

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CDH-26-2019/105

PAVEZ PAVEZ VS CHILE

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR

THE INTERNATIONAL CENTER FOR LAW AND RELIGION STUDIES
J. REUBEN CLARK LAW SCHOOL BRIGHAM YOUNG UNIVERSITY
PROVO, UTAH ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
6 DE MAYO DE 2021

DOI: 10.7764/RLDR.NE01.004

I. DECLARACIÓN DE INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

1. El presente escrito es presentado por el International Center for Law and Religion Studies (“ICLRS”), un instituto académico dentro de la Facultad de Derecho de Brigham Young University en los Estados Unidos. ICLRS escribe para aportar sus consideraciones y valoraciones técnicas sobre las importantes y entrelazadas preguntas que este caso presenta con respecto a los derechos de igualdad y libertad religiosa a fin de que éstas sean consideradas como útiles para el desarrollo de la jurisprudencia en esta materia.

2. ICLRS es un líder global en el estudio académico del derecho internacional y comparado concerniente a la religión, la libertad de religión o de creencia y los demás derechos que atañen a estos temas. ICLRS colabora con distinguidas instituciones académicas, gobiernos y la sociedad civil a través del mundo para organizar congresos, talleres y seminarios que cuentan con expositores destacados internacionales. Desde el año 2000 ICLRS ha realizado casi 900 eventos de este tipo en más de 50 países con el objetivo de fomentar entendimiento entre personas de distintas opiniones, difundir conocimiento técnico y fortalecer la pericia local en la materia. Frecuentemente, ICLRS presenta comentarios técnicos sobre proyectos de ley que afectan a la religión, hasta la fecha en más de 50 países. Genera libros y artículos continuamente sobre derecho y religión, a menudo en colaboración con expertos en el extranjero-

3. Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 44 del reglamento de

esta Honorable Corte¹, ICLRS tiene el interés legítimo de pronunciarse ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del presente *amicus curiae*.

4. Por otro lado, ICLRS no tiene ningún conflicto de intereses respecto de las partes y no recibirá ningún beneficio económico ni por elaborar este escrito ni como resultado del eventual fallo en el caso.

II. ALCANCE DEL PRESENTE AMICUS CURIAE

5. El caso Pavez Pavez v. Chile presenta varias cuestiones sobre la supuesta violación de múltiples derechos convencionales. Sin embargo, nos limitamos en este *amicus curiae* a la cuestión específica de la alegada discriminación en violación de los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El reclamo de discriminación está en el núcleo de la demanda. Todas las otras alegadas vulneraciones de derechos convencionales en este caso dependen de establecer el hecho de discriminación en el sentido contemplado en los artículos 1.1 y 24.

6. En este *amicus* también discutimos el artículo 12, Libertad de Conciencia y de Religión, y otros derechos relacionados al evaluar las alegaciones de discriminación, con énfasis especial en el análisis de proporcionalidad en el sentido estricto. Este caso presenta una oportunidad significativa para que la Honorable Corte considere por primera vez de forma contundente los derechos del artículo 12. Estos derechos están ampliamente reconocidos en otros cuerpos internacionales de derechos humanos, y la jurisprudencia de esos sistemas

¹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Art. 44 (diciembre de 2009).

podrá ayudar a la Honorable Corte a establecer su propia jurisprudencia a base de principios sentados.

7. **La pregunta sucinta presentada por este caso** es si corresponde al Estado o a una confesión religiosa la facultad de determinar la idoneidad de una maestra que representa a la confesión en las escuelas públicas, a efectos del derecho a la no discriminación establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Como se mostrará en el siguiente análisis técnico, esta facultad le corresponde a la confesión. Es una función religiosa y no una función pública. En consecuencia, no está implicada la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, el trato diferenciado alegado en el presente caso tiene una justificación objetiva y razonable de acuerdo con las exigencias de proporcionalidad en el sentido estricto.

III. LOS DERECHOS A LA IGUALDAD ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 24 SON DISTINTOS Y TIENEN APLICACIÓN EN DIFERENTES CIRCUNSTANCIAS Y POR DISTINTAS RAZONES, REQUIRIENDO UN ANÁLISIS DISTINTO DE CADA UNO EN EL PRESENTE CASO.

8. La discriminación es reprochable en todas sus formas, pero no toda diferencia de trato equivale a la discriminación a efectos de la Convención. Son dos los artículos de la Convención en base a los cuales se puede establecer una violación del derecho a la no discriminación: el artículo 1.1² y el artículo 24³. Aunque los representantes de la peticionaria y la Comisión se refieren a una vulneración indistinta a ambos preceptos, la Corte ha establecido una clara distinción en cuanto al ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Cada uno tiene un alcance distinto y requiere su propio análisis.

9. Así, la Honorable Corte ha afirmado en diversas ocasiones que:

“Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención”⁴.

