

[VII]

Amicus curiae presentado por Carolina Alamino Barthaburu, Abril García Bianco, y Sofia Novillo Funes en representación de la organización ABOSEX.

I. INTRODUCCIÓN

A la luz de los estándares del Sistema Interamericano, los tratados de derechos humanos son considerados instrumentos vivos. Esto ha conducido al paulatino y sistemático abordaje de la desigualdad estructural que atraviesan las trayectorias de vida de las personas LGBTIQ+, así como ha intentado forjar el reconocimiento de sus derechos humanos en la región.

Los entramados de la sociedad - y aquí corresponde una particular reflexión de las vivencias que tocan a las sociedades latinoamericanas - se componen de relaciones de clasificación, jerarquización, subordinación y exclusión que condicionan los proyectos de vida de las personas por su orientación sexual, identidad y expresión de género. Esto se traduce en una histórica y sistemática marginación y exclusión que ubica a las personas LGBTIQ+ más allá de la premisa fundamental consagrada acerca de que “*todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos*”. En corolario, damos las disputas jurídicas, sociales y políticas en miras a la rendición de cuentas de los Estados por sus obligaciones convencionales y constitucionales respecto de las personas LGBTIQ+, en este caso el Estado chileno en relación con la vulneración de derechos de la Sra. Pavez.

La igualdad reconocida en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos trae consigo la prohibición de toda distinción fundada en categorías como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹

Este derecho a la igualdad y no discriminación contiene dos dimensiones que permiten el eficaz reconocimiento y protección del mismo. Estas contarán con su propia forma de identificación y aná-

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

lisis, y serán, por un lado, la dimensión positiva, la cual refiere a la obligación de garantizar la igualdad² (respeto y defensa del trato igualitario a las personas) e implica la aplicación de concepto amplio y abstracto cuya determinación podrá realizarse frente a cada caso concreto al ponderarse el tipo de trato realizado, las personas o situaciones afectadas (y su semejanzas y diferencias) y la finalidad perseguida por las autoridades al tomar la decisión que se estudie³ y, por otro lado, la dimensión negativa, que insta a la prohibición de la discriminación o distinción dañina⁴.

Mientras que la concepción clásica de la igualdad —igualdad negativa— se orienta a evitar diferencias de tratos irrazonables entre las personas, la conocida igualdad formal ante la ley; la dimensión positiva del principio de igualdad, es más exigente respecto de la función del Estado. La igualdad positiva (también denominada igualdad real de oportunidades o igualdad sustantiva, o igualdad estructural, o principio de no subordinación) no se limita a que el Estado garantice un piso igual de derechos para todos, porque dado que existen diferencias relevantes en la esfera social y política, un tratamiento igual o idéntico puede llevar a reproducir esas diferencias de poder, de información, de reconocimiento y dignidad.

A *prima facie*, es posible identificar que la actuación del Estado de Chile al validar, a través de su poder judicial, la denegación del certificado de idoneidad de la Sra. Pavez, es indudablemente discriminatoria. Aquí se realizó una manifiesta distinción alegando una categoría constitutiva de la identidad de la peticionante, cuyo resultado fue el menoscabo del reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a la libre determinación, el desarrollo de su plan de vida y la inviolabilidad de la vida privada y la intimidad en condiciones de igualdad.

El Estado de Chile debería haber procedido consecuente con su obligación de receptor y respetar el principio de igualdad; la relación de este con el derecho a la intimidad y vida privada; la ponderación de

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/2017 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Párr. 202 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

³ Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS), “Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Año 2014, Pág. 589 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

⁴ Bayefsky, Anne. “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”, Opinión de la autora, Nota al pie de página, Página 2, Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

los derechos en juego en el caso particular y finalmente, la necesidad de realizar las consideraciones pertinentes respecto de haber delegado funciones de determinación de idoneidad de los docentes de religión al culto de dicha enseñanza sin límites o guías.

A continuación, se profundizará en el análisis del principio de igualdad y no discriminación en perspectiva con las obligaciones del Estado chileno en materia de derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual como categoría prohibida o sospechosa aportando elementos que permiten ponderar el ejercicio de derechos humanos en tensión con el ejercicio de la autonomía eclesiástica.

II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA PROHIBIDA O SOSPECHOSA

El reconocimiento de la igualdad y la prohibición de la discriminación se encuentra receptado en los diferentes instrumentos de derechos humanos tanto de manera implícita⁵ (ya que el carácter inherente y universal de los derechos humanos requiere indefectiblemente que estos se le reconozcan a la totalidad de las personas) como explícita. Asimismo, la recepción de este principio rector de trato igualitario puede realizarse a través de un tipo de cláusula autónoma (identificando este derecho como independiente, “garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido”⁶) o subordinada (actuando aquí “como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades establecidos en un tratado de derechos humanos”⁷, ya que sin esta prerrogativa estos podrían ser vulnerados o ignorados de manera arbitraria).

Debido a esta compleja naturaleza que se vuelve el principal manifiesto de la inseparabilidad intrínseca de los derechos humanos entre sí, la Comisión Interamericana, en armonía y consonancia con otros órganos se ha vuelto la base misma “del andamiaje jurídico de orden

⁵ Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS), “Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Año 2014, Pág. 594 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

⁶ Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS), “Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Año 2014, Pág. 596 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

⁷ Bayefsky, Anne, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional” Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

público nacional e internacional”⁸ y las sociedades democráticas y, por tanto, ha sido reconocido en multiplicidad de ocasiones como una norma de *Jus Cogens*. El carácter extrínseco del principio acarreará, como consecuencia, que su aplicación y respeto será imperativo, absoluto, necesario e indisponible por los Estados⁹, hayan ratificado o no las convenciones que lo receptan “ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”¹⁰ y como tal deberán ser incorporadas al derecho interno.

