria; por ello, no se trata de una ley con nombre propio. Agrega que la disposición no regula únicamente a algún sector o caso en especial ni distingue si se trata de personas que fueron procesadas por delitos de terrorismo. Así, no es una ley antiterrorista ni un instrumento legal creado con fines de persecución política.
- El Congreso de la República postula que la parte demandante no sustenta de qué manera la ley impugnada impide a los familiares o responsables ejercer el derecho a contar con una tumba para sepultar a los cadáveres o a los restos humanos. Indican que, por el contrario, la norma impugnada muestra un especial interés en garantizar la disponibilidad de dar sepultura en forma apropiada. Así, dispone que, de forma inmediata, se realice el traslado y la correcta inhumación de cualquier cadáver que se haya enterrado en un lugar no autorizado. A su vez, salvaguarda la seguridad jurídica, la salud pública y el interés público.
- Sobre la vulneración al derecho a la igualdad del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, la parte demandada alega que la norma cumple la exigencia de tratar igual a los que son iguales y respeta la igualdad al no establecer diferencia alguna apoyada en criterio irrazonable o desproporcionado.
- En relación con la vulneración del derecho a la integridad personal del inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, el Congreso de la República señala que la Sentencia 0256-2003-HC/TC, invocada por los demandantes, no se asocia a la norma impugnada; pues esta última no impide en ninguna forma la inhumación de los restos humanos. Concluye que no se vulnera el derecho de los deudos de dar sepultura al cadáver o a los restos humanos de sus familiares.
- Sobre la incorporación de terceros legitimados, añade que los demandantes no pueden desconocer la legitimidad de la participación de un tercero, ya que su participación está amparada en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Además, indica que el juez evaluará la legitimidad para determinar la procedencia de su demanda.



- Asimismo, sostiene que es falso que la ley brinde preferencia o superponga a un tercero legitimado sobre el derecho de los familiares para la disposición del cadáver o de los restos humanos.
- El Congreso de la República postula que la ley impugnada no está privilegiando ningún derecho de la Municipalidad, sino que está reconociendo una atribución legal mediante la cual, conforme a la Constitución, le corresponde al Gobierno local y a la autoridad sanitaria a través de un procedimiento garantista de derechos fundamentales de los familiares del fallecido.
- Con respecto a la vulneración al principio de legalidad y seguridad jurídica, señala que la norma impugnada no ha introducido sanción administrativa alguna, sino que habilita a la Administración para aplicar una medida correctiva que no está ligada necesariamente a la potestad sancionadora. Agrega que el principal propósito de la disposición que se cuestiona es reponer los efectos causados por el actuar ilícito de los administrados, en aras de salvaguardar la seguridad y salud públicas, y, por ende, el interés público.
- Además, alega que la parte demandada señala que la norma impugnada cumple una serie de exigencias que evidencia un respeto al principio de legalidad. Así, la medida es emitida por una autoridad pública con competencia; contiene un objeto lícito, preciso y que busca satisfacer una finalidad pública; y que, además, se materializa luego de seguir un procedimiento previo y con las garantías debidas. En esa línea, indica que se resguarda la seguridad jurídica.
- Añade que la norma impugnada se condice y se relaciona jurídicamente de forma sistemática con el artículo 13 del Código Civil, en tanto este inciso habilita al cónyuge y a sus parientes a decidir sobre la sepultura del difunto, pero sin dejar de atender las normas de orden público. Agrega que entre estas últimas se encuentran la Ley 26298 y la propia ley impugnada.
- Indica la parte demandada que la norma impugnada resulta conforme con lo establecido por el artículo 103 de la Constitución toda vez que es de aplicación inmediata y no de aplicación retroactiva.
- Agrega que si los demandantes refieren que la aplicación de la ley impugnada habría sido inconstitucional y vulnerado derechos fundamentales en algún caso concreto debieron recurrir a la vía





jurisdiccional idónea para la tutela de tales derechos, pero que no corresponde hacerlo mediante el proceso de inconstitucionalidad.

- Sobre la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, indica que la ley impugnada evidencia el legítimo ejercicio de las atribuciones constitucionales conferidas al Parlamento y al Poder Ejecutivo. Añade que la parte demandante no señala argumentos jurídico-constitucionales que sustenten la vulneración de los artículos 3 y 43 de la Constitución, por lo que consideran necesario que el Tribunal declare la improcedencia de la demanda de inconstitucionalidad.
- Precisan que, contrariamente a lo que sostiene la parte demandante, el Código Civil no es una ley orgánica, sino que se trata de una ley ordinaria de igual jerarquía normativa. Añade que la relación entre una ley orgánica y una ley ordinaria es de competencia material.
- Respecto del alegato de vulneración de los artículos 103 y 109 de la Constitución, la parte demandada reitera que la norma no fue aprobada con miras a regular únicamente el ámbito de la Municipalidad de Comas, sino que resultaría aplicable a todo caso en el que se incurra en los supuestos establecidos por la ley. Agregan que la disposición impugnada se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigencia de la misma y por tanto no dispone desviar a ninguna persona de la jurisdicción predeterminada por ley, ni ordena someter a nadie a procedimiento distinto al previamente establecido.
- Agregan, por último, que la parte demandante ha incurrido en el error de no considerar que la norma impugnada está introduciendo una disposición con carácter de ley orgánica pues incorpora una función más a cumplir por el Fiscal Provincial de Turno.

## II. FUNDAMENTOS

### § 1. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

1. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser
  - (i) directa o indirecta;
  - (ii) de carácter total o parcial; y





(iii) tanto por la forma como por el fondo.

2. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en reiterada jurisprudencia que una disposición incurre en una infracción constitucional por la forma, entre otros supuestos, cuando se infringe el procedimiento legislativo previsto en la norma fundamental para su aprobación. Como lo ha señalado la doctrina y la misma jurisprudencia de este Tribunal, la denominada inconstitucionalidad por la forma apela a si nos encontramos ante una relación jurídico-procesal válida, ateniéndonos a los requisitos ya establecidos para ello.
3. Por otro lado, si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que se caiga en una situación de arbitrariedad, y, por ende, no puedan dejar de observarse las pautas regulativas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso en tanto norma interpuesta que desarrolla el texto constitucional. Así, ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 0015-2012-PI/TC, fundamento 4).
4. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra político, pero no puede contradecir las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el llamado “bloque de constitucionalidad”.
5. Al respecto, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando en cuenta a la Constitución, en su carácter de norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, como parámetro de evaluación.
6. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro para evaluar la constitucionalidad de una regulación debe comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a algunas específicas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (cfr. STC Exp. n.º 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
7. En tales casos, dichas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y de otro,



como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

8. A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina en el Perú “bloque de constitucionalidad”.
9. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la resolución legislativa cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (STC Exp. n.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).
10. Este calificado intérprete de la Constitución precisó, además, que se produce una vulneración o amenaza de vulneración indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio constituyente delegó algunos de los siguientes aspectos:
  - a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa (como es el caso de la delegación de facultades normativas al Gobierno, conforme a una ley autoritativa, o del procedimiento legislativo, que se encuentra regulado por el Reglamento del Congreso).
  - b) La regulación de un contenido materialmente constitucional (como es el caso del derecho al voto o del aprovechamiento de los recursos naturales, para los cuales se prevé reserva de ley orgánica).
  - c) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales (como sucede con la regulación mediante ley orgánica de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos).

La regulación a través de normas con rango legal de estos aspectos, es necesario insistir, se encuentra siempre previstas de manera expresa por la propia norma constitucional.



11. Como es lógico, las referidas disposiciones legales de desarrollo deben ser, a su vez, compatibles con la Constitución para poder formar parte del bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como “normas interpuestas”, por lo cual toda norma controlada que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución. Eso es lo que sustenta precisamente la asentada idea de un bloque de inconstitucionalidad en el caso peruano.
12. En consecuencia, corresponde al Tribunal establecer qué normas forman parte del bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso para realizar el análisis formal de la norma cuestionada.
13. Con base a lo indicado, en la presente causa el parámetro de control remite a lo indicado por los artículos 103 y 105 de la Constitución, y así como a los artículos del Reglamento del Congreso que regulan el procedimiento legislativo, en atención a la materia y a la naturaleza de la norma legal (STC Exp. n.º 0047-2004-PI/TC).
14. De este modo, en lo que respecta a la inconstitucionalidad por la forma de la norma impugnada, los demandantes cuestionan una serie de irregularidades en el procedimiento legislativo que llevó a su aprobación, a saber:
  - a) Durante el trámite del procedimiento legislativo, el proyecto de Ley fue exonerada por acuerdo de la Junta de Portavoces del dictamen de las Comisiones correspondientes, esto es, de la Comisión de Salud y Población y de la Comisión de descentralización, regionalización, gobiernos locales y modernización de la Gestión del Estado, sin que se hayan expresado las razones para hacerlo. Asimismo, fue exonerada de segunda votación en el Pleno sin indicar el motivo.
  - b) El proyecto de Ley 2879/2017-CR, el cual dio origen a la norma impugnada, no cumple con el requisito exigido de hacer un análisis Costo-beneficio de la futura norma legal, es decir, carece de un análisis científico, exhaustivo y de mayor investigación.
  - c) En la exposición de Motivos del Proyecto de Ley no se fundamenta cual es el “interés público” que invoca.





15. A continuación, este Tribunal analizará el procedimiento legislativo a la luz de la Constitución, así como de las demás disposiciones contenidas en el Reglamento del Congreso, en aras de dilucidar si efectivamente se incurrió en algún vicio de forma.

**1.1. El deber de justificar las exoneraciones realizadas por la Junta de Portavoces**

16. El artículo 105 de la Constitución dispone lo siguiente:

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

17. La disposición glosada autoriza expresamente que puedan establecerse excepciones en el Reglamento del Congreso a la regla constitucional que señala que todo proyecto debe ser dictaminado por una comisión.
18. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento del Congreso, cuyo artículo 31-A señala lo siguiente respecto a las atribuciones de la Junta de Portavoces:

La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada. Le corresponde:

1. La elaboración del Cuadro de Comisiones, para su aprobación por el Consejo Directivo y, posteriormente, por el Pleno del Congreso.

2. La exoneración, con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y pre-publicación. En caso de proyectos remitidos por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente, estas exoneraciones son aprobadas por la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.

3. La ampliación de la agenda de la sesión y la determinación de prioridades en el debate, todo ello con



el voto aprobatorio de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso allí representados.

4. Las demás atribuciones que le señale el presente Reglamento. (énfasis nuestro)

19. En cuanto a las exoneraciones al procedimiento legislativo previstas en el Reglamento del Congreso que pueden ser aprobadas por acuerdo de la Junta de Portavoces, se encuentran las siguientes:

**Artículo 53:**

Las sesiones ordinarias del Pleno del Congreso se desarrollan de acuerdo con la agenda que apruebe el Consejo Directivo; sin embargo, en el curso del debate, puede modificarse la agenda por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente un mínimo de tres quintos de los miembros del Congreso. (...).

**Artículo 73:**

El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

- a) Iniciativa Legislativa;
- b) Estudio en comisiones;
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;
- d) Debate en el Pleno;
- e) Aprobación por doble votación; y,
- f) Promulgación.

Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

**Artículo 77:**

Luego de verificar que la proposición de ley o resolución legislativa cumple con los requisitos reglamentarios formales, la oficina especializada de la Oficialía Mayor la recibe, la registra y dispone su publicación en el Portal del Congreso, informando a la Vicepresidencia encargada de procesar y tramitar las iniciativas a las Comisiones. En caso de incumplimiento de los requisitos antes señalados la iniciativa no puede ser recibida y es devuelta para que se subsanen las omisiones. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito





en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes. (...).

**Artículo 78:**

No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso, salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso. (...).

20. De la revisión de las normas citadas *supra* se advierte que actualmente se admite la posibilidad de que se realicen exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces, lo cual inicialmente se encuentra sujeto a que se realice en la oportunidad procedimental adecuada y de conforme con el número de votos requerido.
21. No obstante, este Tribunal no puede dejar de advertir que la aprobación de las diferentes exoneraciones contempladas en el Reglamento del Congreso (por ejemplo: de dictamen en comisión, de republicación en el portal oficial, de debate en el Pleno, de doble votación, etc.) se han convertido en una práctica frecuente y no en un verdadero procedimiento excepcional, poniendo en entredicho la legitimidad del debate que se desarrolla en el Congreso de la República.
22. Esto ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 00006-2017-PI, STC Exp. n.º 00001-2018-AI, STC Exps. n.º 00012-2018-PI y 00013-2018-PI (acumulados) estableciéndose, incluso, la posibilidad de que, considerando que el sistema democrático implica mucho más que la mera agregación de votos, pueda controlarse déficits graves que se haya detectado no solo en tramitación formal de las leyes, sino incluso en el ámbito de la deliberación parlamentaria (“déficits de deliberación”, STC Exp. n.º 00006-2018-AI). Dicha posibilidad, por cierto, es todavía de una mayor importancia cuando se trata de un Congreso de la República unicameral, como el nuestro, en el que no existe una cámara con una atribución propiamente “reflexiva” o “revisora”.
23. En este orden de ideas, es claro entonces que un procedimiento legislativo de excepción no puede ser aplicado de forma recurrente e



indiscriminada, pues de lo contrario se convierte en los hechos en el procedimiento legislativo regular. Si bien la potestad de establecer exoneraciones por parte de la Junta de Portavoces es discrecional, ello no implica que pueda ser usada arbitrariamente.