² El artículo 1.1 de la Convención Americana establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

³ El artículo 24 de la Convención Americana establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁴ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 272. La Corte ha sostenido la misma distinción en su Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la

10. De este modo, los artículos aplicarían en distintos ámbitos. Así:

a. El artículo 1.1 de la Convención aplicaría, en palabras de la Honorable Corte, “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional”. Esto implica que para que exista una vulneración de este artículo, se deben dar las siguientes condiciones:

i. Debe existir necesariamente un impacto negativo (amenaza, privación, perturbación, etc.) en otro derecho, el cual debe estar consagrado en la Convención.

ii. Este impacto negativo en un derecho convencional debe ser producto de una discriminación.

De ahí que, como afirma la Honorable Corte, en estos casos necesariamente se incumplen dos derechos: el derecho sustantivo en cuestión y el derecho a la no discriminación, contemplado en el artículo 1.1⁵.

b. El artículo 24 de la Convención aplicaría cuando exista “una protección desigual de la ley interna o su aplicación”. Es decir, el precepto en cuestión aplica cuando:

i. La normativa interna establezca una protección que sea desigual en sí, a la luz de los fines perseguidos por la normativa; o

ii. Cuando haya tenido lugar una aplicación desigual de la normativa.

11. El artículo 1.1 establece una protección *subordinada*, es decir, una protección cuya aplicación depende de establecerse una afectación de otros derechos convencionales. En cambio, el artículo 24 establece una protección *autónoma* cuya aplicación no depende de la afectación de otros derechos convencionales.

12. Como han notado algunos comentaristas⁶, la diferencia entre ambas cláusulas no es la que habría entre una norma específica (contemplada en el artículo 1.1) y una norma genérica que la engloba (contemplada en el artículo 24). De ser así, cada vez que estuviera en juego el artículo 1.1 (la disposición específica) también estaría en juego la disposición más amplia del artículo 24. Sin embargo, la jurisprudencia consistente de la Honorable Corte ha presentado una disyuntiva⁷ entre casos que involucran diferencias de trato. Por cierto, existe una relación importante entre ambas normas y podría ocurrir que en un caso se vulneraran los dos artículos, pero por distintas razones específicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 64.

⁵ Como afirma la Corte: “se incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión.” Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 272.

⁶ Edward Jesús Pérez, *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos* (CNDH 2016), pág. 27.

⁷ *Ibid.*

13. En suma, los artículos 1.1. y 24 de la Convención tienen cada cual su distinto ámbito, requiriendo su propio y distinto análisis al evaluar una presunta violación de ellos en el presente caso.

IV. EL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN NO TIENE APLICACIÓN EN EL PRESENTE CASO

14. Empecemos con un análisis del artículo 24. Como punto de partida, recalamos que el ámbito del artículo 24 no es la ley interamericana sino la ley interna y la aplicación de ella por el Estado. Aplicaría el artículo 24 cuando exista “una protección desigual de la ley interna o su aplicación”⁸.

15. En su informe de fondo, la Comisión no realizó una evaluación de no discriminación fundada en el artículo 24. Si bien el informe refiere al artículo 1.1 en varios párrafos, apenas alude al artículo 24 una vez en el razonamiento de su decisión y de forma superficial, declarando someramente que la presunta discriminación por parte de Chile “resulta discriminatoria y violatoria de los artículos 24 y 1.1 de la Convención” (informe de fondo, párr. 62)⁹.

16. Ni los representantes ni la Comisión han argumentado que exista específicamente “una protección desigual de la ley interna o su aplicación”. En efecto, han imputado al Estado una cuestión distinta: El Decreto Supremo N° 924 y su aplicación habría implicado un impacto negativo en múltiples derechos de la peticionaria, configurando de este modo una afectación del artículo 1.1. de la Convención y no del artículo 24¹⁰.

17. El Decreto N° 924 del Ministerio de Educación chileno “reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales”¹¹. En ningún momento explican la Comisión y los representantes por qué el Decreto podría constituir una infracción del artículo 24 de la Convención. No explican por qué consagra una regulación que, en abstracto, resulta

⁸ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 272.

⁹ Todas las referencias en este amicus al “informe de fondo” se refieren a: Comisión IDH. Caso 12.997, Pavez Pavez v. Chile. Informe de fondo de 7 de diciembre de 2018. Informe No. 148/18.

¹⁰ Así, en su escrito los representantes sostienen que:

El trasfondo de este caso es el de un Estado Democrático de Derecho que permite que entidades religiosas intervengan, discriminatoriamente, en los asuntos de empleo público, y despidan a una persona objetivamente preparada para enseñar. (Escrito de los representantes, pág. 22.)