Desde el principio de igualdad como no subordinación o igualdad estructural, el modelo de política pública debe abandonar la “ceguera” o “neutralidad” y partir de reconocer la diferencia, interviniendo en función de estas diferencias para equilibrar las asimetrías, en su formulación más tenue, o bien para transformar las estructuras que determinan esa desigualdad, en su formulación más profunda y ambiciosa.¹¹ La Corte IDH retoma ambas concepciones del principio de igualdad, en tanto “*ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstenerse de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados.*”¹²

La falta de un consenso al interior de los Estados alegando normativa local no es un argumento válido para negar o restringir derechos humanos, menos aún para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que los grupos y personas LGBTIQ+ atraviesan. Se ha enfatizado que “*los Estados deben adoptar medidas legislativas, de política*

⁸ CIDH, Opinión Consultiva 18/2003 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. par. 101. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

⁹ Regina Ingrid Díaz Tolosa, “El Reconocimiento Del Ius Cogens En El Ordenamiento Jurídico Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, año 2014, pp. 555-587, Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde41&div=25&id=&page=>

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/2003 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pág. 25 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

¹¹ Víctor Abramovich, “Los derechos humanos en las políticas públicas”, *Revista Electrónica del Consejo de DDHH*, N° 2, 10 de diciembre de 2020. Disponible en: <http://rec.defensoria.org.ar/2020/12/10/los-derechos-humanos-en-las-politicas-publicas/>

¹² Ib. Ídem., 3 y 9.

*pública y de otra índole, necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos”.*¹³

El dinamismo del marco jurídico a la luz de la lucha del activismo LGBTIQ+ y de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos ha permitido que los órganos del Sistema Interamericano hayan ampliado los márgenes categóricos del artículo 1.1 de la Convención Americana (CADH), incorporando la orientación sexual e identidad de género bajo el presupuesto de “otra condición social”¹⁴ como categoría protegida. De manera concomitante, los Estados están obligados a una interpretación y actuación concordante con aquella realizada por los órganos internacionales, en tanto autoridades naturales de aplicación de los tratados¹⁵.

En la OC-24/17¹⁶ la Corte IDH recupera la historicidad de la “*discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales*” de las personas LGBTIQ+. Su opinión se sustenta en la noción de igualdad como no subordinación y reconoce que las trayectorias de las personas LGBTIQ+ no se inscriben en circunstancias neutrales, sino que existe una matriz de relaciones que las han ubicado, a lo largo de la historia, en la posición de grupo subordinado. De manera simultánea, hay una correlativa obligación de los Estados de aumentar sus esfuerzos para que puedan revertir su posición histórica de desventaja en relación con el acceso y el ejercicio de sus derechos.

El reciente fallo de la Corte IDH en el caso “Azul Rojas Marín y Otras vs. Perú”,¹⁷ reiteró que las personas LGBTIQ+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales, y que

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12 noviembre 2015, párr. 422.

¹⁴ Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile; Flor Freire vs. Ecuador; y Duque vs. Colombia.

¹⁵ El Comité de Derechos Humanos reconoce que el término “sexo” a que se refieren los artículos 2 1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la orientación sexual⁵⁵ y que el artículo 26 del Pacto abarca la discriminación basada en la identidad de género. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género está contemplada en los artículos 2 2) y 3 de la Convención.

¹⁶ Ib. Ídem., 13.

¹⁷ Corte IDH, caso “Azul Rojas Marín y Otras vs. Perú”. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. De manera precisa, la CIDH ha definido a la discriminación por orientación sexual como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por el hecho de ser lesbiana, gay o bisexual —o ser percibido o percibida como tal—, que tenga por objeto o por resultado —ya sea de iure o de facto— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas personas*”.¹⁸

En esta misma línea, el Comité CEDAW en su Observación General N° 28¹⁹, retoma el carácter dinámico de la misma Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las mujeres, la que se adapta a la evolución del derecho internacional para dar lugar a la interseccionalidad como concepto sustancial en lo que refiere al alcance de las obligaciones de los Estados y para entender a las mujeres no solo como sujetas de derechos sino como inscriptas en ese entramado de relaciones de clasificación y jerarquización. El Comité reconoce las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación que atraviesan las mujeres, como quienes se identifican como lesbianas, y establece que las distintas medidas, formas y hasta agravantes de afectación diferencial, obligan a los Estados a respuestas jurídicas y normativas adecuadas. Como respuesta, el Comité CEDAW recomienda a los Estados en materia legislativa, “[D]erogar, en particular en las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas, todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género”.²⁰

En el casode la Sra. Pavez, a través del Decreto 924 del año 1983²¹, la autoridad religiosa del Estado chileno privó a la peticionante del ejercicio de su profesión denegando el certificado de idoneidad. Como quedó debidamente comprobado en las distintas instancias de este proceso,

¹⁸ CIDH, Informe No. 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.

¹⁹ Recomendación general N° 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

²⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, IV.

²¹ Disponible en: https://www.curriculumnacional.cl/614/propertyvalues-176736_decreto.pdf

la decisión estuvo motivada exclusivamente por la orientación sexual de la Sra. Pávez, e incluso se pretendió obligarla a realizar terapias de conversión y prescindir del proyecto familiar elegido. Ante una decisión de tamaña arbitrariedad que concluyó con su carrera de docente de religión luego de 22 años, el Estado chileno no arbitró los medios para evitar dicha conculcación de derechos. Cabe preguntarse, ¿el marco jurídico al que se apega el Estado supone que la orientación sexual menoscaba la idoneidad profesional para dar clases de religión?