24. En este orden de ideas, se aprecia por ejemplo que muchas de las exoneraciones dispuestas como parte del procedimiento legislativo se han emitido en el marco de normas de gran importancia y que, en principio, requerirían un debate especialmente amplio e intenso. Tal sería el caso, entre otros, de la Ley que regula el gasto de publicidad del Estado Peruano (proyecto dispensado de Dictamen de la Comisión Transportes y Comunicaciones por acuerdo del 9 de enero de 2018) o el de la Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del Cannabis y sus derivados (Exoneración de publicación del dictamen por acuerdo del 19 de octubre de 2017).
25. En tal sentido, este Tribunal Constitucional considera pertinente exhortar al Congreso de la República para que siga el procedimiento legislativo regular en la aprobación de leyes, utilizando el procedimiento de las exoneraciones en forma verdaderamente excepcional. En este orden de ideas, parece necesario prever, entre otras posibilidades, mecanismos adicionales permitan que los acuerdos políticos relacionados con la exoneración en el marco de procedimientos legislativos sean mínimamente deliberados, por ejemplo, que sean adoptados luego de un debate entre los miembros de la Junta de Portavoces, o que se adjunte documentación en la que se exponga (aunque sea brevemente) las razones que justificaron la adopción de la respectiva exoneración.
26. Volviendo al análisis del caso, cabe indicar que para la exoneración de la etapa de estudio de comisiones y de la pre-publicación del dictamen antes de su debate se exige una votación mínima de portavoces que representan los  $\frac{3}{5}$  (tres quintos) de los miembros del congreso, es decir, una representación de 78 votos.
27. Del Acuerdo 223-14-06-2018-JUNTA/CR, de fecha 14 de junio de 2018, publicada en la página web del Congreso, se observa que la Junta de Portavoces del Congreso de la República acordó la exoneración de los dictámenes de las correspondientes comisiones con una representación de 87 votos, siendo aprobado por cuatro grupos parlamentarios.



28. Por ende, este Tribunal considera que no existe un vicio de inconstitucionalidad en la aprobación de la exoneración de los dictámenes en las comisiones respectivas a las que se recurrió en el procedimiento que llevó a la aprobación de la Ley cuestionada, y por ende debe desestimarse la demanda en este aspecto.

**1.2. El deber de justificar los proyectos de Ley en la Exposición de Motivos**

29. Los demandantes alegan que el proyecto de Ley 2879/2017-CR que concluyera su trámite con la modificación del artículo 26 y la introducción del artículo 26-A a la Ley 26298, Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, carece de un correcto análisis costo-beneficio de la futura norma legal, sosteniendo que en dicho punto no se identifica a los beneficiarios y perjudicados con la propuesta, ni el impacto de esta en la población y, por consiguiente, la norma objeto de controversia habría incurrido en un vicio formal durante el procedimiento parlamentario.
30. Ahora bien, este Tribunal advierte que el artículo 66 del Reglamento del Congreso establece que las proposiciones parlamentarias, pueden ser:
- i. Proposiciones de ley
  - ii. Proposiciones de resolución legislativa
  - iii. Mociones de orden del día
  - iv. Pedidos de información
31. En caso de autos se trata de una ley y teniendo eso en cuenta es importante anotar que el artículo 75 del Reglamento del Congreso establece los requisitos que debe contener toda proposición:

**“Requisitos y presentación de las proposiciones**

Artículo 75.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.





Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable”. (resaltado nuestro)

32. De la lectura del referido artículo, se desprende que los proyectos como el 2879/2017-CR deben contener como mínimo:
  - a) La exposición de Motivos donde se exprese sus fundamentos
  - b) La vigencia de la norma que se propone
  - c) El análisis del costo-beneficio y su incidencia ambiental cuando corresponda
  - d) La fórmula Legal dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos.
33. Como se puede apreciar del artículo citado *supra*, si bien señala que se deben establecer las razones que fundamentan la exposición de motivos de la proposición, no es menos cierto que aquella disposición no determina cómo debe realizarse tal argumentación.
34. En tal sentido, es evidente que exigir a los parlamentarios parámetros de cantidad mediante un mínimo y máximo de argumentos que fundamenten su iniciativa legislativa resulta contrario el carácter autónomo del Poder Legislativo toda vez que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad al momento de proponer sus iniciativas.
35. No obstante, esta facultad constitucionalmente legítima del legislador no supone que los parlamentarios estén exentos de fundamentar la iniciativa legislativa presentada, su impacto normativo y la relación de costo-beneficio.
36. Siento esto así, corresponde ahora analizar la exposición de motivos a efectos de evidenciar si efectivamente se realizó el análisis costo-beneficio de la norma impugnada que es lo que los demandantes, entre otros puntos, cuestionan.
37. De este modo, se observa que el punto III (Página 9) del Proyecto de Ley 2879/2017-CR establece, con relación al análisis costo beneficio de la propuesta, que:

La incertidumbre jurídica y la falta de previsibilidad del sentido en que se entenderá una norma jurídica, por parte de las autoridades que son las destinatarias de su aplicación, genera una secuencia de impactos negativos



tanto en el ámbito social como económico, y tanto en los ciudadanos como en las entidades públicas.

En efecto, cuando una autoridad o un ciudadano no tiene certidumbre sobre cuál es el procedimiento que debe seguirse para lograr la exhumación en un caso concreto, se pierde no sólo el tiempo de los ciudadanos y autoridades que procuran un pronunciamiento en este sentido, sino que también se genera cargas a las autoridades judiciales a quienes se presenta el reclamo, las que finalmente se terminan declarando incompetentes generando así una valiosa merma en el tiempo que tienen para cumplir otras funciones. Todo lo cual se traduce en costo tanto para solicitantes como para autoridades judiciales generados por los defectos legales de la norma.

A la pérdida de recurso públicos y privados debe sumarse además la pérdida de confianza en las autoridades encargadas que se toman el tiempo necesario para procesar el pedido y concluir declarando su incompetencia, y que se extiende a todas las autoridades encargadas de aplicar la norma confusa y ambigua, pues existe la posibilidad de que una nueva solicitud dirigida a otra autoridad judicial para que resuelva sobre el pedido de exhumación pueda concluir con una resolución final, después de varios meses, declarándose incompetente para ello.

Por tanto, la medida que procura la eliminación de esta incertidumbre tiene impacto positivo porque busca ahorrar recursos de tiempo y dinero, así como eliminar de una causa más de desconfianza y desprestigio de las entidades públicas que afecta al Estado finalmente (...).

38. Finalmente, los últimos fundamentos del referido proyecto de Ley concluyen lo siguiente:

De igual manera, si no se reconoce que las Municipalidades y la Autoridad Sanitaria pueden, en ejercicio de su autotutela, decidir, ordenar y ejecutar la exhumación con fines de traslado interno cuando la inhumación se haya realizado originalmente en una sepultura no autorizada, y en pro del interés y la seguridad pública; entonces, someteremos a estas decisiones a los procesos judiciales para lograr su ejecución. Lo que puede evitarse si se garantiza un





procedimiento correcto de ejecución coactiva sólo para estos supuestos, que por supuesto, incluye la posibilidad de su impugnación en sede judicial, como sucede para tantos otros casos.

Por tanto, reconocer en estos supuestos excepcionales el ejercicio de la autotutela administrativa para ejecutar exhumaciones con fines de traslado interno abona a una protección más directa y pronta del interés y la seguridad pública y, por ello, mayor beneficio para la sociedad en general.

39. Como se puede apreciar, la iniciativa legislativa contó con un desarrollo del análisis que explicita los costos y beneficios de la regulación propuesta, en la cual se explica que las omisiones de la Ley 26298 tenía efectos negativos, al producir inseguridad jurídica en relación con aquellos supuestos que no habían sido contemplados por la legislación previa a su modificación, lo cual generaba una mayor carga para las autoridades judiciales quienes finalmente terminaban declarándose incompetentes debido a la falta de precisión en la norma.
40. Asimismo, se insiste en que la norma impugnada favorece a toda la sociedad, pues ofrece un texto claro que regula los posibles supuestos de hecho, que no habían sido explicitados en la regulación previa, terminando de ese modo con la existente incertidumbre jurídica, que conduce a inevitables problemas de aplicación. La claridad respecto a este tema, según se explica, repercute además en una valoración positiva, “una mayor confianza”, hacia las autoridades que pueden resolver este tipo de asuntos.
41. Con lo indicado, no se evidencia entonces que exista un vicio formal manifiesto que suponga la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Por tales consideraciones, este Tribunal debe declarar infundada la demandada respecto a este extremo y continuar con el análisis de la inconstitucionalidad por la forma de la regulación objeto de controversia.

### **1.3. Exoneración de segunda votación en el pleno del Congreso**

42. A efectos de analizar el debate realizado respecto a la aprobación de la Ley 30868, este Tribunal tomará en cuenta el Diario de Debates de la Primera Legislatura Ordinaria de 2018, realizada el día miércoles 3 de octubre de 2018 en su octava sesión, publicada en el portal web de la página oficial del Congreso de la República.



43. Estando a lo que surge de dicho documento este Tribunal advierte que, efectivamente, el proyecto de Ley fue exonerado de segunda votación en la sesión del Pleno del Congreso correspondiente. Asimismo, se aprecia que este acuerdo fue adoptado con 91 votos a favor, ante la solicitud planteada por el vicepresidente de la Comisión principal, quien a raíz de la primera votación en donde se obtuvo la mayoría de votos, solicitó que el proyecto fuera exonerado de segunda votación.
44. Al respecto corresponde señalar que, excepcionalmente, conforme ya fue explicado *supra*, sí puede exonerarse de segunda votación los proyectos de ley, los cuales deberán ser solicitados por el presidente de la comisión correspondiente y finalmente, aprobada en el pleno. En tal sentido, el artículo 73 del Reglamento del Congreso establece que las leyes requieren de doble votación para ser aprobadas, pero que puede prescindirse de ella si tres quintos de los miembros del Congreso lo piden, como ocurrió en el presente caso.
45. Por estas consideraciones, este Tribunal debe declarar infundada la demanda respecto a la inconstitucionalidad por la forma de la Ley 30868.

## § 2. ANÁLISIS DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

46. Los demandantes sostienen que la Ley 30868 que modifica la Ley 26298, en su artículo 26 e incorpora el artículo 26-A, básicamente, vulnera la prohibición de crear leyes con nombre propio, el derecho-principio de igualdad; trasgrede los derechos a la integridad moral, al libre desarrollo de la personalidad, a la la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros, y es vulneradora de distintos principios constitucionales. Y es que, tal como señala calificada doctrina y jurisprudencia de este Tribunal, cuando se habla de inconstitucionalidad material lo que se trata de evaluar es la constitucionalidad del objeto y contenido de las pretensiones alegadas.
47. En lo que sigue, este Tribunal analizará las vulneraciones que han alegadas, con base en las cuestiones de mayor importancia que surgen de la dinámica que aquí se plantea. De manera más específica, y sin perjuicio de dar una respuesta precisa a las específicas pretensiones planteadas por los demandantes, se analizará si la Ley cuestionada fue emitida específicamente para destruir el nicho colectivo en el que se



encontraban los cuerpos de ocho prisioneros fallecidos en la matanza de la isla el Frontón; asimismo, si el objeto de la regulación cuestionada –la destrucción de los sepulcros o el nicho colectivo– es legítima o no; y si acaso, las razones, más o menos explícitas, que explican la emisión de esta regulación son finalmente conformes con nuestro sistema de valores constitucionales.

48. En tal sentido, este Tribunal Constitucional debe analizar si tienen asidero las vulneraciones que han sido alegadas. En primer lugar, es necesario analizar si la Ley 30868, que modifica la “Ley de Cementerios y Servicios Funerarios”, se trató de una “ley con nombre propio”. Ello en el sentido proscrito por el artículo 103 de la Constitución. En tal sentido, deberá evaluarse si, en consecuencia, se produjo la violación del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2.2 de la Carta fundamental).
49. Asimismo, con base a las alegaciones formuladas, el Tribunal Constitucional deberá analizar los argumentos de los demandantes relacionados con una supuesta trasgresión del derecho a la integridad moral (artículo 2.1 de la Constitución), ámbito que los demandantes, además, han considerado como relacionado con otros bienes iusfundamentales genéricamente invocados, como es el caso del libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Constitución), la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 2.24.h de la Constitución) y la libertad de culto (artículo 2.3 de la Constitución), entre otros.
50. Finalmente, deberán evaluarse también las trasgresiones invocadas de los principios de legalidad (artículo 2.24.a de la Constitución), de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (artículos 3 y 43 de la Constitución).
51. Con base en lo anterior, empezaremos entonces en el orden indicado, analizando en primer lugar si la Ley 30868 fue una regulación *ad hoc* proscrita por la Constitución, y en tal orden de ideas contraria al derecho a la igualdad ante la ley y a diversos principios constitucionales que han sido invocados.

### **2.1. Prohibición de crear leyes con nombre propio**

52. En primer lugar, los demandantes alegan que la Ley 30868, que modifica la Ley 26298, “Ley de Cementerios y Servicios Funerarios”,





es una ley con “nombre propio”, en el sentido que es proscrito expresamente por nuestra Carta fundamental en su artículo 103.

53. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la referida disposición constitucional establece lo siguiente:

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...).

54. En el sentido indicado, se prevé la posibilidad excepcional de establecer normas “especiales” o “ad hoc” cuando estas se basen en razones objetivas y justificadas, es decir, en la “naturaleza de las cosas”.
55. Sin embargo, de un análisis de lo regulado por la Ley 30868, que modifica la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios en su artículo 26 e incorpora el artículo 26-A, está dirigida, de manera general, y sin establecer orientaciones específicas respecto del nicho colectivo que finalmente ha sido derruido, ni sobre cualquier nicho en el que se encuentren restos correspondientes a personas que fueron procesadas o sentenciadas por el delito de terrorismo.
56. Como puede apreciarse, la norma impugnada prevé la posibilidad de que se destruyan aquellos sepulcros que han sido construidos irregularmente, y establece diferentes competencias e instancias para operativizar ello, sin que lo allí previsto se aplique a un único caso, o siquiera a un supuesto en específico.
57. Queda descartado, entonces, que la Ley 30868 constituya una ley con nombre propio en un sentido proscrito por la Constitución, sin perjuicio de analizar, en similar sentido, si la disposición cuestionada infringe el derecho-principio de igualdad.