Si pensamos de forma interseccional la orientación sexual y la libertad religiosa, ¿caso identificarse como lesbiana colisionaría con el derecho a profesar y divulgar la religión de una persona en los términos del Art. 12 de la CADH? De forma rotunda cabe decir que no y que el Estado no puede soslayar la obligación que emana del Art. 2 de la CADH en concordancia con el Art.1, a saber, “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Aquí se observa un vacío por omisión del Estado que conculca los derechos de la peticionante.

Atento al desarrollo jurisprudencial de los últimos años, no cabe discusión alguna respecto a que la orientación sexual es una categoría prohibida o sospechosa, que se presume incompatible con la CIDH e impone un test estricto de proporcionalidad en caso de ser empleada como condición de diferenciación. Este juicio “*permite verificar la existencia de un trato diferenciado y luego de evaluar si la distinción aplicada en cada caso es razonable y objetiva*”.²² De esta manera, se pone en examen la existencia de un fin legítimo; la idoneidad; la necesidad; y la proporcionalidad en sentido estricto.

Tampoco cabe duda de que el principio de igualdad y no discriminación, por su carácter fundamental, proyecta sus efectos a las relaciones entre particulares, imponiendo obligaciones de carácter erga omnes. Esto implica que el Estado debe garantizar su estricto cumplimiento no solamente en el ámbito de las actuaciones estatales, sino también en la esfera privada. De esta manera, ante el conocimiento de un acto discriminatorio o trato diferenciado injustificado por parte de un actor no

²² CIDH, Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos.

estatal (como la autoridad religiosa en este caso) le es exigible al Estado un deber de protección y respuesta para hacer cesar dicha discriminación y procurar la debida reparación.

a) RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO DE CHILE

Los hechos traídos a conocimiento de esta Corte en el caso de la Sra. Pavez, ponen a Chile ante una nueva acusación de actos lesbofóbicos como en el no tan lejano precedente Atala Riffo. Esto nos da un fuerte indicio de que no se han tomado medidas conducentes a eliminar la intolerancia sistémica a la discriminación por orientación sexual. Tampoco ha mejorado y adecuado sus políticas públicas y legislación, con el objeto de garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas LGBTIQ+ como se había comprometido en la Solución Amistosa de la Petición 946-12 de Cesar Antonio Peralta Wetzel²³; el matrimonio para parejas del mismo género continúa sin existir²⁴ y recién en las últimas semanas se derogó la causal de homosexualidad del divorcio culposo²⁵; y la Ley 21.120 que reconoce y protege el derecho a la identidad

²³ Comunicado de Prensa, “Solución amistosa ante la CIDH impulsa avances sobre matrimonio igualitario en Chile”, 2 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/009.asp>

²⁴ Existe la figura legal de “acuerdo de unión civil”, aprobada por Ley 20.830 de 2015. En relación al uso de diferentes nomenclaturas, la Corte IDH dijo que “crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos, pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.” Conforme Corte IDH, Opinión Consultiva 24/2017, párr. 224. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

²⁵ MOVILH, “Comisión de la Mujer del Senado aprueba la derogación del divorcio culposo por homosexualidad”, 30 de abril de 2021. Disponible en <https://www.movilh.cl/comision-de-la-mujer-del-senado-aprueba-la-derogacion-del-divorcio-culposo-por-homosexualidad/>

de género desconfía profundamente de las personas trans y perpetúa un trato diferenciado²⁶.

En el texto constitucional el principio de igualdad no reconoce límites y protege ante diferencias arbitrarias que pudieran realizar la legislación y cualquier acto de autoridad. Lo mismo sucede con la protección a la vida privada y a la honra de las personas, el derecho a la libertad personal y la libertad de trabajo y su protección, prohibiéndose -aunque luego los tribunales no lo apliquen y la Ley antidiscriminatoria tampoco lo recepte- toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal²⁷.

La Ley antidiscriminatoria, Ley 20.609, sancionada luego del atroz crimen por prejuicio contra Gabriel Zamudio, ha sido traída al debate por sus numerosos problemas, sintomáticos de la interpretación errónea del principio de no discriminación. En primer lugar, en su artículo 2 enuncia que *“se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes*

²⁶ Entre otros puntos, SE solicita testigos a fin de dar curso a la rectificación registral de la persona trans que lo solicite; en caso de que estuviera casada, no sólo debe acudir a sede judicial sino que además se solicita la opinión del/la cónyuge y al rectificar la partida de nacimiento se anula automáticamente el matrimonio; en caso de ser menores de 18 años y mayores de 14, la solicitud debe ser presentada por uno o más de sus representantes legales en tribunales, acompañada de justificación documental y psicomédica. Ley 21120 disponible en: http://www.movilh.cl/wp-content/uploads/2018/12/Ley_Identidad_de_Genero_21.120.pdf

²⁷ En la Constitución Política chilena se encuentran el derecho a la integridad psíquica de la persona (art. 19, inc. 1); la igualdad ante la ley no pudiéndose establecer diferencias arbitrarias ni por ley ni a partir de ninguna autoridad (art. 19, inc. 2); la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19, inc. 3); el respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas (art. 19, inc. 4); la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (art. 19, inc. 6); el derecho a la libertad personal (art. 19, inc. 7); el derecho a la libertad de enseñanza, que no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19, inc. 11); la libertad de trabajo y su protección, prohibiéndose toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, siendo que ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos (art. 19, inc. 16); la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes (art. 19, inc. 17). Por último, *“(1)a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”* (art. 19, inc. 26)

del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como [...] la orientación sexual, la identidad y expresión de género, [...].²⁸ Es decir, se exige el carácter de arbitrariedad (“carecer de justificación razonable”) como si hubiera alguna posible justificación para un acto discriminatorio, y además introduce especies de categorías sospechosas que no estarían prohibidas y en base a las cuales la realización de distinciones no implicaría la inversión de la carga probatoria.