## 2.2. El derecho-principio de igualdad

58. En relación a la alegada vulneración del principio-derecho de igualdad, debe repararse en que el artículo 2, inciso 2, de la Constitución prevé que:

“[T]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.  
Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza,



sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

59. Este derecho fundamental, como ha sido tantas veces explicado por este Tribunal, no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino que sean tratadas de igual modo quienes se encuentran en una misma condición (STC Exp. n.º 0048-2004-PI/TC, fundamento 59) y, a contrario sensu, que sean tratados de manera diferente quienes no se encuentran en dicha condición. Así visto, en consecuencia, el derecho a la igualdad no supone el tratamiento idéntico de todos los casos.
60. En este orden de ideas, lo que se proscribe con base en el derecho a la igualdad es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen acceso (STC Exp. n.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).
61. En este sentido, la diferenciación está constitucionalmente permitida, siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante un supuesto discriminatorio, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62).
62. En el caso bajo análisis, los demandantes consideran que la norma cuestionada consagra un tratamiento discriminatorio pues diferencia injustificadamente a las personas y busca perjudicar a aquellos a los que se le considera como “enemigos”, supuestamente vulnerando de este modo cadáveres o restos humanos de quienes han sido sentenciados o procesados por el delito de terrorismo.
63. Ahora bien, de la lectura del texto de la norma impugnada se advierte que esta, en abstracto y siguiendo en tenor de su texto, en ningún momento regula medidas específicas o diferenciadas para quienes fueron procesados por determinados delitos, sino prevé que sus efectos se extiendan para todos los cadáveres y restos humanos que hayan sido enterrados sin previa autorización y de manera irregular, infringiendo normas de orden público.
64. Siendo así, no se acredita en autos que la disposición objeto de control haya incurrido en alguna diferenciación como la que alegan los demandantes. Por el contrario, se verifica que, prima facie, se trata de una ley de carácter general y de cumplimiento obligatorio para todos,





acorde con el principio-derecho de igualdad. En ese sentido, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

65. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, los demandantes han sostenido que, en los hechos, la ley solo tenía como propósito ser aplicadas al mencionado nicho colectivo. Al respecto, este Tribunal debe precisar que ello, al referirse a la aplicación de una legislación de contenido general, la cual no plantea peculiaridades en relación con algún caso concreto, no podría ser materia de pronunciamiento o tutela a través de un proceso de control abstracto como el presente, por lo que deben rechazarse dichos alegatos al resultar improcedentes en esta sede.

### **2.3. El derecho a la integridad moral**

66. Ahora bien, con prescindencia de lo señalado en relación con el derecho a la igualdad, vale la pena analizar la alegación respecto a que la Ley 30868, que modifica la Ley 26298, y en la cual se sustenta la demolición del nicho colectivo del cementerio “Mártires 19 de Julio” del distrito de Comas, constituye una trasgresión del derecho a la integridad moral (que forma parte del derecho a la integridad personal), cuando menos de los familiares de los fallecidos, así como de otros derechos fundamentales que se ha mencionado adicionalmente en la demanda, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de culto, y el derecho a no ser objeto de tratos crueles inhumanos y degradantes.
67. A este respecto, de manera más específica, los demandantes consideran que la demolición de los nichos habría puesto de manifiesto que:

“El Estado, con el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, tramaron una ley exprofesa, con nombre propio, para destruir sus nichos, volver a secuestrar sus restos, negándoles el derecho fundamental a los familiares de dar una sepultura a su ser querido, en el lugar y la forma por ellos decidida, afectando irremediable y gravemente la integridad moral de los familiares. Así mismo, la destrucción de los nichos es un acto cruel, inhumano y de escarnio público”

68. En atención a ello, es necesario preguntarnos si, finalmente, a pesar de que la regulación que se cuestiona está formulada con carácter general (pues allí se prevé la exhumación, en abstracto, para todos los casos



de sepulturas informales o irregulares), tiene alguna relevancia el hecho –acreditado en autos a partir de diversas declaraciones de autoridades y funcionarios del más alto rango– que detrás de ella se encontraba la intención de destruir, específicamente, el nicho colectivo en la que yacían los restos de las personas que fueron muertas como consecuencia de la intervención estatal relacionada con el develamiento del motín ocurrido en junio de 1986, en el establecimiento penal ubicado en la isla El Frontón.

69. En efecto, tal como aparece en autos (fojas 3 a 7), diversas autoridades y medios de comunicación dieron cuenta, precisamente, de la aprobación de la Ley 30868, expresando al respecto que, gracias a dicha regulación, por fin se podría destruir el “mausoleo terrorista” o también el “mausoleo senderista”.
70. En primer lugar, es inexacto denominar como un “mausoleo” a la construcción demolida al poco tiempo de promulgada la mencionada Ley 30868, pues carece de cualquier rasgo de monumentalidad. Se trata antes bien a de un “sepulcro” o “nicho colectivo” (o incluso de un “cenotafio”, atendiendo a que en dicha construcción había nichos sin cadáveres pues finalmente estos no fueron hallados, identificados o entregados a los familiares), por lo que, en adelante, se preferirán estas expresiones. En cualquier caso, debe entenderse que lo que finalmente se encuentra en juego para los demandantes no es la monumentalidad de la construcción, sino, en lo esencial, el derecho a la sepultura digna y otros derechos relacionados.
71. En este marco, los demandantes han alegado, por ejemplo, que la forma en que fueron tratados los restos mortales de sus familiares ha sido cruel, humillante y degradante, que no se ha guardado un respeto mínimo por las personas fallecidas, y que, en suma, todo ello trasgrede la integridad moral o psíquica de sus familiares. Con relación a dichas alegaciones, el Tribunal Constitucional tendrá que referirse, en primer lugar, a la importancia de los bienes jurídicos involucrados y, si fuera el caso, a su relevancia constitucional y eventual vulneración, a efectos de dar respuesta a la presente causa.
72. En el sentido indicado, en primer lugar, corresponde mencionar que la cuestión de la muerte humana, de la sepultura y, de modo más general, de los ritos funerarios, ha generado un gran interés en prácticamente todas las comunidades humanas a lo largo de la historia y, por ello mismo, ha sido objeto de muy variadas formas de protección y regulación jurídicas.



73. Incluso más, en distintos momentos lo relacionado con la muerte y los ritos fúnebres se ha entendido como directamente involucrado con las complejas interrelaciones que su producen entre el Derecho y la moral. Al respecto, ocurre que las sociedades suelen reconocer diversas exigencias vinculadas con el respeto a los muertos y al duelo, las cuales son entendidas como imperativas, esto con base en consideraciones religiosas o extrajurídicas, las cuales eventualmente pueden entrar en conflicto con otro tipo de regulaciones dispuestas en sentido contrario, esta vez establecidas por las autoridades políticas.
74. Precisamente, en este orden de ideas, un caso paradigmático en donde esta posible tensión entre lo regulado por Derecho positivo y los mandatos de carácter moral (o del “Derecho natural”, desde algunas concepciones), se encuentra en famosa tragedia Antígona del poeta griego Sófocles, tantas veces aludido y estudiado por la filosofía y teoría del Derecho<sup>1</sup>.
75. En la mencionada obra la protagonista Antígona desea enterrar a Polinices, uno de sus hermanos que había fallecido recientemente. Sin embargo, Creonte, en ese momento soberano de Tebas, había prohibido la posibilidad de que se realice cualquier acto fúnebre en favor de Polinices, incluyendo el entierro de su cuerpo, como una forma de sanción porque este quiso tomar el poder por la fuerza. A decir de Creonte, con dicho castigo pretendía que al cuerpo de Polinices “se le deje sin sepultura y que (...) sea parto de las aves de rapiña y de los perros, y ultraje para la vista”, y remató indicando que “[t]al es mi propósito, y nunca por mi parte los malvados estarán por delante de los justos en lo que a honra se refiere” (párr. 105-109). En la prohibición se había previsto, además, que quien desobedeciera dicha orden sería condenado a la lapidación pública.
76. Por su parte, a escondidas, Antígona le dio finalmente sepultura a su hermano. Al ser capturada e increpada por Creonte por haber desobedecido su ley, Antígona le confrontó y, en relación con la prohibición, le espetó que “No fue Zeus el que los ha mandado a publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres”, asimismo, también en el sentido de cuestionar la legitimidad de su orden, le increpó que “[n]o pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal

<sup>1</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el Derecho*. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 126-128.





podiera trasgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses” (párr. 449-455)

77. Mirado con atención, el conflicto entre Antígona y Creonte pone de manifiesto, precisamente, la eventual tensión entre, por una parte, los imperativos universales relacionados con el trato respetuoso a los muertos, cuya desobediencia se considera inadmisiblemente prácticamente por todas las culturas –como se explicará con más detalle luego– y, por otra, las eventuales regulaciones humanas que pueden ir en sentido contrario, pese a que puede implicar incluso una forma grave de agravio o vejamen. Bien visto, este asunto no nos es ajeno: el propio caso que estamos enfrentando nos plantea un conflicto similar, referido al respeto a los restos mortales por parte de una regulación como la que se cuestiona.
78. En el sentido de lo que se viene indicando, en relación con la importancia de que las personas muertas tengan una sepultura digna, recordó por ejemplo, en su momento, el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade<sup>2</sup>:

Trátase de una preocupación de las más antiguas del ser humano, inmortalizada, v.g., más de cuatro siglos antes de Cristo, por la célebre tragedia de *Antígona* de Sófocles, que versaba precisamente sobre la firme determinación de Antígona, mujer de coraje, de enfrentar la tiranía de Creonte y dar una sepultura digna a uno de sus dos hermanos muertos (al igual que al otro hermano enterrado). En realidad, la búsqueda de un entendimiento de la muerte encuéntrase presente en todas las culturas y tradiciones filosóficas del mundo. Es este un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos.

En la lúcida reflexión de Pictet, el conflicto entre Creonte y Antígona acerca del respeto debido a los restos mortales del ser querido, corresponde al eterno antagonismo entre la ley positiva (para mantener el orden público) y la ley no-escrita (para seguir la conciencia individual): o sea, necesidad *versus* humanidad. ¿Por qué, (...) a pesar de la atención siempre dedicada al tema en las culturas y en todas las modalidades de expresión de los sentimientos humanos (como la literatura y las artes), todo el rico pensamiento contemporáneo sobre los

<sup>2</sup> Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), fundamentos 8 y 9.





derechos inherentes al ser humano se ha concentrado casi que exclusivamente en las personas de los vivos, y no parece haber recogido con suficiente claridad los vínculos entre estos y sus muertos, inclusive para determinar sus consecuencias jurídicas? [pies de página suprimidos].

79. Asimismo, el jurista y presidente emérito de la Corte Costituzionale italiana Gustavo Zagrebelsky ha considerado a la obra *Antígona* el “texto fundador de nuestra civilización jurídica”, la cual pone en evidencia la tensión entre el *ius* (es decir, el Derecho no escrito, vinculado a lo justo y universal) y la *lex* (la ley puesta por la autoridad, que encarna la voluntad de los ciudadanos, noción relacionada con la modernidad). Desde luego, la comprensión cabal de esta tensión, así como el valor de la tragedia *Antígona* para tales efectos, únicamente tiene sentido si se parte de la especial relación que, de manera permanente, han mantenido los seres humanos, a lo largo del tiempo, con sus muertos y con los restos de ellos.
80. En este sentido, si alguna relevancia jurídica o constitucional tiene el respeto a los muertos, así como la pretensión de que estos tengan una sepultura digna, ello se debe a que se tratan de hechos culturalmente importantes, que son además una constante en las sociedades humanas de prácticamente todos los tiempos.
81. Puede constatar, en este sentido, que la relación de las personas o comunidades con la muerte, y con los restos mortales, generalmente se ha encontrado relacionada con lo venerable, sagrado y divino y, al mismo tiempo, con que el maltrato a los cadáveres de las personas o a sus sepulcros se haya entendido como una forma de deshonra o castigo para los propios fallecidos (a sus cuerpos, a su memoria, a sus honras) o para su entorno más próximo (para su familia o su comunidad).
82. En este sentido, es necesario distinguir el final de la vida como un proceso esencialmente biológico, relacionado, por ejemplo, con el término del funcionamiento del cuerpo o el cese de las actividades cerebrales, y que implica que tales restos humanos pierden la condición de “persona” (es decir, sujeto titular de derechos humanos y fundamentales), de los efectos e incidencia en bienes constitucionalmente protegidos que el cese de la vida humana produce en el entorno social.
83. En este orden de ideas, encontramos que la antropología entiende que a la muerte:



[C]omo un proceso que sufre un individuo (proceso biológico) y una sociedad (proceso social) que lo pierde. Esa sociedad construye, según su sistema de valores y creencias, una interpretación cultural del fenómeno reflejándolo en la actividad ritual. Todas las sociedades organizan ceremonias para conmemorar, celebrar o despedir personas y situaciones. La vida y la muerte así como todo lo que concierne al cuerpo son, por tanto, en la universalidad de las sociedades humanas, objetos de ceremonia<sup>3</sup>.

84. Estos rituales o ceremonias vinculados a la muerte de las personas cercanas o miembros de la comunidad, de manera muy frecuente, tienen como finalidad esencial “desdramatizar” o “apaciguar” la pérdida física de su integrante, a través de buscar que, de algún modo, el vínculo con los fallecidos permanezca, así como procurando la posteridad o la trascendencia de las personas muertas<sup>4</sup>. Es precisamente en este sentido que deben entenderse y valorarse actos o tradiciones universalmente extendidos como el duelo y los ritos fúnebres.
85. Así considerado, la sepultura y los ritos funerarios se conciben como una actividad socialmente necesaria, que forma parte de un proceso de tránsito hacia una nueva situación para el fallecido y para su entorno, proceso que se encuentra marcado por la necesidad de aceptar la inminente ausencia de alguien, o de contribuir a su integración o pervivencia, siquiera simbólica, en la comunidad<sup>5</sup>.
86. Estas prácticas han tenido diversas manifestaciones en los diferentes momentos de la historia de la humanidad y, tal como ha sido analizado por los especialistas, constituyen una constante en las diversas culturas del mundo<sup>6</sup>, incluyendo desde luego a nuestra región

<sup>3</sup> ALLUÉ, Marta. “La ritualización de la pérdida”. En: *Anuario de Psicología*. Vol. 29, n.º 4, Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona, 1998, p. 69.