El mismo artículo continúa luego aclarando que, mientras las categorías a que se refiere el párrafo anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público, sí se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima²⁹. Resaltamos esto último pues es importante detenerse en qué derechos se contemplan en los citados incisos del artículo 19, especialmente en el inciso 6°, que recepta el derecho a la libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Si se sostuviera que precisamente la moral y buenas costumbres se enraízan en creencias y conductas homo-lesbo-transfóbicas, ¿acaso tal discriminación estaría avalada por la misma ley antidiscriminatoria, en clara contradicción con el derecho internacional de los derechos humanos? Esta jerarquización ahonda aún más el poder de las instituciones religiosas mayoritarias como la Iglesia Católica y, contrariando la normativa internacional, realiza una ponderación automática y por tanto, no deja lugar al análisis requerido entre fin perseguido y medios utilizados.

Entonces, “*Si bien ha constituido un avance en miras a otorgar mayor protección de la igualdad y no discriminación en relación a la alternativa judicial que hasta su dictación existía (recurso de protección), entre las críticas que se le*

²⁸ Ley 20609, artículo 2, primer párrafo. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>

²⁹ Ib. Ídem., segundo y tercer párrafo.

*han formulado se contempla: no pondera debidamente la discriminación ante caso de concurso o en el ejercicio de derechos constitucionales; debe incorporar, junto con la discriminación directa, la discriminación indirecta, múltiple o agravada, estructural e histórica; debe incluir la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas. Todo lo anterior en concordancia con el derecho internacional de derechos humanos”.*³⁰

Los derechos humanos pueden admitir restricciones legítimas predeterminadas cuando estas se realicen por medio de una ley y satisfagan un interés público imperativo. Más cuando esto implique una diferencia de trato desfavorable, deberá además demostrarse que el fin legítimo perseguido es proporcional con los medios utilizados y, en caso de basarse en “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad, por lo que se debería especialmente probar la razonabilidad de su limitación.

En consecuencia, como bien han coincidido tanto la defensa de la Sra. Pavez y el Estado de Chile, así como todos los peritos, cuando el derecho a la igualdad se encuentra en contradicción o choque (real o aparente) con otros derechos o garantías fundamentales, se vuelve necesaria e ineludible la realización de un test de proporcionalidad que permita identificar cual o cuales principios deberán ser priorizados o ponderados en el caso particular, recordando que el término “discriminación” será entendido únicamente como las distinciones dañinas o injustas (arbitrarias), excluyendo entonces a las diferenciaciones que no tengan esta intención o resultado. Como ha explicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entonces, las diferencias o distinciones que se realicen en relación al respeto o garantía de los derechos humanos a todas las personas, deberán realizarse bajo las condiciones indicadas en la Convención Americana y su aplicación e interpretación únicamente podrá ser restrictiva.

Como sostiene el Informe de Fondo realizado por la CIDH en el presente caso, “*los contenidos de la revocatoria no ofrecen explicación alguna*

³⁰ Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, “Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación” (diciembre de 2014). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/Res_27_32/Chile.pdf y Ley 20609 disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1042092>

*que permita determinar la necesidad imperiosa perseguida por la diferencia de trato, la idoneidad de dicha diferencia con relación a tal necesidad, ni su necesidad ni proporcionalidad estrictas. Por el contrario, la revocatoria se limita a hacer explícito que el criterio diferenciador fue la orientación sexual de Sandra Pavez sin ofrecer motivo alguno que supere un test mínimo de objetividad y razonabilidad, mucho menos, un escrutinio estricto como el exigido cuando se trata de dicha categoría”.*³¹

b) IDONEIDAD

En este punto, nos proponemos analizar el fundamento del certificado habilitante para enseñar religión en las escuelas de Chile, que reside en la “idoneidad”. El decreto 924 regula la educación religiosa en Chile. Si bien es comprensible y aceptable que la comunidad religiosa exija ciertos requisitos especiales que aseguren la capacidad del docente de dictar clases que puedan transmitir los valores y contenidos intrínsecos al culto, como bien indicó la Perito Estefanía Esparza Reyes, estas exigencias deberían ser determinadas por el Estado para evitar arbitrariedades, y deberían centrarse primordialmente en la pertenencia de la persona al culto determinado y los certificados de capacitación religiosa y pedagógica que ésta posea, lo cual permitiría asegurar una correcta capacitación a los estudiantes sin avasallar los ámbitos de sexualidad del docente, que nada tienen que ver con su actividad laboral.

El Estado no puede deslindarse de la obligación de proteger frente a actos de discriminación, arbitrariedad y vulneraciones de derechos cuando estas se producen por la acción u omisión de terceros. En el caso de la autoridad religiosa, ésta tampoco está exenta de observar el derecho convencional y constitucional de derechos humanos que se erige sobre la protección a la libertad y dignidad de toda persona en igualdad de condiciones. Haciendo una interpretación armónica de la ley de educación general y el decreto 924 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la idoneidad nada tenía ni tiene que ver con la orientación sexual de la peticionante, aspecto que corresponde a su fuero íntimo y a su derecho a la vida privada, que debe estar exenta de injerencias arbitrarias.

El Estado chileno falló en su deber de protección al delegar la facultad de emitir el certificado idoneidad para enseñar religión sin salva-

³¹ CIDH. Informe No. 148/18. Caso 12.997. Fondo. Sandra Cecilia Pavez Pavès. Chile. 7 de diciembre de 2018. párr. 57.

guarda alguna. El requisito “idoneidad” se transformó en un significativo vacío al cual la autoridad religiosa decidió aplicarle como categoría contraria la orientación sexual de la peticionante. El artículo 9 del citado decreto estipula, “*El profesor de Religión, para ejercer como tal, deberá estar en posesión de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponda, cuya validez durará mientras ésta no lo revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir dicho cargo*”.³²

Siguiendo esta línea de reflexión, puede notarse que el decreto cuenta con una falta de lineamientos mínimos que permiten la arbitrariedad y la inestabilidad de exigencias con las que se encontrará el docente siempre que deba renovarse su certificación de idoneidad. Además, la falta de criterios claros apegados a la ley, ubica a quienes deseen ser docentes de educación religiosa en una posición de desigualdad respecto de los docentes de otras asignaturas.