<sup>4</sup> VAN GENNEP, Arnold. *Los ritos de paso*. Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2008, p. 204 y ss.; YOFFE, Laura. “Rituales funerarios y de duelo colectivos y privados, religiosos o laicos”. En: *Avances en Psicología*. N.º 22, vol. 2, Unife, agosto – diciembre de 2014.

<sup>5</sup> ALLUÉ, Marta. Ob. cit.; GIL GARCÍA, Francisco. “Donde los muertos no mueren. culto a los antepasados y reproducción social en el mundo andino. Una discusión orientada a los manejos del tiempo y espacio”. En: *Anales del Museo de América*. N.º 10, Madrid, 2002, *passim*.

<sup>6</sup> Cfr. TORRES, Delci. “Los rituales funerarios como estrategias simbólicas que regulan las relaciones entre las personas y las culturas”. En: *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*. N.º 2, vol. 7, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, diciembre de 2006; ANDRÉS RUPÉREZ, María Teresa. “El concepto de la muerte y el



y nuestro país. Al respecto, entre las prácticas más recurrentes y extendidas, encontramos ritos que consisten, por ejemplo, ceremonias conmemorativas al momento de despedirse de los muertos, procesos de conservación de los cuerpos de las personas fallecidas, construcción de obras artísticas o de edificaciones conmemorativas, actos posteriores de recordación o de rendir honores a los fallecidos, entre otras.

87. Ahora bien, además del solo propósito de recordación o de coadyuvar a la trascendencia de los fallecidos, estas ceremonias, rituales y construcciones funerarias han sido utilizadas asimismo como una especie de símbolo para afirmar la identidad o situación de una comunidad respecto de otras comunidades o grupos humanos (v. gr.: los enemigos, los paganos, los salvajes); asimismo, en el marco de dicho valor moral, espiritual o cultural, los restos fúnebres o los sepulcros han sido utilizados en diversas ocasiones para infligir castigos o para expresar enseñamiento contra otros grupos o comunidades (por ejemplo a los considerados enemigos, perseguidos, parias, etc.).<sup>7</sup>
88. Ahora bien, en atención precisamente a su importancia antropológica y cultural, así como a su inmanencia en las sociedades humanas, estas cuestiones han sido objeto de regulación, así como merecedoras de una especial tutela.
89. Siendo así, y con el propósito de establecer los alcances constitucionales o iusfundamentales de este complejo tema, en necesario aproximarnos a algunas decisiones de este órgano colegiado sobre la materia, así como a decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
90. Según veremos, con base en dichas decisiones encontramos que, a nivel constitucional y supranacional, se ha destacado la existencia de varios ámbitos de protección relacionados con el respeto a los muertos y sus restos fúnebres, así como diversos bienes iusfundamentales directamente involucrados, que no podrían dejar de tenerse en cuenta en casos como este.

---

ritual funerario en la prehistoria". En: *Cuadernos de Arqueología*. N.º 11, Universidad de Navarra, 2003; PARRA ORTIZ, José Miguel. *Momias. La derrota de la muerte en el Antiguo Egipto*. Crítica, Barcelona, 2010; YOFFE, Laura, Ob. cit.

<sup>7</sup> Cfr. ALLUÉ, Marta. Ob. cit., pp. 71-72; BAROU, Jacques "La idea de la muerte y los ritos funerarios en el África subsahariana. Permanencia y transformaciones". En: *Trace*. N.º 58, 2010, *passim*.





91. En el caso peruano, en Tribunal Constitucional se ha referido con cierto detalle a las prácticas o ritos funerarios en el Perú, los cuales trascienden al acto del entierro y al derecho a la libertad de culto, tal como es habitualmente entendida, sino que se relacionan con prácticas o costumbres variada, muy diversas, incluso posteriores al sepelio, y de gran raigambre cultural en diversas zonas del país. Prácticas que, a decir de este Tribunal Constitucional, tienen respaldo constitucional y deben ser asimismo tuteladas en caso de amenaza o vulneración.
92. Así, por ejemplo, en la STC Exp. n.º 01894-2013-PHC este órgano colegiado ha hecho referencia precisamente a los "ritos y tradiciones funerarias en el Perú". De este modo, se ha referido a las crónicas o escritos de Guamán Poma de Ayala, Garcilaso de la Vega, Pedro de Cieza de León, Francisco de Ávila, Raúl Porras Barrenechea, entre otros, quienes explicaron las tradiciones y creencias existentes en los pueblos prehispánicos. Al respecto, se destaca la creencia en una existencia física ulterior a la muerte y las extendidas celebraciones de las personas cercanas al difunto o la difunta, los ritos y ofrendas fúnebres y las formas en las que los cuerpos eran finalmente enterrados.
93. Efectivamente, en la mencionada decisión de este Tribunal Constitucional se señala, respecto de nuestras tradiciones y rituales funerarios:

25. Como es de verse, el ciudadano peruano tiene interiorizado como parte del desarrollo de su vida ciudadana y rural, costumbres y rituales funerarios de larga data que conforman una cosmovisión particular sobre la libertad de culto en el Perú, lo cual permite apreciar un contenido constitucionalmente protegido de este derecho con matices distintos a los desarrollados en la doctrina extranjera.

26. Así, nos encontramos con una gama de acciones y conductas humanas propias de los ciudadanos peruanos que permiten identificar una forma particular de culto más allá de la adoración de una divinidad en un lugar destinado exclusivamente a esa finalidad; que también merecen tutela constitucional, pues, conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, la libertad de culto en Perú no se agota con el acto de sepultura del difunto; por el contrario, se extiende en el tiempo, pues, el culto a los muertos, a modo de recordatorio de su importancia en la vida de su familia no se agota en el rito





del velorio o del entierro mismo, sino se realiza cada vez que se acude al lugar donde permanecen los restos del fallecido.

94. Asimismo, encontramos a la conocida STC Exp. n.º 00256-2003-HC/TC, en la que cual el Tribunal Constitucional reconoce que la posibilidad de dar sepultura a los familiares está relacionada a los derechos a la manifestación libre de creencias y a la integridad moral. Incluso más, señala que una vulneración de este ámbito protegido de la integridad moral eventualmente podría constituir una lesión de tal gravedad que “linda con un trato cruel, inhumano o degradante” (afirmación que, en parte, se explica por las diversas consideraciones expresadas en los fundamentos precedentes, en torno a la importancia del respeto al cuerpo de los fallecidos y los rituales funerarios).
95. En este sentido, entonces, la referida STC Exp. n.º 00256-2003-HC/TC, en el marco de un caso en el que se retuvo el cuerpo de un familiar fallecido por falta de pago de los servicios médicos, prescribió que:

19. Como se señaló en la STC N.º 2333-2004-HC/TC, el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución de 1993 reconoce el derecho a la integridad en tres ámbitos: físico, moral y psíquico.

Las circunstancias especiales que rodean al presente caso, expuestas en esta sentencia, permiten a este Tribunal Constitucional concluir que el acto reclamado tiene incidencia en uno de los contenidos del derecho a la integridad personal de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez. En concreto, la integridad moral.

En efecto, dado que el derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental.

La práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares.

20. En el caso, el grado de afectación de la integridad moral es tal que el acto reclamado linda con un trato cruel, inhumano o degradante, puesto que constituye una práctica cuyo fin es “(...)



despertar en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, además de humillación y degradación, con la finalidad de obtener información, como medio intimidatorio, como castigo o medida preventiva, para intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como castigo o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación u otro fin”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que el comportamiento de los funcionarios del Hospital Nacional “Dos de Mayo” constituyó una violación del derecho a no ser objeto de un trato inhumano, de tal gravedad o severidad, que lograron despertar sentimientos de angustia y sufrimientos de especial intensidad en los familiares del occiso Francisco Javier Francia Sánchez, con el objeto de intimarlos al pago de la deuda por los servicios prestados por dicho hospital.

96. En similar sentido, en la STC Exp. n.º 02149-2012-PHC el Tribunal ha sostenido que “la falta de ubicación, identificación y entrega de los restos mortales de las víctimas a sus familiares desde la fecha en que ocurrieron los hechos y la situación permanente de no saber su paradero puede constituir para sus familiares cercanos, en determinados contextos y según cada caso, un supuesto de trato humillante o trato inhumano”, dando cuenta con ella de la importancia de acceder a los restos mortuorios de los familiares o personas cercanas, y también de la gravedad asociada a impedir o imposibilitar dicha aproximación.
97. Por otra parte, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontramos también algunas decisiones referidas a este tema. En efecto, la referida instancia supranacional ha indicado, entre otras cosas, que si bien “la Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos” y, por ende no la ha tratado como un derecho sustantivo autónomo, sí se ha referido al tema “en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención” (caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 155).
98. Ahora bien, entre los derechos a los que ha hecho referencia el Tribunal supranacional en sus decisiones, en el marco de la materia que venimos tratando, encontramos al derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas (caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 114) y la prohibición de un trato cruel e inhumano también para los familiares (caso Villagrán



Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 174; caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo).

99. Por otra parte, respecto del alcance de esta exigencia, la Corte ha indicado que es necesario que los familiares tengan acceso a los restos mortales de los familiares, que se sepa su destino o ubicación, que se respeten los restos mortuorios, en el sentido más básico de no ser, por ejemplo, “abandonados” o “expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales” (caso de los “Niños de la Calle” [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999, Fondo) o de no darle a aquellos un tratamiento contrario a las prácticas culturales o tradicionales de una comunidad, por ejemplo, al incinerar los restos mortales de una persona “para destruir todo rastro que pudiera revelar su paradero”, lo cual atenta a la vez “contra los valores culturales, prevalecientes en la sociedad guatemalteca, transmitidos de generación a generación, en cuanto al respeto debido a los muertos” (caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36).
100. Asimismo, la Corte ha exigido, cuando hay responsabilidad de los Estados, que este entregue los cuerpos de las personas desaparecidas para que sean sepultadas conforme al sistema de creencias o costumbres de sus familiares, en el lugar que ellos consideren pertinente, para lo cual se les debe brindar todas las facilidades que sean necesarias, lo cual debe darse incluso sin costo alguno relacionados con el traslado de los restos con o el entierro (caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005; caso Villagrán Morales y otros [Caso de los “Niños de la Calle”], Sentencia de 26 de mayo de 2001; caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
101. Por otra parte, el respeto de los restos humanos, la sepultura digna y los actos funerarios tienen, asimismo, una gran importancia en un contexto tan complejo como el de los enfrentamientos bélicos. Como puede imaginarse, en el marco de guerras o enfrentamientos armados es posible que las partes en contienda no siempre respeten los cuerpos ni la memoria quienes ahora son cadáveres, que se ensañen con los lugares en los que las personas fallecidas han sido sepultadas, que impidan injustificadamente el acceso a los cuerpos de las personas





fenecidas, que oculten la información importante sobre las causas del deceso y sobre los lugares en los que yacen de los cadáveres, etc.

102. Ante ello, se ha generado una institucionalidad orientada a garantizar, precisamente, el respeto de los cadáveres y ritos funerarios, la ubicación de los occisos y sus tumbas, información relevante sobre los decesos, y el acceso a los cuerpos o sepulcros incluso en contexto de enfrentamiento bélico, que constituye un mínimo de trato humanitario reconocido universalmente.
103. En este sentido, tenemos que las Convenciones de Ginebra se encargan de prever dicha tutela. Así tenemos, por ejemplo, la Convención de Ginebra de 1949 sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra:

**Artículo 130.- Inhumación. Incineración**

Las autoridades detenedoras velarán por que los fallecidos en cautiverio sean enterrados honrosamente, si es posible según los ritos de la religión a que pertenecían, y porque sus tumbas sean respetadas, convenientemente conservadas y marcadas de modo que siempre se las pueda localizar.

Los internados fallecidos serán enterrados individualmente, excepto en caso de fuerza mayor que imponga una tumba colectiva. Los cadáveres no podrán ser incinerados más que si imperiosas razones de higiene o la religión del fallecido lo requieren, o si éste expresó tal deseo. En caso de incineración, se hará constar en el acta de defunción del internado, con indicación de los motivos. Las autoridades detenedoras conservarán cuidadosamente las cenizas, que serán remitidas, lo antes posible, a los parientes más próximos, si éstos lo solicitan.

Tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar cuando finalicen las hostilidades, la Potencia detenedora transmitirá a las Potencias de las que dependían los internados fallecidos, por mediación de las oficinas de información previstas en el artículo 136, listas de las tumbas de los internados fallecidos. En tales listas se darán todos los detalles necesarios para la identificación de los fallecidos y la ubicación exacta de sus tumbas.

104. O también, en similar sentido, encontramos al Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949, que dispone:

**Artículo 34.- Restos de las personas fallecidas**





1. Los restos de las personas fallecidas a consecuencia de la ocupación o mientras se hallaban detenidas por causa de la ocupación o de las hostilidades, y los de las personas que no fueren nacionales del país en que hayan fallecido a consecuencia de las hostilidades, deben ser respetados y las sepulturas de todas esas personas serán respetadas, conservadas y marcadas según lo previsto en el artículo 130 del IV Convenio, en tanto que tales restos y sepulturas no se beneficien de condiciones más favorables en virtud de los Convenios y del presente Protocolo.

2. Tan pronto como las circunstancias y las relaciones entre las Partes adversas lo permitan, las Altas Partes contratantes en cuyos territorios se encuentren las tumbas y, en su caso, otros lugares donde se hallen los restos de las personas fallecidas como consecuencia de las hostilidades, durante la ocupación o mientras se hallaban detenidas, celebrarán acuerdos a fin de:

- a) facilitar a los miembros de las familias de los fallecidos y a los representantes de los servicios oficiales de registro de tumbas el acceso a las sepulturas, y determinar las disposiciones de orden práctico para tal acceso;
- b) asegurar la protección y el mantenimiento permanentes de tales sepulturas;
- c) facilitar la repatriación de los restos de las personas fallecidas y la devolución de los efectos personales al país de origen, a solicitud de ese país o, salvo que el mismo se opusiera a ello, a solicitud de los parientes más próximos.

3. A falta de los acuerdos previstos en los apartados b) o c) del párrafo 2 y si el país de origen de esas personas fallecidas no está dispuesto a sufragar los gastos correspondientes al mantenimiento de tales sepulturas, la Alta Parte contratante en cuyo territorio se encuentren tales sepulturas podrá ofrecer facilidades para la devolución de los restos al país de origen. Si tal ofrecimiento no fuera aceptado, la Alta Parte contratante, transcurridos cinco años desde la fecha del ofrecimiento y previa la debida notificación al país de origen, podrá aplicar las disposiciones previstas en su legislación en materia de cementerios y sepulturas.

4. La Alta Parte contratante en cuyo territorio se encuentren las sepulturas a que se refiere el presente artículo sólo podrá exhumar los restos:

- a) en virtud de lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 y en el párrafo 3, o



b) cuando la exhumación constituya una necesidad imperiosa de interés público, incluidos los casos de necesidad sanitaria o de investigación administrativa o judicial, en cuyo caso la Alta Parte contratante deberá guardar en todo momento el debido respeto a los restos y comunicar al país de origen su intención de exhumarlos, transmitiéndole detalles sobre el lugar en que se propone darles nueva sepultura.

105. Asimismo, puede hacerse referencia al *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 1949, que en su artículo 17 regula las “Prescripciones relativas a los muertos” y sobre el “Servicio de tumbas”, y el *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 1949, que en su artículo 20 prevé “Prescripciones relativas a los muertos”.
106. Señalado todo lo anterior, encontramos, en suma, que la exigencia de tratar con respeto a las personas muertas y el requerimiento de una sepultura digna está directamente relacionada con varios derechos. En especial, se encuentra relacionado con el derecho a la integridad moral (que forma parte de la integridad personal) de los familiares de las personas fallecidas, y es a través de estas que los restos humanos resultan finalmente jurídicamente protegidos.
107. El respeto a los restos humanos, a la sepultura y a los ritos funerarios también se encuentra relacionado, como resulta evidente, con la libertad de culto (ámbito integrante de la libertad de religión y de creencias), el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a las prácticas culturales, tomando en cuenta que el especial respeto por los restos humanos parte, principalmente, de consideraciones de carácter religioso, de conciencia o tradicional, que se expresan a través de diversas prácticas socialmente arraigadas, relacionadas, por ejemplo, con formas de despedirse de quienes estuvieron vivos, de rendir homenaje a las personas fallecidas frente a su comunidad o de responder a la creencia, presente en diversas religiones en todo tiempo y lugar, de que existe una vida ultraterrena luego de la muerte física.
108. Finalmente, en algunos casos, el trato decente a los cuerpos de las personas fallecidas, así como el descanso de sus restos, puede tener relación con el derecho a la verdad y también con la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ello se pone de manifiesto,



sobre todo, en los supuestos de desapariciones forzadas, pero también, de manera general, cuando por diversas razones se niega infundada o arbitrariamente la entrega de los restos humanos de una persona fallecida a sus familiares, cuando los restos mortales de las personas han sido vejados o expuestos a la humillación o maltrato de algún modo injustificado, o cuando se niega indebidamente la posibilidad a los familiares o las personas cercanas a quien ha dejado de existir de vivir el duelo y realizar los rituales relacionados con este en condiciones dignas.

109. Incluso más, se ha previsto que, con base a lo antes indicado, es necesario que, en cualquier caso, el tratamiento de los restos humanos por parte del Estado permita siempre su plena identificación, estableciéndose por ejemplo, en caso no se conozca aun plenamente la identidad de las personas a ser inhumadas, áreas específicas que permita acceder a su localización, así como su ubicación en nichos separados, por ejemplo (caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 248).
110. En este orden de ideas, en atención a su manifiesta relación con diversos derechos fundamentales, a su compatibilidad con el conjunto de bienes y valores constitucionalmente garantizado, así como a los contenidos protegidos específicos a los cuales hemos aludido, este Tribunal considera necesario concretar dicho atributo iusfundamental, con base en el artículo 3 de la Constitución, reconociéndose de este modo, de manera específica, un derecho constitucional implícito a la sepultura digna.
111. De manera más específica, el derecho no enumerado a la sepultura digna cumple con los requisitos de *fundamentalidad* (vinculación directa con los principios indicados en el artículo 3 de la Constitución, a saber: dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho y forma republicana de gobierno), *especificidad* (debe especificarse cuáles son las posiciones iusfundamentales amparadas por el derecho), *conformidad constitucional* (el reconocimiento de un nuevo derecho no puede contravenir flagrantemente otros bienes constitucionales) y *excepcionalidad* (únicamente debe acudir al reconocimiento de nuevos derechos si antes no ha sido posible adscribir este contenido en otro derecho constitucional).
112. En lo que concierne al criterio de fundamentalidad, el derecho a la sepultura digna se encuentra estrechamente vinculado con el





tratamiento digno que requieren no solo los restos mortuorios, sino los familiares o allegados de la persona fallecida, lo cual se encuentra relacionado a su vez con otros derechos expresos, tal como fue sido desarrollado y justificado *supra*. Asimismo, y en similar sentido, se satisface el criterio de *conformidad constitucional*, pues es claro que este derecho implícito no solo es compatible con diversos bienes constitucionales, sino que incluso los complementa o permite optimizar su tutela. Se trata, asimismo, de un reconocimiento marcado por su *excepcionalidad*, pues si bien existe una estrecha relación con diversos contenidos o bienes iusfundamentales (como ocurre siempre en un sistema de derechos fundamentales, en los que estos aparecen interrelacionados), también es verdad que no es posible adscribir a este el contenido protegido por el derecho a una sepultura digna en algún derecho fundamental expreso y específico. Por último, y en lo que se refiere a su *especificidad*, el reconocimiento de un nuevo derecho requiere especificar cuáles son las posiciones iusfundamentales amparadas por el Derecho, esto es, explicitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho aquí desarrollado, lo que se hará seguidamente.

113. Al respecto, de manera más precisa, este derecho hace alusión al respeto a los restos humanos y a la sepultura (u otras formas de disposición final de los restos). Así visto, este ámbito iusfundamental *prima facie* alude a un derecho de inmunidad, referido a un trato mínimo de dignidad o decoro que merecen los restos fúnebres, o incluso los lugares en los que estos yacen, por parte del Estado y de terceros. En similar sentido, debe garantizarse a los familiares o personas cercanas el acceso a los cuerpos de las personas fallecidas, aunque siempre atendiendo a las consideraciones sanitarias o de orden público que correspondan.
114. Además de lo anterior, al enfrentar el fin de la vida de un familiar cercano o de un integrante de la comunidad, este derecho adquiere una estructura de derecho de libertad, en la medida que comprende la posibilidad de actuar conforme a los propios ritos o prácticas, culturales o religiosas, o incluso, y con las limitaciones o restricciones correspondientes, a elegir el modo o lugar de conservación de los restos mortuorios de sus familiares.
115. El referido derecho tiene, asimismo, una dimensión prestacional a cargo del Estado, en especial, en lo concerniente a asegurar que los ámbitos iusfundamentales antes mencionados sean concretados. En este sentido, exige que exista un sistema de sanidad mortuoria óptimo





y eficaz, que permita que los restos fúnebres tengan un destino final previsto, en condiciones de salubridad y con respeto al entorno ambiental. Asimismo, corresponde al poder público garantizar la plena identificación y ubicación de los restos fúnebres, en aquellos casos en que ello no se haya podido esclarecer antes de la inhumación.

116. Ahora bien, reconociéndose que el respeto de los restos humanos y a la sepultura digna ~~los ritos funerarios~~ son un derecho fundamental, no se desprende que, con base en dichas prácticas, los ritos o ceremonias fúnebres puedan garantizar cualquier forma de expresión o manifestación, o dejar de lado otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.
117. En ese orden de ideas, este Tribunal no es ajeno a que la regulación ahora cuestionada fue emitida con el propósito expreso —declarado públicamente por los propulsores de la ley, por altas autoridades de gobierno y por los medios de comunicación— de enfrentar o responder a manifestaciones de agrupaciones consideradas terroristas o que se consideraban como vinculadas de alguna forma con el terrorismo. Estos mensajes fueron diseñados y entendidos de ese modo, como se desprende de las declaraciones revisadas en autos, debido a la existencia de un recinto específico destinando a rendir homenaje a los fallecidos en la isla El Frontón durante la matanza ocurrida en junio del año 1986 (el llamado “mausoleo”, el cual finalmente fue demolido), así como por el uso de cierta simbología o representaciones al momento de realizar las ceremonias o paseos destinados a conmemorar u homenajear a los fallecidos (las “romerías”).
118. Al respecto, es necesario empezar reconociendo que la barbarie terrorista marcó un periodo gravísimo de nuestra historia reciente, y nos mostró e hizo vivir un periodo de horror y sufrimiento inenarrable. Por ende, es del todo comprensible que las alertas se enciendan y que las sensibilidades se enerven cuando asoman discursos que tienen reminiscencias a lo ocurrido.
119. Es en ese tenor, y en el marco de sus funciones de integración social y de orientación, este Tribunal Constitucional sostuvo en su momento, a través de la Sentencia 00010-2002-AI, f. j. 1, que:

La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y



promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de 'construir', para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

120. En ese marco, el castigo y la persecución de la criminalidad terrorista ha tenido diversas expresiones o manifestaciones en nuestro país. Una de ellas, a propósito de la discusión que se plantea aquí, adquiere especial relevancia y ha sido objeto de previos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. En el sentido indicado, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado el delito de apología al terrorismo.
121. Al respecto, como se sabe, nuestro ordenamiento ha castigado penalmente, desde hace mucho tiempo, la exaltación o la justificación del terrorismo, o la de quienes han cometido dicho delito. La justificación de este tipo de medidas se encuentra en la proscripción de prácticas nocivas para el sistema de derechos y para la democracia constitucional, a través de cual se tienda a banalizar el terrorismo o a incentivarlo inclusive. Lo que se criminaliza, básicamente, es la incitación a la violencia o a la comisión de actos ilegales, y no los discursos ideológicos que pudieran resultar controvertidos o perturbadores para el orden político.
122. No obstante, también es cierto que, en el marco genérico de la lucha contra el terrorismo, en muchas ocasiones se han asomado regulaciones penales excesivas al momento de establecer el delito de apología al terrorismo. Tales prohibiciones penales, debido a su indebida apertura o ambigüedad semántica, podrían terminar sirviendo para castigar la discrepancia ideológica o para perseguir a aquellas personas que son críticas del poder establecido.
123. Precisamente, ante una regulación poco clara del delito de apología al terrorismo, y por ello mismo proclive a la comisión de excesos, la cual, además, se encontraba contenida en decretos leyes emitidos durante el llamado "Gobierno de la emergencia tras el cierre



inconstitucional del Congreso de la República, se pronunció en su momento el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. n.º 00010-2002-AI, señalando que:

88. El Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N.º. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N.º. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse





- de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

124. Es con base en este marco constitucional, delimitado por el Tribunal Constitucional, que actualmente se ha regulado el ya mencionado delito de apología al terrorismo, en los siguientes términos:

**Artículo 316-A. Apología del delito de terrorismo**

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquiera de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años, trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento del delito de terrorismo se realiza: a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, la pena será no menor de seis años ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de actos de terrorismo, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

125. Incluso más, y de manera complementaria a lo señalado, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé que no puede prestar servicios en la Administración Pública aquella persona que haya sido condenada y que cuente con sentencia firme por el delito de apología del delito de terrorismo, según lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 30794, regla que se encuentra en vigor desde setiembre de 2018. Como puede apreciarse, el Estado ha buscado restringir y sancionar severamente cualquier discurso orientado a fundamentar el accionar terrorista, a



romantizar la comisión de tales delitos, y a alabar dicho proceder o ensalzar a quienes lo hayan realizado.

126. Como puede apreciarse, entonces, se encuentra prohibida la “exaltación, justificación o enaltecimiento” tanto de los “delitos de terrorismo”, en sus diferentes manifestaciones, como “de la persona que haya sido condenada” por dicho delito mediante sentencia firme. Sin embargo, lo que no es objeto de persecución penal son los discursos cuestionadores o críticos del sistema político o del sistema económico, ni siquiera si tales contenidos comunicativos lo son en un grado extremo, desde luego, siempre que con ellos no se incurra en la apología a los delitos de terrorismo o de sus comitentes.
127. Ahora bien, señalado lo anterior, es claro asimismo que, aunque no impliquen la comisión de algún delito, puede existir un conjunto de discursos o mensajes cuya difusión puede generar zozobra, indignación, malestar o hasta temor en la ciudadanía, debido a su parecido o proximidad con discursos que justifican o exaltan de algún modo el terrorismo. Frente a ello, la pregunta entonces es si debería prohibirse o limitarse de algún modo la circulación de dichos discursos o si, por el contrario, una restricción como aquella debe entenderse como una lesión de las libertades constitucionales de expresión e información.
128. Al respecto, es claro que las libertades comunicativas, tales como la libertad de expresión y la libertad de información, permiten difundir diversos tipos de mensajes, inclusive aquellos que pueden considerarse incómodos, altisonantes, críticos o radicales; ahora, además de ello, es necesario atender asimismo a que, debido a que vivimos en un sociedad democrática, y por ende caracterizada por promover la libre circulación y el intercambio robusto de ideas, estas libertades han sido considerados por este Tribunal Constitucional como beneficiarias de una especial consideración al momento de evaluar eventuales limitaciones que se les quiera imponer, con la finalidad de optimizar otros bienes también valiosos. Ello se entiende así, debido a la importancia de tales libertades comunicativas para lograr un adecuado funcionamiento del sistema democrático. En tal sentido, resulta polémico, y hasta incongruente con nuestra forma de concebir la democracia, el hecho de que ciertos discursos o mensajes, siendo solo expresiones comunicativas, terminen siendo prohibidos o sancionados, en vez de permitir que ellos circulen y, más bien, que sean rebatidos por quienes sostengan ideas mejores o que sean más consecuentes con el orden de valores establecido constitucionalmente.