Tal como lo menciona el perito Rodrigo Uprimny, “*el Estado debe analizar si la decisión que va a tomar con base a ese certificado de idoneidad es compatible con sus obligaciones internacionales de prohibición de discriminación, invasión a la privacidad, respeto a principios y propósitos de la educación*”. Como corolario, lo expuesto por la Sra. Pavez y sus representantes evidencia que se deja al arbitrio de la autoridad religiosa dotar de significado al significante “idoneidad”, sin salvaguarda alguna que respete y garantice los derechos humanos, en este caso de la peticionante, acorde a las obligaciones convencionales y constitucionales del Estado.

La ley 20.370, que regula la actividad docente en general, determina como requisitos para ejercer esta profesión el poseer “*el título de profesional de la educación del respectivo nivel y especialidad cuando corresponda, o esté habilitado para ejercer la función docente según las normas legales vigentes o esté en posesión de un título profesional o licenciatura de al menos 8 semestres, de una universidad acreditada, en un área afín a la especialidad que imparta*”³³ (es decir, competencia y capacitación necesaria para enseñar la materia que corresponda), aprobar los exámenes de competencia docente³⁴ (lo que implica un correcto rendimiento como profesional) y finalmente, el “*no haber sido condenado por crimen o simple delito de aquellos a que se refiere el Título VII del Libro II del Código Penal, y, o la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y la ley N° 20.066, que sanciona la violen-*

³² Decreto 924. Disponible en: https://www.curriculumnacional.cl/614/propertyvalues-176736_decreto.pdf

³³ Ley 20.370, Art 46, Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006043>

³⁴ Ib. Ídem.

cia intrafamiliar”³⁵ (con miras a proteger el interés superior del niño, al cual la misma Corte Suprema Chilena ha considerado debe brindarse primordial atención en todas las medidas que conciernen a los niños y niñas³⁶). Estas exigencias, como podrá notarse, son necesarias, proporcionales e idóneas para analizar el rendimiento docente y asegurar la educación de calidad y en un ambiente seguro de los escolares.

En el caso de la Sra. Pavez, la autoridad religiosa creó arbitrariamente exigencias para determinar su capacidad y competencia para ejercer la función de docente de religión en un establecimiento público basándose en una categoría prohibida. Como consecuencia, se puso en tela de juicio su vida privada e intimidad, y se le exigió que, para poder cumplir con su proyecto de vida profesional y mantener su trabajo, sacrifique sus vínculos y vivencia plena de su sexualidad, obligándola a exponer su intimidad ante la solicitud de las autoridades eclesiásticas, quienes arbitrariamente decidieron que su orientación sexual no era adecuada para el desarrollo del vínculo docente-estudiante. Si ya se había determinado que la orientación sexual no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad³⁷, menos aún la tendría en un ámbito de mucha menor responsabilidad y exposición como lo es el vínculo docente-estudiante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuenta con precedentes jurisprudenciales que arrojan luz al caso en cuestión, en tanto condenó al Estado por la violación al derecho a la vida privada en virtud de la revocación de un certificado de idoneidad por decisiones correspondientes al fuero íntimo de la persona. En el caso *Fernández Martínez c. España* resolvió que “*la idoneidad del demandante para la enseñanza, nada indica que haya impartido sus clases de religión de una manera que contradijera la doctrina de la Iglesia*” (...) *Y era el Ministerio, en primer lugar y después a las jurisdicciones nacionales a quienes incumbía velar por que la reacción de las autoridades seculares a la decisión episcopal se adaptara a la situación del demandante y que no conllevará, en particular, una intromisión desproporcionada en su derecho a su vida privada y familiar*”.³⁸

El análisis realizado del criterio de orientación sexual en línea con la idoneidad para la enseñanza de religión, muestra que no cabe jus-

³⁵ Ib. Ídem.

³⁶ CIDH Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, Sentencia De 24 De Febrero De 2012, párr. 55. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

³⁷ CIDH Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, Sentencia De 24 De febrero De 2012, párr. 167 Disponible En: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

³⁸ TEDH, Caso *Fernández Martínez c. España*, 12 de junio de 2014.

tificación alguna que supere el test de proporcionalidad y que exima al Estado Chileno de su responsabilidad internacional en el caso en cuestión.

Es menester, por último, realizar algunas reflexiones respecto del carácter peligroso de la argumentación sostenida por Chile tanto para la comunidad LGBTPIQ+ como la población chilena en general. El Estado de Chile, lamentablemente, ha decidido sostener una postura que perpetúa las distinciones y exclusiones de los ambientes laborales, educativos y religiosos de las personas LBGTPIQ+, permitiendo que se utilice como argumento para determinar la falta de idoneidad de una docente su orientación sexual, cuando los otros límites para indicar la misma en docentes de otras materias se basan en motivos tan graves como lo son la falta de capacitación (que vuelve imposible la realización de la tarea) y el que la persona tenga un historial criminal tal que dé un indicio claro de ser una persona de riesgo para la niñez (lo cual es un límite aceptable al ponderar el interés superior del niño)³⁹. Esta postura valida las actitudes discriminatorias como así también el discurso de que las personas con una orientación sexual diversa no serán idóneas para desarrollar sus labores, comparándolas con personas sin capacitación o sujetos de riesgo para las infancias y adolescencias.