129. Precisamente, en este orden de ideas, encontramos que actualmente existe un conjunto de Estados constitucionales —es decir, regidos por el paradigma del constitucionalismo contemporáneo— en los que se ha previsto regulaciones que proscriben cierto tipo de discursos, esto con la justificación de proteger aquellos derechos que son la base del sistema democrático, así como el adecuado funcionamiento de este. Al respecto, un caso paradigmático relacionado con lo que venimos abordando es el de la llamada “democracia militante”.
130. Efectivamente, se ha utilizado esta expresión “democracia militante”<sup>8</sup> en oposición a una idea de democracia pluralista y pasiva, que, por tolerante, finalmente habría permitido el auge y triunfo de partidos políticos con discursos antisistema (como ocurrió con el caso del nacionalsocialismo), quienes una vez en el poder terminaron con el pluralismo, el respeto a las minorías, la democracia y el sistema de derechos en general<sup>9</sup>. En sentido contrario, la democracia militante tiene un rol activo, y en ese sentido busca protegerse de sus enemigos, por ejemplo, prohibiendo la existencia de partidos o agrupaciones con discursos y prácticas que busquen su destrucción del sistema político democrático o que pongan en riesgo su subsistencia. Este tipo de medidas, como se sabe, han sido previstas en algunas democracias europeas (como ocurre, por ejemplo, en España, Alemania y Turquía), en las que se ha regulado y concretado la cancelación de partidos políticos cuando estos detentan idearios o dinámicas que puedan considerarse como reñidos con los contenidos de la Constitución o con el sistema político democrático<sup>10</sup>.
131. Ahora bien, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruanos se ha hecho referencia también a la expresión “democracia militante”, aunque necesariamente haciendo una referencia detallada o directa a lo que ha sido ya indicado.
132. En efecto, en un primer momento el Tribunal, en la STC Exp. n.º 00003-2005-AI, ha relacionado la idea de democracia militante con la

<sup>8</sup> LOEWENSTEIN, Karl. “Militant Democracy and Fundamental Rights I”. En: *The American Political Science Review*. Vol. 31, n.º 3, junio de 1937, p. 417 y ss.; Ídem. “Militant Democracy and Fundamental Rights II”. En: *The American Political Science Review*. Vol. 31, n.º 4, agosto de 1937, agosto de 1937, p. 638 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, pp. 267-270

<sup>10</sup> REVENGA, Miguel. “El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España” En: *Revista de Derecho Político*. N.º 62, UNED, Madrid, 2005, p. 13 y ss;





de “soberanía popular”, y se ha entendido que esta proscribire “el abuso del ejercicio de derechos” cuando ello va en perjuicio de otros bienes jurídicos protegidos (esto, en el contexto de una regulación que permitía la intervención en el derecho al secreto de las comunicaciones respecto de procesados por terrorismo). Tomando en cuenta que la idea de “democracia militante” ciertamente proscribire que se abuse del ejercicio de ciertos derechos (en especial, los de participación política<sup>11</sup>) para proteger el sistema democrático, puede considerarse que existe una cierta aproximación inicial a dicha noción en la referencia que planteó entonces el colegiado constitucional:

371.Finalmente, es del caso señalar que la Constitución ha consagrado dos principios fundamentales: uno político y otro jurídico; el primero, fundado en la soberanía popular, en virtud del cual su opción es por una democracia militante, que no acepta el abuso del ejercicio de derechos en desmedro del orden jurídico; y el segundo, fundado en la supremacía constitucional, en virtud del cual los derechos fundamentales de quienes atenten contra el Estado Constitucional de Derecho y el orden social pueden ser restringidos razonable y proporcionalmente.

133. Por otra parte, en la Sentencia 00013-2007-PI, al tratar del rol constitucional que deben cumplir la radio y la televisión, se ha referido más bien a una idea de democracia “robusta” o “comprometida”, que impregna a la sociedad a diferente nivel y que garantiza la libre conformación de la voluntad popular:

7. (...) El tema de los medios audiovisuales requiere una participación activa de todos nosotros, pues la implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, a través de los 'bienes jurídicos de democracia militante', permite a la sociedad superarse, esto es, consagrará un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad -pasando por los partidos- hasta en los propios poderes del Estado.

---

<sup>11</sup> Aunque no solo ellos. Vide, en relación con las restricciones en el caso alemán: DÍAZ REVORIO, Francisco. “Constitución abierta vs. democracia militante”. En: Id. Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 304-306.



134. Ahora bien, señalado esto, es necesario precisar que, conforme a la tendencia contemporánea, y reconociendo asimismo que las nuestras son democracias pluralistas, en la que el disenso es posible y la diversidad de opiniones deseable, no puede entenderse a la “democracia militante” como una especie de “dictadura democrática”, en la que los discursos son establecidos de manera vertical y se obliga a los ciudadanos a adoptar una especie de discurso oficial sobre lo público, ni como una “democracia militarizada”, en la cual el sistema democrático, o sus funcionarios, no pueden ser cuestionados de ningún modo, eliminándose y sancionándose de ese modo las discrepancias<sup>12</sup>.
135. En este orden de ideas, la “democracia militante” actualmente no es entendida como orientada al control ideológico de los discursos políticos o de los idearios partidarios, con los evidentes peligros que ello pudiera acarrear en las libertades comunicativas (v. gr., libertades de expresión, opinión e información) y en el pluralismo, los cuales constituyen pilares fundamentales de cualquier sociedad genuinamente democrática. Frente a ello, lo que se exige hoy en día es la protección del sistema democrático frente a agresiones o actos concretos, y con capacidad real para socavar o destruir el sistema, como por ejemplo lo ha precisado tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como, con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>13</sup>.
136. En este sentido, esta nueva comprensión de la “democracia militante” parte de una especie de “intervención limitada”, que únicamente se justifica para evitar agresiones en los derechos de los demás<sup>14</sup>. Se proscribe, en este orden de ideas, una lectura de la democracia

<sup>12</sup> Cfr. SALGUERO Manuel “Socialización política y lealtad a la Constitución”. En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). N.º 97, julio-septiembre de 1997, pp. 330-332.

<sup>13</sup> STEDH de 30 de junio de 2009, Asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, del 17 de enero de 2017 (BVerfGE, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13). Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo. “La prohibición de partidos políticos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales” En: *Revista de Derecho Político*. N.º 102, UNED, mayo-agosto de 2018, passim.

<sup>14</sup> KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy. The Ethics of Combatting Political Extremism*. Yale University Press, New Haven, 2014.



militante como habilitadora de una especie de “derecho constitucional del enemigo”<sup>15</sup>.

137. Hechas estas precisiones, entonces, se encuentra pendiente establecer si, en el presente caso, ha existido un excesivo celo por parte de las autoridades al enfrentar los mensajes o las manifestaciones de los familiares y personas cercanas a los fallecidos enterrados en el sepulcro demolido.
138. Al respecto, es menester tener en cuenta que, en diversos momentos, los demandantes han brindado alegatos como el siguiente:

La destrucción de los nichos no es un hecho aislado, es parte de la persecución política que busca proscribir y excluir de la sociedad a los marxista-leninista-maoístas, pensamiento Gonzalo. Se persigue a los prisioneros políticos, procesados y sentenciados por el llamado delito de “terrorismo”, quienes purgan condenas larguísimas de 30, 35 años y cadena perpetua, sin ningún beneficio penitenciario, por expresa decisión política impiden la libertad cumplida su condena, armando nuevos juicios, en una sobre criminalización imponen doble cadena perpetua y amplían investigaciones fiscales para impedir la libertad de los que quedan en prisión, con el objetivo de enterrarlos de por vida en prisión (...)

También el Estado alienta campañas de estigmatización y odio contra los prisioneros y ex prisioneros usando el “antiterrorismo”, negándoles derechos a estos últimos, pretendiendo excluirlos de la sociedad: se les niega el derecho a la participación política, a ser candidatos y a fundar partidos, negando el derecho a la inscripción del Movadef por razones ideológicas y por lo mismo son objeto de persecución policial y judicial; negando a su vez el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

139. El Tribunal Constitucional considera que no puede pasarse por alto lo contenido en estas expresiones, en especial lo que concierne a la minimización de suscribir el llamado “pensamiento Gonzalo”, a la elusión de llamar “terrorismo” a la comisión del delito de terrorismo, así como a la falsa victimización de los adeptos o militantes de dicha ideología, que son calificados en la demanda como “perseguidos políticos”.

---

<sup>15</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Principios Jurídicos y Democracia. De vueltas a la ‘Democracia Militante’”. En: *Estudios Constitucionales*. Año 10, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2012, p. 52.





140. Frente a ello, en el marco de sus funciones moderadora, integradora y de conducción, este órgano colegiado recuerda que juega un papel importante en la conformación y consolidación de una cultura genuinamente democrática y respetuosa de los derechos en nuestro país, por lo que, en el marco de lo discutido, le corresponde hacer memoria sobre el sentido y efectos del llamado “pensamiento Gonzalo” en nuestro país.
141. Para ello, diversos documentos elaborados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), en el marco de sus propósitos, sirven como testimonio sobre lo ocurrido, incluyendo lo correspondiente a la referida ideología. En este sentido, en el Informe final de la CVR puede leerse lo siguiente:

El PCP-SL [Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso] consideraba que su acción armada se enmarcaba en un proceso histórico de largo aliento, por lo que sus miembros debían asumir el compromiso fanático y casi místico de quienes se consideran iniciadores una revolución mundial, obligándose a persistir «hasta que brille el comunismo sobre la faz de la tierra».<sup>16</sup> Al plantearse objetivos de tales dimensiones, los principios ideológicos de dicha organización consideraban que el tiempo que tomara conseguirlos y las vidas que costaran no eran lo más importante. Por ello, las arengas en favor del «valor de la sangre derramada» fueron parte sustancial de los discursos de Abimael Guzmán. Según la ideología senderista, a la luz de la historia, las muertes ajenas resultaban insignificantes y las propias no podían ser menos que la cuota de sacrificio «expresada en el lenguaje vibrante y purificador de la violencia revolucionaria».<sup>17</sup> De ahí que los miembros de dicha organización no tomaran muchas precauciones para encubrir sus asesinatos puesto que de antemano su ideología los justificaba. El PCP-SL orientó su lucha contra todo aquello que representara el sistema político y social al que esta organización denominaba «el estado burgués». Su afán destructivo y el escalamiento de sus acciones militares lo condujo, sin embargo, al ataque indiscriminado contra la población civil indefensa<sup>16</sup>

“La ideología senderista, autodefinida como «marxismo-leninismo-maoísmo-pensamiento Gonzalo», confirió rango de necesidad histórica a la violencia. Dentro de esta lógica fundamentalista, los atentados contra la vida no sólo eran necesarios para conseguir los objetivos políticos, sino «inevitables» desde un punto de vista

<sup>16</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo VI. Primera parte: El proceso, los hechos, las víctimas. Sección cuarta: los crímenes y violaciones de los derechos humanos. Capítulo 1: Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, p. 27.



supuestamente histórico. De este modo, el PCP-SL pretendió que podían ignorarse las normas de la guerra, los principios de humanidad, de proporcionalidad, de inmunidad de la población civil y de especialidad y límites del combate. Los asesinatos y masacres fueron, a la vez, medios de castigo contra sus opositores y formas terroristas de intimidación a la población civil con el propósito de forzarla a que respalde su proyecto.  
(...)

En la planificación de muchas de las acciones armadas del PCP-SL se calculó expresamente un costo importante en bajas de militantes y miembros del autodenominado «Ejército Guerrillero Popular», llevando al extremo tácticas de provocación de reacciones represivas violentas con la pretensión de convertir en héroes y mártires a los muertos del PCP-SL y de esta forma generar mitos que estimularían aún más el sacrificio y la cuota de sangre de los miembros de la organización subversiva<sup>17</sup>.

142. Es claro, entonces, que el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL) actuó salvajemente en el país, con base en el llamado “pensamiento Gonzalo”, es decir, siguiendo las orientaciones de su líder, el cabecilla condenado por terrorismo, Abimael Guzmán Reynoso, que precisamente usaba el alias de “Presidente Gonzalo”.

143. Asimismo, el presidente la CVR, Salomon Lerner Febres, sostuvo con claridad lo siguiente<sup>18</sup>:

5. El primero y principal culpable, desde todo punto de vista, es la organización terrorista autodenominada Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso. Lo es porque fue quien desencadenó la violencia, precisamente cuando los peruanos recuperábamos la democracia; lo fue porque quiso imponernos mediante la práctica del terrorismo un modelo de organización social supuestamente superior, cuando los peruanos veníamos transformando nuestra sociedad, haciéndola más humana, más plural, más equitativa, en un proceso lento, es cierto, pero fundamentalmente pacífico y participativo.

6. La Comisión ha encontrado en los militantes del autodenominado Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, y de manera principal en sus jefes ideológicos y políticos, su

<sup>17</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Ob. cit., p. 28.