Asimismo, este accionar permite que los cultos puedan desarrollar exigencias o límites nuevos, cambiantes y arbitrarios a la hora de brindar o no certificados de idoneidad para los docentes de religión, que gracias a la redacción amplia y ambigua del Decreto 924 permitiría, como ha indicado el mismo perito del estado el Sr. Luis Lara Arroyo, negar el certificado de idoneidad a personas por cualquier motivo, inclusive “el color de la piel de la persona”. Esta extrapolación no es lejana a una realidad: corrientes doctrinarias del derecho canónico de diferentes Estados han llegado a cuestionar la idoneidad de las personas por ejercer otro derecho fundamental como lo es el poder disolver su unión matrimonial⁴⁰, un aspecto de las decisiones del plan de vida que todo tienen que ver con la vida privada y nada con los conocimientos profesionales de la persona.

³⁹ Ley 20.370, Art 46, Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006043>

⁴⁰ Antonio VIANA, “¿Son idóneos para el oficio eclesiástico los divorciados que contraen nuevo matrimonio civil? May Divorced People Who Have Remarried Civilly Marriages Serve in Ecclesiastical Offices” IUS CANONICUM / VOL. 56 / 2016 / 515-553, ISSN 0021-325X DOI 10.15581/016.112.515-553, pág. 543, Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/ius-canonicum/article/view/5968>

III. EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA AUTONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES RELIGIOSAS

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, señaló que *“si bien las organizaciones religiosas tienen derecho a gestionar sus asuntos de manera autónoma, esa deferencia debe entenderse dentro de una concepción holística de los derechos humanos basada en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e inalienabilidad de todos los derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a que velen por que las instituciones de gestión eclesiástica no puedan discriminar a los empleados no eclesiásticos debido a sus creencias religiosas, orientación sexual o identidad de género”*.⁴¹

En este sentido, la laicidad es un tipo de régimen en el que se defiende la separación entre la esfera política y la religiosa, especialmente en el ámbito estatal. Esto quiere decir que las instituciones, las leyes, las autoridades y los servicios que derivan del Estado son autónomos de los preceptos dogmáticos.⁴² Como contrapartida, las instituciones religiosas tienen derecho a la autonomía en la administración de sus asuntos y pueden tener opiniones diversas sobre cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, pero en ningún caso sus autoridades deben incitar a la violencia o al odio. En este contexto, el derecho a la libertad de religión o creencias de algunos no puede ir en detrimento del derecho de todos los seres humanos, independientemente de su etnia, raza, orientación sexual e identidad de género, a llevar una vida libre de violencia y discriminación. Cualquier acción que infrinja esto último rompe la lógica de indivisibilidad e interdependencia que constituye la piedra angular del marco internacional de derechos humanos y, de hecho, socava los principios fundamentales de casi todas las tradiciones religiosas, que consideran a todos los seres humanos valiosos y poseedores de igual dignidad.⁴³ En el mismo sentido, el Principio 21,

⁴¹ Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencia, “Informe sobre violencia de género y discriminación en nombre de la religión o las creencias”, A/HRC/43/48, 24 de agosto de 2020. párr. 48.

⁴² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *La agenda de la laicidad en 2019* (México: UNAM, 18 de marzo de 2019), p. XII.

⁴³ CIDH, “Declaración de personas expertas en derechos humanos en el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia (observado el 17 de mayo de 2021). El derecho a la libertad de religión o de creencias y el derecho a una vida libre de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género se basan en una promesa de libertad humana. Las personas LGBT merecen que

inciso b) de los Principios de Yogyakarta, enuncia que los Estados deben velar por que la expresión, práctica y promoción de diferentes opiniones, convicciones y creencias concernientes a asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género no se lleven a cabo de una manera que resulte incompatible con los derechos humanos.⁴⁴

Este equilibrio se rompe no sólo cuando el Estado interfiere en la esfera autónoma de las instituciones religiosas, sino también cuando sucede al contrario y son las religiones las que guían el accionar de los Estados o actúan sin que éste sirva de contralor último de la legalidad y convencionalidad de sus actos. Ha dicho la Corte IDH que mientras *“reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro”*.⁴⁵

A pesar de la división moderna formal de las organizaciones y estructuras estatales, no resultó tal en las cuestiones culturales. Así, el derecho y las decisiones públicas de los Estados laicos incorporaron muchos de los principios católicos en la forma de identificar y regular las relaciones de género. De esta manera el derecho, tanto en Estados seculares como confesionales, conservó dentro de sus principios las formas de identificación católicas de la organización social y las relaciones genéricas. Instituciones como el matrimonio, los roles de género dentro de las familias y en la organización laboral, etcétera, se guiaron por principios católicos.⁴⁶ Esto se refleja en el caso en cuestión a partir de la

se cumpla esa promesa”, 14 de mayo de 2021. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2021/IDAHOBIT-Declaracion-Esp.pdf>

⁴⁴ Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (marzo 2007), p. 28.

⁴⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/2017 del 24 de noviembre de 2017, párr. 223.

⁴⁶ Alberto Abad Suárez Ávila, *Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres en la jurisdicción constitucional latinoamericana* (México: UNAM, 2015), ps. 3 – 7. Por ejemplo, la Constitución Política chilena, en su artículo 1 establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y su artículo 19, inciso 1 que determina que “La ley protege la vida del que está por nacer”.

vigencia del Decreto Supremo 924 que regula la relación entre Estado e instituciones religiosas en el ámbito de la educación pública y privada, a saber:

- 1) determinando la obligatoriedad de brindar clases de religión en todos los establecimientos educativos;
- 2) omitiendo consideración alguna sobre los derechos de niñas, niños y niñas acorde a su autonomía progresiva, interés superior y derecho a ser oídos, y deja las decisiones referidas a sus vidas espirituales y escolares en general al absoluto control de sus padres y las instituciones religiosas;
- 3) trasladando a la autoridad religiosa potestades que son *a priori* estatales, como la elaboración de los programas de estudios y la determinación de la idoneidad, o no, de quienes sean docentes.⁴⁷

Asimismo, debe considerarse que las personas LGBTIQ+ también han formado parte de comunidades religiosas desde siempre, y tienen -como todas las personas- derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o creencias. Como sostiene la CIDH y expertos en derechos humanos, “las autoridades religiosas tienen la responsabilidad de garantizar que la religión y la tradición no se utilicen para promover la discriminación de las personas por su orientación sexual e identidad de género”.⁴⁸

Los argumentos vertidos por el Estado chileno y la Iglesia Católica, como autoridad de aplicación según el decreto referido *supra*, se sus-

⁴⁷ No es menor que en el artículo 7 del Decreto Supremo 924, se le dé dos meses de plazo al Ministerio de Educación Pública para aceptar o rechazar los programas de estudios presentados por las instituciones religiosas, consignando al no pronunciamiento como aceptación tácita de los mismos. Leído este artículo con el 12, que determina que es de competencia de las confesiones religiosas la capacitación de los docentes en religión, sin control alguno por parte del Estado, es claro que al no establecer un control estricto sobre los contenidos y dinámicas que se llevarían delante de un aula y que afectan de manera directa no sólo el derecho de los docentes sino también de los niños y niñas, el Estado deja abierta la puerta al accionar irrestricto e incontrolado de las instituciones religiosas en el ámbito educativo.

⁴⁸ CIDH, “Declaración de personas expertas en derechos humanos en el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia (observado el 17 de mayo de 2021). El derecho a la libertad de religión o de creencias y el derecho a una vida libre de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género se basan en una promesa de libertad humana. Las personas LGBT merecen que se cumpla esa promesa”, 14 de mayo de 2021. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2021/IDAHOBIT-Declaracion-Esp.pdf>

tentan en que existiría una supuesta contradicción entre el derecho a la libertad religiosa y autonomía eclesiástica -donde ingresaría la potestad de decidir si las lesbianas, por ejemplo, pueden o no enseñar religión- y los derechos humanos básicos de la Sra. Pavez.

En primer lugar, podría alegarse que es potestad soberana del pueblo chileno definir y establecer consecuentemente en su Constitución la forma de relacionarse con la o las iglesias y cultos. Ahora bien, tal como se ha expresado, las normas constitucionales deben ser leídas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, podría alegarse que no hay una única respuesta correcta sobre la fórmula de institucionalización de la relación entre la autoridad civil y las autoridades religiosas, pero tampoco es cierto que cualquier respuesta sea correcta. Los derechos humanos no se vuelven irrelevantes y la autonomía religiosa no implica un muro con el cual los derechos humanos chocan y se diluyen hasta su anulación.

Esto incluso se acrecienta desde la lectura misma de la Constitución Política chilena que en su artículo 5 establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* Entre estos se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Constitución Política consagra límites para la libertad de religión y como tal se recogen en la normativa inferior al respecto, la Ley 19.638, que establece las normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y organizaciones religiosas. El texto constitucional habla de que los límites a la libertad religiosa son la moral, las buenas costumbres y el orden público, a lo cual se agrega el art. 2 de la Ley 19.638, que determina que *“Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”* (el destacado es nuestro).

Que el límite constitucional a la profesión de una religión sea solo la afectación de la moral y buenas costumbres, mas no se explicita el daño a terceros o la vulneración de “los derechos o libertades de los demás” como indica la CADH, merece al menos algunas observaciones. Primero, que si queremos leer la Constitución Política bajo la luz más amable, tenemos que entender que esa afectación a conceptos abstrac-

tos como moral y buenas costumbres, se interpretará como daños con cierto grado aceptable de concreitud y con destinatario específico. Esto especialmente atento al Principio 33 que enuncia que los Estados deben asegurar que las disposiciones punitivas generales, tales como actos contra la naturaleza, la moral y la decencia pública no criminalicen ni establezcan ninguna forma de sanción basadas o relacionadas con la orientación sexual, la identidad y expresión de género⁴⁹.

En segundo lugar, que, si no lo hacemos de ese modo, se impone la realidad de que se trata solo de constitucionalizar la posibilidad de perseguir religiones y cultos no hegemónicos o minoritarios que a cada momento histórico sean considerados contrarios a las buenas costumbres y la moral pública reinante. Es lo que sucedió en el caso 2.137, de Testigos de Jehová c. Argentina⁵⁰, causa que curiosamente trae a colación el Estado chileno a la hora de alegar a su favor, dado que no tiene relación directa con los hechos aquí planteados e incluso iría en detrimento de lo postulado por su representación y la Iglesia en esta ocasión. En tercer lugar, la redacción constitucional no da ningún lugar al ateísmo como creencia y modo de vivir a proteger. Este es otro síntoma más de la intolerancia a otros modos de vida que no sean los tradicionalmente contemplados dentro de las prácticas cristianas mayoritarias. En cuarto lugar, como ya dijimos, que Chile no puede desconocer el límite impuesto por la CADH, lo hubiere o no recogido en la redacción de su Constitución.

En el artículo 7 de la Ley 19.638, se “reconoce a las entidades religiosas plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios y, entre otras, las siguientes facultades: a) Ejercer libremente su propio ministerio, practicar el culto, celebrar reuniones de carácter religioso y fundar y mantener lugares para esos fines; b) Establecer su propia organización interna y jerarquía; capacitar, nombrar, elegir y designar en cargos y jerarquías a las personas que correspondan y determinar sus denominaciones, y c) Enunciar, comunicar y difundir, de palabra, por escrito o por cualquier medio, su propio credo y manifestar su doctrina.” A éste se le suma el artículo 8 que determina que “Las entidades religiosas podrán crear personas jurídicas de conformidad con la legislación vigente.”