<sup>18</sup> LERNER FEBRES, Salomón. La rebelión de la memoria. Selección de discursos 2001-2003. Ideh-PUCP, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 2004, pp. 167-169.



Comité Central y sus principales órganos de conducción, responsabilidad por graves y numerosos crímenes de lesa humanidad, practicados con una crueldad inaudita en la historia de nuestro país. Sería ocioso, seguramente, pretender explicar a ustedes, compatriotas de Ayacucho, la magnitud y crueldad de esos crímenes que ustedes conocen mejor que el resto de peruanos: el reclutamiento forzado de niños y adolescentes, las prácticas de torturas para castigar y aterrorizar a la población, los aniquilamientos selectivos y las masacres de comunidades campesinas, el abuso sexual contra las mujeres, esa suerte de deleite que parecían sentir en ocasionar sufrimiento a sus víctimas. La Comisión ha encontrado que la dirección política y militar del PCP-SL es responsable de violaciones de los derechos humanos practicadas de manera sistemática y generalizada como parte de su estrategia de poder.

7. ¿Cómo explicar la degradación de una agrupación de seres humanos hasta ese nivel de crueldad? Será imposible, de seguro, ofrecer una respuesta completa. Pero la Comisión considera que los crímenes de lesa humanidad cometidos contra el pueblo ayacuchano, contra los pueblos de los andes peruanos, contra el Perú en general, no hubieran sido posible sin la voluntad obstinada de un grupo de personas, aferrados a una ideología totalitaria que despreciaba el valor de la vida humana y que se expresaba en un culto delirante a su líder, Abimael Guzmán Reinoso, ese líder que pedía a sus militantes pagar una cuota de sangre por la revolución, que los inducía al sacrificio de sus vidas para provocar al Estado, que les exigía llevar la vida en la punta de los dedos. Ese líder, en suma, que nunca abandonó la tranquilidad de sus refugios urbanos y que apenas sintió en peligro su vida no vaciló en abandonar todas las consignas guerreras con las que había empujado a la muerte a sus jóvenes militantes y propuso un inverosímil acuerdo de paz.

8. Para la Comisión, por la magnitud de sus crímenes, y por su naturaleza criminal, por su práctica recurrente del terrorismo, el Partido Comunista del Perú no puede tener un lugar en la sociedad democrática que queremos construir.

9. En escala menor, pero no por ello menos grave, el llamado Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) también incurrió en crímenes de lesa humanidad que condenamos enérgicamente, como asesinatos selectivos y secuestros, y sobre todo contribuyó a mantener un clima de zozobra que, a su vez, agravaba la situación de violencia en el país.

10. La Comisión considera, asimismo, que el Estado y la sociedad peruanos tenían no solamente el derecho sino también la obligación de responder en los términos más enérgicos a la





agresión que sufrían de parte del autodenominado Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso. Los Poderes del Estado, los partidos políticos que ocupaban el gobierno central y los gobiernos locales, los cuerpos de la policía, las fuerzas armadas del Perú, todos ellos tuvieron el deber de actuar contra la violencia armada de las organizaciones subversivas, y en esa acción muchos perdieron la vida o sufrieron graves lesiones.

144. En este contexto, es importante explicitar que, si bien en otras latitudes del mundo personas antes condenadas por terrorismo posteriormente han participado en la vida política de su Nación, ello ha presupuesto que acepten la insania de sus actos, que abandonen públicamente su ideología e incluso el pedido de perdón a la sociedad por los crímenes perpetrados.
145. En este sentido, puede también afirmarse, conjuntamente, con el presidente de la CVR<sup>19</sup> que:

No basta que la verdad y las responsabilidades sean públicamente conocidas, aunque ya esto es una forma de restituir a las víctimas su dignidad arrebatada. Es deseable que ellas, verdad y culpa, sean reconocidas por sus agentes. En primer lugar, por sus causantes directos, y en segundo lugar, por todos nosotros, portadores de una responsabilidad general, como he afirmado antes. Este reconocimiento es un paso previo al arrepentimiento, y sólo a través de este último quedan abiertas las puertas al perdón. Pero ese perdón –que, insistamos en ello, no significa la inhibición de la justicia civil– es un acto de plena gratuidad que no puede ser concedido por nadie más que por las víctimas.

146. Más bien, como ha sido objeto de investigaciones académicas<sup>20</sup> y periodísticas<sup>21</sup>, luego de la captura de Abimael Guzmán, diversas

<sup>19</sup> LERNER FEBRES, Salomón. “Discurso de inauguración” en el Seminario internacional “Tareas de la Comisión de la Verdad y Reconciliación: fundamentos éticos y teológicos (octubre 2001). Disponible en: [https://www.cverdad.org.pe/informacion/discursos/en\\_ceremonias15.php](https://www.cverdad.org.pe/informacion/discursos/en_ceremonias15.php).

Asimismo, sobre el perdón y la reconciliación, cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final, Tomo IX. Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR, hacia un compromiso nacional por la reconciliación. Capítulo 1: Fundamentos de la reconciliación.

<sup>20</sup> VALLE RIESTRA PADRÓ, Esteban. *Movadef, el pensamiento Gonzalo y la reaparición de Sendero Luminoso: 1992-2012*. Tesis para optar el Título de Licenciado en Ciencia Política y Gobierno, PUCP, Lima, noviembre de 2015.

<sup>21</sup> SIFUENTES, Marcos “Todo lo que necesitas sobre sobre Movadef (y sus tentáculos)”. Útero de Marita, portal web, jueves 10 de abril 2014. Disponible en: <http://utero.pe/2014/04/10/todo-lo-que-necesitas-sobre-sobre-movadef-y-sus-tentaculos/>.



personas se encuentran actuando con base en los viejos y nuevos contenidos del llamado “pensamiento Gonzalo”. Conforme a ello, sin arrepentirse jamás de sus banderas originales y actos terroristas, sus adeptos o militantes han pasado a una fase de repliegue estratégico, transformando su lucha inicialmente política y armada, a una estrategia de enfrentamiento de carácter legal/judicial.

147. Así considerado, y en el marco de una “democracia militante” comtemporizada, que no actúe solo bajo sospechas o persiguiendo las ideas de las personas, sino que proceda con base en evidencia que confirme un riesgo cierto para el sistema democrático, es que en su momento el Registro de Organizaciones Políticas, que forma parte del Jurado Nacional de Elecciones, rechazó a través de la Resolución N° 008-2012-ROP/JNE, de fecha 20 de enero de 2012<sup>22</sup>, la inscripción de una organización política que adhería al “pensamiento Gonzalo”, al detectar:

[L]a existencia de un defecto insubsanable consistente en que dicha organización política se define como un organismo que adopta un principio –marxismo-leninismo-maoísmo, pensamiento Gonzalo– cuyo seguimiento avalan actos violentos contrarios a la Constitución Política del Estado, resulta evidente que sus fines y objetivos no se enmarcan dentro de lo estipulado en la Constitución Política del Perú, el artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos y los literales a), b), c), e) y g) del artículo 2° de la Ley de Partidos Políticos, Ley N° 28094, corresponde rechazar dicha solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14° del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas, aprobado mediante Resolución N° 120-2008-JNE y en cumplimiento del deber establecido en el artículo 38 de la Constitución.

148. Desde luego, y retomando la antes señalado, no es que cualquier mensaje crítico o cuestionador del sistema pueda ser limitado, sino aquel que, acreditadamente, o con fundadas razones, constituya un leguaje de odio o dirigido a la trasgresión de derechos fundamentales. Esto, en sintonía con el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la

<sup>22</sup> El expediente está compuesto por la Resolución del Registro de Organizaciones Políticas, Res. n.° 0224-2011-ROP/JNE, de fecha 28 de noviembre de 2011; la resolución del Jurado Nacional de Elecciones, Res. n.° 002 - 2012-JNE, expediente N.° J-2011-0808, de fecha 5 de enero de 2012, y la Resolución del Registro de Organizaciones Políticas, Res. n.° 008-2012-ROP/JNE, de fecha 20 de enero de 2012.



discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (y, en el mismo sentido, encontramos al artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos)

149. Esta forma de limitación, por si hubiera necesidad de explicitarlo, se justifica con los mismos fundamentos que subyacen a la intervención legítima en el ejercicio de cualquier derecho fundamental, cuando dicho proceder en realidad está dirigido a trasgredir derechos de terceros, sobre todo, sus derechos a la integridad física y la vida. De este modo, no debe limitarse los discursos solo por ser incómodos o irritantes, sino que las restricciones, siempre excepcionales, solo se justifican si existe, por ejemplo, “la inminencia de un daño vinculado a la ruptura de la paz (incitación a la violencia) o incluso a la intimidación”<sup>23</sup>.
150. En este sentido, y como conclusión de lo analizado en este acápite, es claro que debe evitarse que las expresiones de luto o conmemoración se conviertan en eventos de apología delictiva y, es razonable, asimismo, desde una concepción contemporánea de la “democracia militante”, que se restrinjan actividades políticas vinculadas con ideologías de comprobada letalidad, o que impliquen un riesgo cierto, en el plano de los hechos, para los sistemas democrático y de derechos fundamentales.

#### **2.4. Los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de no retroactividad**

151. Finalmente, es necesario hacer referencia a las alegaciones de los demandantes, en la que sostienen que se trasgredieron los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de no retroactividad.
152. Al respecto se aduce que, para el caso del nicho colectivo que fue demolido, le fueron aplicadas indebidamente las disposiciones establecidas por Ley 30868, que modifica la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, y que ha sido objeto de cuestionamiento en la demanda de inconstitucionalidad.
153. Respecto de este punto, al tratarse, con claridad, de alegaciones referidas a la aplicación de la ley cuestionada a un específico caso concreto, dichos argumentos no pueden ser de recibo en un proceso de

---

<sup>23</sup> MARCIANI BURGOS, Betzabé. “El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho”. En: *Repensar los derechos*. Ángeles Ródenas (editora), Palestra, Lima, 2018, pp. 256-257.





control abstracto de constitucionalidad de las leyes como este, por lo que debe declararse improcedente este extremo de la demanda

### III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad en los extremos referidos a la vulneración de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de no retroactividad.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ**

**FERRERO COSTA**

**MIRANDA CANALES**

**BLUME FORTINI**

**RAMOS NÚÑEZ**

**SARDÓN DE TABOADA**

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

**PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS FERRERO  
COSTA, BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA**

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
Adolfo FAU 20217267618 soft  
Motivo: Doy fé  
Fecha: 28/07/2020 18:50:28-0305

Firmado digitalmente por:  
FERRERO COSTA Augusto FAU  
20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 24/07/2020 16:17:18-0500

La sentencia declara que la demanda es **IMPROCEDENTE** en el extremo que afirma que la Ley 30868, que modifica la Ley 26298, de Cementerios y Servicios Funerarios, vulnera los principios de legalidad, seguridad jurídica y no retroactividad establecidos en la Constitución; e, **INFUNDADA** en sus demás extremos. Coincidimos con ello, pero no compartimos los argumentos que pretenden sustentarla. Por ello, emitimos este fundamento de voto.

La demanda se sustenta en las razones siguientes:

- Por un lado, afirma que la ley impugnada fue aprobada sin el debido análisis costo-beneficio; además, no se fundamentó por qué se le exoneró de debate en comisiones y de segunda votación en el Pleno.
- Por otro, señala que se trata de una ley con nombre propio, expedida en razón de una diferencia entre personas; además, afirma que vulnera el derecho a dar sepultura digna a los familiares fallecidos.
- Finalmente, agrega que se pretende aplicar esta ley retroactivamente, en medio de un procedimiento sancionador iniciado con anterioridad ante la Municipalidad Distrital de Comas; a la fecha de demolición del nicho, existía un recurso impugnatorio administrativo pendiente de ser resuelto.

A nuestro juicio, no cabe estimar ninguna de esas alegaciones, pero no por las razones que señala la sentencia sino por las siguientes:

**1. Respetto de los supuestos vicios formales de la ley impugnada**

*A. Sobre el alegado déficit de deliberación*

La demanda cuestiona que la ley impugnada haya sido exonerada del debate en comisiones y de segunda votación en el Pleno; ello, indica, constituye una deficiencia en la función deliberativa del Congreso. Sin embargo, el artículo 105 de la Constitución dice lo siguiente:

Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, *salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso [énfasis añadido]*.

La Constitución autoriza, pues, que el Reglamento del Congreso establezca normas para exonerar a un proyecto de ley de ser aprobado por “la respectiva Comisión dictaminadora”. Los artículos 31-A, 73 y 78 del mencionado reglamento disponen que la exoneración del dictamen de comisión debe ser

Firmado digitalmente por:  
BLUME FORTINI Ernesto  
Jorge FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 27/07/2020 15:02:24-0500

Firmado digitalmente por:  
SARDÓN DE TABOADA Jose  
Luis FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 28/07/2020 11:54:35-0500



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

aprobada por la Junta de Portavoces, con votos de sus miembros que representen no menos de tres quintos de los congresistas. Del mismo modo, dicho órgano puede dispensar el trámite de segunda votación, aunque es uso parlamentario que el Pleno ejerza dicha facultad. “Quien puede lo más, puede lo menos”.

En este caso, la exoneración del dictamen de comisiones fue aprobada por integrantes de la Junta de Portavoces que representaban 87 votos del Pleno. La exoneración de segunda votación, asimismo, fue exonerada por 91 votos en el propio Pleno. Ambas decisiones superaron, pues, los 78 votos requeridos por el Reglamento del Congreso.