⁴⁹ “Principio 33. El derecho a la libertad de criminalización y sanción sobre la base de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales”, *Principios de Yogyakarta +10* (2017). Disponible en http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

⁵⁰ CIDH, Caso 2137 Testigos de Jehová c. Argentina. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/78sp/Argentina2137.htm>

Tales facultades no pueden entenderse como absolutas o como parte intrínseca del derecho a la libertad religiosa, pues este es un derecho individual de las personas que conforman a su vez instituciones que tienen facultades o derechos conexos para el funcionamiento de sus cultos y cuyas prácticas no quedan absolutamente libradas al arbitrio religioso.

En el presente caso no está en juego la existencia de la Iglesia Católica, ni el desarrollo de sus funciones al interior de su institucionalidad o su derecho a conformar personas jurídicas, sino que se analizan los límites que debe tener su accionar, para la armonía de los derechos y de las personas e instituciones en la vida democrática. En este caso la Iglesia dice actuar en su supuesto margen de no interferencia estatal, lo cual es avalado por la posición del Estado chileno, pero se encuentra dañando a un tercero e incumpliendo no sólo normativa internacional sino incluso su propio arreglo institucional plasmado en el art. 2 de la Ley 19.638: agravia a la Sra. Pavez no sólo al apartarla del dictado de clases sino además al indicarle como condición para mantenerlo, que dejara a su pareja del momento y se sometiera a terapia psicológica en un discurso similar al de las “terapias de conversión”. Este daño psicológico que, tradicionalmente, es pasado por alto o considerado menos grave que uno que atente contra la materialidad (cuerpo, objetos propios, etc.), es central. A la Sra. Pavez y a las lesbianas en general, las “condiciones” que indicó el Vicario sólo reviven y reavivan el mayor terror que tenemos en sociedades con culturas constituidas sobre fundamentos fuertemente conservadores: a la patologización y la exclusión.

Por último, no puede el Estado ni la institución religiosa, exigirle que “divida” su persona y de algún modo renuncie a parte de sus derechos con el fin de continuar en su trabajo, ya que los estados no crean o concesionan a las personas sus derechos humanos⁵¹, sino que estos derechos corresponden a cualquier persona sin importar nacionalidad, cultura o autoridad que gobierne, y es por el mismo motivo que una persona, al unirse a una congregación religiosa o al decidir trabajar como educador de los preceptos de dicha, jamás podría renunciar a sus derechos fundamentales o podría obligársele a tolerar un desamparo de los mismos, ya que la dignidad humana no admite relativismo alguno⁵².

⁵¹ IIDH, Pedro Nikken “Antología Básica en Derechos Humanos: El Concepto de Derechos Humanos”, Pág. 12. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tabras/7493.pdf>

⁵² IIDH, Pedro Nikken “Antología Básica en Derechos Humanos: El Concepto de Derechos Humanos”, Pág. 17. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tabras/7493.pdf>

El accionar deficitario del Estado chileno respecto de la protección de la Sra. Pavez lo ubican en un incumplimiento de su deber de protección estatal frente a la violencia, discriminación y otros daños, ya sea del propio Estado, individuos o grupos⁵³. El Estado chileno debió actuar de forma concordante con sus obligaciones internacionales y, sin embargo, convalidó la actuación arbitraria y disciplinadora de la autoridad religiosa fundada en la orientación sexual de la peticionante y la sucesiva cadena de actos que persistieron en la violación de sus derechos humanos. La Sra. Pavez fue sancionada indirectamente por ser lesbiana, por negarse a desistir del proyecto familiar y de vida elegidos y por no acordar a un acto de tortura como la terapia de conversión exigida.

IV. COMENTARIOS FINALES

Los instrumentos internacionales de derechos humanos reposan sobre la premisa fundamental de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos. La historia de la Sra. Pavez evidencia que dicha premisa es azarosa y que, para las personas LGBTIQ+, los derechos humanos son una aspiración entre tanta discriminación y violencia.

El proyecto de vida elegido por la Sra. Pavez - en cuanto al libre ejercicio de su vida privada, a sus relaciones íntimas y de familia, así como también a la elección y libre ejercicio de su profesión como maestra de religión - se vio arbitrariamente vulnerado por una decisión basada en su orientación sexual al imperio de una normativa que contraría el derecho internacional de los derechos humanos. Esto ubica al Estado chileno en un flagrante incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

La iglesia y sus miembros tienen derecho a profesar su religión libremente mientras no dañen a otras personas, como la Sra. Pavez. Asimismo, ella tiene derecho a vivir su orientación sexual como parte de su derecho a la privacidad también mientras no dañara a terceros, cosa que nunca hizo. El Estado no sólo avaló el accionar arbitrario y discriminatorio de las autoridades religiosas, sino que, al otorgar poderes de policía amplios a las instituciones religiosas en materia de enseñanza de religión con un andamiaje jurídico legal como el reseñado, creó un sistema que propicia y perpetúa la desigualdad estructural de las perso-

⁵³ Principios de Yogyakarta +10, Principio 30. Disponible en: http://yogyakarta-principles.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

nas LGBTIQ+ y violó el derecho a la privacidad, libertad y autonomía de la Sra. Pavez.

La Corte IDH tiene en este caso la oportunidad de robustecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para que se garantice la igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+ y para que la orientación sexual no sea un obstáculo para el ejercicio pleno de los derechos humanos, ni sea entendida en contraposición al derecho a la libertad religiosa.