Invocar un supuesto déficit de deliberación en la aprobación de la ley impugnada implica desconocer el carácter representativo de la Junta de Portavoces y la autoridad del Pleno. En la primera se ven reflejados todos los grupos parlamentarios y sus decisiones se adoptan mediante votación proporcional, en tanto que el segundo es el órgano deliberativo máximo del Poder Legislativo.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

*B. Sobre la alegada omisión del análisis costo-beneficio*

Los demandantes refieren que la ley impugnada fue elaborada sin realizarse el análisis costo-beneficio exigido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso; empero, el proyecto de ley contó con una exposición de motivos en la que sí consta tal análisis. No corresponde al Tribunal Constitucional evaluar si este fue suficiente, toda vez que no es exigido por la Constitución sino solo por el Reglamento del Congreso. En la perspectiva constitucional, el legislador tiene, un amplio margen de discrecionalidad para su realización.

Sí cabe señalar, en todo caso, que dicha exposición de motivos explica las omisiones contenidas en la Ley 26298 y los efectos perniciosos derivados de ellas, así como los beneficios en términos de seguridad jurídica que otorga la ley impugnada. Así, justifica su necesidad.

Por tanto, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

**2. Respecto de los supuestos vicios de inconstitucionalidad material**

*A. Sobre la alegada vulneración del derecho a la igualdad*

Por otra parte, la demanda alega que la ley impugnada ha sido expedida en razón de las diferencias entre las personas y, por tanto, no solo se contraviene





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

el artículo 103 de la Constitución sino también el inciso 2 del artículo 2, referido al derecho a la igualdad.

No obstante, la ley impugnada regula el procedimiento para la exhumación de cadáveres y restos humanos, con propósitos de cremación, o de traslado interno o externo, por lo que se trata de una ley general y abstracta, que no hace ninguna referencia a casos particulares, como equivocadamente sostiene la demanda.

Debe descartarse, pues, que la Ley 30868 tenga nombre propio o afecte el principio de igualdad, máxime cuando en este último caso se requiere de un *tertium comparationis* que no ha sido desarrollado en la demanda.

Por ello, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

*B. Sobre la alegada vulneración del derecho a la sepultura digna*

El entierro de los familiares fallecidos no es un derecho reconocido por la Constitución. En todo caso, es una manifestación del derecho a la libertad de conciencia y de religión. Empero, su ejercicio público, si bien libre, tiene como límites la moral y el orden público.

La disposición del cuerpo del fallecido debe respetar el orden jurídico y servir para dar paz y sosiego a sus familiares. Tal actividad no debe ser utilizada para efectuar manifestaciones radicalmente contrarias al Estado constitucional de Derecho y enaltecer al terrorismo. Si ello se permitiera, se incurriría en la paradoja a la que se refiere Karl R. Popper, por la cual los tolerantes corren el riesgo de ser destruidos por los intolerantes:

La tolerancia es una característica fundamental de una sociedad democrática, pero la supervivencia de la misma requiere que ella tenga límites. El Estado constitucional de Derecho debe ser protegido de sus enemigos. Frente a ellos, no pueden haber medias tintas ni discursos alambicados que soslayen sus verdaderas intenciones.

En todo caso, la norma impugnada no establece prohibición alguna al culto de los familiares; por el contrario, dispone su notificación en los casos de exhumación para el traslado interno, por haberse realizado una sepultura sin autorización, además de garantizar la intangibilidad del cadáver o los restos, mediante el apersonamiento del fiscal provincial de turno.

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

*C. Sobre la alegada vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica y no retroactividad*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

La demanda abunda en argumentos relacionados con situaciones concretas vinculadas al fallecimiento y entierro de diversas personas, así como a la construcción de un nicho colectivo en su nombre, incidiendo en la aplicación retroactiva de la ley impugnada y en la vulneración del debido procedimiento.

Sin embargo, dichas alegaciones no pueden ser resueltas en un proceso de naturaleza abstracta, como este. El proceso de inconstitucionalidad tiene como objeto determinar si una ley ha infringido la Constitución, no discutir pretensiones subjetivas generadas por la aplicación de la misma.

Por tanto, debe desestimarse, por improcedente, este extremo de la demanda.

### **3. Deficiencias en la argumentación de la sentencia**

Esta sentencia arriba a un fallo correcto, pero adolece de serias deficiencias argumentativas. Estas deficiencias comprometen lo resuelto. Por esto, nos apartamos de ellas, señalando que, a nuestro criterio, las principales son las siguientes:

- No compartimos términos como “margen de maniobra político (sic)”, referido a los acuerdos parlamentarios (fundamento 4), y “este calificado intérprete”, respecto del propio Tribunal Constitucional (fundamento 10). La maniobra es un artificio con que alguien interviene en un negocio y es usado en sentido peyorativo [cfr. segunda acepción de esta palabra en el *Diccionario de la Lengua Española*]. Utilizar esta palabra para referirse al margen de libertad que tienen los congresistas dentro del procedimiento de formación de las leyes implica cuestionarlo subrepticamente. De otro lado, no le corresponde a este Tribunal Constitucional autocalificarse —y, menos, superlativamente.
- En realidad, a nuestro criterio, toda la disquisición conceptual contenida en los fundamentos 1 al 10 es completamente innecesaria. Todo ello es ya muy sabido.
- Es innecesario el comentario sobre la frecuencia de las exoneraciones de algunos pasos del procedimiento legislativo, contenido en los fundamentos 21 al 24. Semejante comentario soslaya el surgimiento de la legislación delegada y de urgencia, reconocidas en la Constitución, a cuya luz debieran evaluarse tales exoneraciones. No corresponde, en todo caso, debatir ello en esta sentencia, debilitando la decisión adoptada. También es innecesario, por tanto, el fundamento 25, que contiene una exhortación al Congreso. A todas luces, ella es inoportuna y compromete el principio de corrección funcional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

- Es innecesaria la exposición sobre los tipos de proposiciones parlamentarias contenida en el fundamento 30. Nos encontramos en un proceso de inconstitucionalidad, que tiene como objeto de control una ley, no una moción de orden del día.
- Es innecesario el fundamento 34, en tanto la demanda no cuestiona la cantidad de argumentos que sustentan una iniciativa legislativa. Es suficiente el argumento contenido entre los fundamentos 36 al 41, respecto del análisis costo-beneficio de la norma.
- Son innecesarios los argumentos referidos a la vulneración del supuesto derecho a la integridad moral contenido en los fundamentos 66 a 150, así como el largo circunloquio sobre la muerte y los ritos asociados a ella, en la medida que lo que se cuestiona en la demanda son actos concretos de aplicación de la ley. Estos argumentos no son solo innecesarios sino además equivocados, pues la integridad moral de las personas radica en su capacidad de actuar de manera consistente, de acuerdo a los principios y valores que profesan. No tiene que ver ello con el derecho de las familias a enterrar a sus muertos.
- Es equivocada la afirmación contenida en el fundamento 70, sobre la real intención de los familiares de los terroristas fenecidos en el develamiento del motín en El Frontón. Debe decirse con claridad que la impugnación de esta ley no pretende una inhumación digna a sus muertos. Lo que busca es cuestionar las bases legales que permitieron la destrucción del monumento que habían construido en su nombre, atentando contra los cimientos del Estado constitucional de Derecho y buscando distorsionar la memoria de los peruanos.
- Es impertinente citar la tragedia griega de Sófocles, *Antígona*, en los fundamentos 74 a 79. El Tribunal Constitucional debe resolver los procesos que tiene a su consideración sustentándose en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, y no atendiendo a fuentes literarias que, por demás, parecen apuntalar las razones esgrimidas por los demandantes.
- Es equivocada la referencia a los Convenios de Ginebra y demás instrumentos internacionales vinculados a ellos, contenida en los fundamentos 103 a 105. Aquí no hubo un conflicto bélico sino una embestida terrorista contra los peruanos. Del mismo modo, resultan equivocados los cuestionamientos a la regulación legal del delito de apología al terrorismo, contenidos en los fundamentos 122 a 150. No puede minimizarse la heroica lucha contra el terrorismo con este tipo de cuestionamientos.





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Exp. N° 00002-2019-PI/TC  
Caso de la Ley de Cementerios y  
Servicios Funerarios

- Finalmente, es equivocado el reconocimiento de la sepultura digna como derecho no enumerado, conforme se sostiene en los fundamentos 110 a 116. Como se precisó *supra*, la disposición del cuerpo del fallecido es una manifestación del derecho a la libertad de conciencia y de culto, que se desprende del inciso 3 del artículo 2 de la Constitución, pero este no puede ser ejercido públicamente de manera irrestricta.

**SS.**

**FERRERO COSTA**

**BLUME FORTINI**

**SARDÓN DE TABOADA**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00002-2019-PI/TC  
LIMA  
CASO DE LA LEY DE  
CEMENTERIOS Y SERVICIOS  
FUNERARIOS

Firmado digitalmente por: **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES**

REATEGUI APAZA Flavio

Adolfo FAU 20217267618 soft

Motivo: Doy fe

Fecha: 31/07/2020 17:24:08-0500

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes anotaciones sobre la constitucionalidad formal y el derecho a la igualdad.

#### **SOBRE EL DEBER DE JUSTIFICAR LAS EXONERACIONES REALIZADAS POR LA JUNTA DE PORTAVOCES**

1. Los demandantes alegan el procedimiento legislativo estuvo inmerso en las siguientes irregularidades de orden formal:
  - a) Durante el trámite del procedimiento legislativo, el proyecto de Ley fue exonerada por acuerdo de la Junta de Portavoces del dictamen de las Comisiones correspondientes, esto es, de la Comisión de Salud y Población y de la Comisión de descentralización, regionalización, gobiernos locales y modernización de la Gestión del Estado, sin que se hayan expresado las razones para hacerlo. Asimismo, fue exonerada de segunda votación en el Pleno sin indicar el motivo.
  - b) El proyecto de Ley 2879/2017-CR, el cual dio origen a la norma impugnada, no cumple con el requisito exigido de hacer un análisis Costo-beneficio de la futura norma legal, es decir, carece de un análisis científico, exhaustivo y de mayor investigación.
  - c) En la exposición de Motivos del Proyecto de Ley no se fundamenta cual es el “interés público” que invoca.
2. Nuestro análisis se circunscribirá al primer apartado, puesto que los otros dos han sido ampliamente desarrollados en la ponencia que hemos suscrito.
3. Tanto el artículo 105, como el artículo 31-A del Reglamento del Congreso habilitan la posibilidad de exonerar del dictamen de la comisión respectiva a los proyectos de ley. A su turno, el artículo 77 del Reglamento del Congreso señala que: “La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo o que se consideren urgentes (...)”.
4. Como es posible advertir, del texto citado del artículo 77 pueden desprenderse dos reglas, gracias al disyuntivo “o” utilizado:

Firmado digitalmente por:  
MIRANDA CANALES Manuel  
Jesus FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/07/2020 16:00:13-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00002-2019-PI/TC  
LIMA  
CASO DE LA LEY DE  
CEMENTERIOS Y SERVICIOS  
FUNERARIOS

- a. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, en caso de proposiciones remitidas por el Poder Ejecutivo.
  - b. La Junta de Portavoces, con el voto de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, puede exonerar de algún requisito en forma excepcional, proposiciones que se consideren urgentes.
5. Ambas reglas están lejos de ser claras en la medida que faltarían precisar diversas palabras y frases, tales como: “requisito” (formales o de fondo), “excepcional” o “proposiciones que se consideren urgentes”. Todo ello, no hace más que demostrar la vaguedad del sistema jurídico<sup>1</sup>.
  6. Es usual que el sistema jurídico sea indeterminado, pues cada caso nos debe servir para ir completando el ordenamiento jurídico de manera coherente. En esa línea, la práctica de los operadores jurídicos debe buscar que la interpretación de los documentos normativos se mantenga dentro de ciertos límites. En consecuencia, si las reglas anotadas sostienen que la exoneración de algún requisito opera de forma *excepcional*, una interpretación incoherente sostendría que la exoneración debe operar en un número significativo de proyectos de ley.
  7. En ese sentido, los problemas que se advierten de una práctica interpretativa incoherente traen consigo muchos otros problemas. Aquí tenemos la ausencia de una práctica deliberativa (déficits de deliberación); bien se podría argumentar que dicha ausencia es ilusoria en tanto el debate se encuentra garantizado en el Pleno del Congreso. Ante ello, cabría argumentar que la deliberación en las comisiones parlamentarias es tan importante que permite a otros actores de la sociedad democrática, participar activamente a través de informes que pueden alcanzar y sustentar ante los miembros de las comisiones parlamentarias, situación que no puede hacerse en el Pleno del Congreso. De igual manera, se abre el problema de la falta de cooperación entre los órganos del Estado, que busca evitar las futuras rencillas entre órganos constitucionales.
  8. A razón de ello, el Tribunal Constitucional debe garantizar que tanto la deliberación como la cooperación se efectúen, pues dicho mandato se

---

<sup>1</sup> ENDICOTT, Timothy. *Vagueness in law*. Oxford, Oxford University Press, 2000.





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00002-2019-PI/TC  
LIMA  
CASO DE LA LEY DE  
CEMENTERIOS Y SERVICIOS  
FUNERARIOS

establece cuando la Constitución caracteriza a nuestro estado como un democrático. De allí que pueda sostenerse que el Tribunal Constitucional es el garante del sistema democrático, lo cual también legitima a este órgano a controlar las vulneraciones que puedan ocurrir por falta de deliberación y/o falta de cooperación.

#### **EL DERECHO A LA IGUALDAD**

9. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
10. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
11. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).
12. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
13. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00002-2019-PI/TC

LIMA

CASO DE LA LEY DE  
CEMENTERIOS Y SERVICIOS  
FUNERARIOS

personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos<sup>2</sup>. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

14. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
15. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
16. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios<sup>3</sup>:
  - i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

---

<sup>2</sup> CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

<sup>3</sup> Ídem, pp. 147-148.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00002-2019-PI/TC  
LIMA  
CASO DE LA LEY DE  
CEMENTERIOS Y SERVICIOS  
FUNERARIOS

- ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
  - iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.
17. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido<sup>4</sup>.

S.

**MIRANDA CANALES**

---

<sup>4</sup> Ídem, pág. 153.