Existe una violación del artículo 23.1c) en conexión con el artículo 1.1 CADH por la discriminación por orientación sexual que sufrió la víctima. Pero, como es el Decreto Supremo N° 924 el que permite esta discriminación, en sí mismo, es contrario a la Convención, vulnerando a su vez el artículo 2 y 24 (cláusula autónoma de igualdad y no discriminación) de la CADH. (Escrito de la peticionaria, pág. 29 y 30).

¹¹ Decreto N° 924, Ministerio de Educación de Chile, 12 de septiembre de 1983, artículo 9° establece:

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 esta no lo revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir dicho cargo.

La autoridad religiosa correspondiente, podrá otorgar certificado de idoneidad a extranjeros para desempeñarse en establecimientos educacionales municipales y particulares.

Si el establecimiento educacional no cuenta con personal idóneo deberá requerirlo a la autoridad religiosa que corresponda, de acuerdo a la preferencia de los padres y apoderados.

discriminatoria. Tampoco explican por qué ha sido aplicado de forma discriminatoria por las autoridades nacionales.

18. De hecho, es difícil imaginar cómo el Decreto N° 924 podría ser discriminatorio en sí. La norma reconoce una facultad común a todas las confesiones religiosas en cuanto al derecho a impartir la enseñanza religiosa a quienes voluntariamente la requieran, y a habilitar a los profesores que enseñan a su nombre. No hay diferencia de trato. El Decreto reconoce exactamente las mismas potestades para todas las religiones.

19. Los hechos del presente caso tampoco implican una aplicación desigual del Decreto, pues no se ha alegado que confesión alguna habría recibido una facultad que sea diferente de la que el Estado otorga a todas.

20. La crítica de la Comisión y los representantes respecto del Decreto es muy distinta. Consiste en la alegación de que el Estado, por su Decreto Supremo N° 924, establecería una “delegación ... en términos absolutos, sin establecer salvaguardas para evitar que se realizara de forma arbitraria o violatoria de derechos fundamentales” (informe de fondo, párr. 60). El supuesto vicio omisivo es el de no precaver una posible discriminación en relación con otros derechos. Esta es la hipótesis del artículo 1.1, no la del artículo 24.

21. Es cierto que el ESAP alude a una pretendida

“violación del artículo 23.1c) en conexión con el artículo 1.1 CADH por la discriminación por orientación sexual que sufrió la víctima. Pero, como es el Decreto Supremo N° 924 el que permite esta discriminación, en sí mismo, es contrario a la Convención, vulnerando a su vez el artículo 2 y 24 (cláusula autónoma de igualdad y no discriminación) de la CADH”.

22. Pero esta reclamación no se dirige a establecer que existe una protección o aplicación desigual de la ley interna. Aunque existe aquí una alusión al artículo 24, lo cierto es que la sustancia del reclamo cae bajo la hipótesis del artículo 1.1.

23. En resumen, el Decreto Supremo N° 924 se adecúa plenamente a las exigencias planteadas por el artículo 24. La Comisión pasó por alto las distinciones entre los artículos 1.1. y 24 en su informe de fondo al declarar someramente que Chile había violado el artículo 24. Ni la Comisión ni la peticionaria han alegado condiciones para que se vea involucrado el artículo 24. El Decreto no es violatorio del artículo 24, ni en abstracto ni en su aplicación por el Estado. Por lo tanto, el artículo 24 de la Convención no tiene aplicación en el presente caso. Para realizar una evaluación de no discriminación en este caso, lo más preciso sería realizarla a la luz del artículo 1.1. de la Convención, y no del artículo 24.

V. LA TEORÍA DE “DELEGACIÓN” DEL PODER DEL ESTADO ES INCORRECTA EN EL PRESENTE CASO Y ES INSUFICIENTE PARA QUE SE VEAN INVOLUCRADOS EL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.

24. Antes de dejar el análisis del artículo 24 de la Convención, es importante evaluar la teoría de “delegación” de los poderes del Estado sobre la cual parece basarse la crítica al Decreto N° 924.

25. El artículo 24 tiene que ver con discriminación perpetrada por el Estado o atribuible al Estado con respecto a la ley interna y su aplicación. El artículo 24 establece igualdad “ante la ley” y la igual protección “de la ley”, precisamente la ley interna. Este es su ámbito. La ley y su administración quedan dentro de la esfera del Estado y no la de particulares. La realidad lamentable es que particulares también cometen actos de discriminación arbitraria. Pero el derecho contenido en artículo 24 de la Convención concierne específicamente a discriminación *atribuible* al Estado.

26. Este punto resalta abundantemente en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, el caso *Edmonson* de la Suprema Corte de Estados Unidos, hablando de la igual protección de la ley garantizada por la Enmienda 14 constitucional, reitera la doctrina muy sentada de que “la discriminación, aunque odiosa en todos los contextos, viola la Constitución únicamente cuando puede atribuirse a la acción del Estado”¹².

27. Ahora bien, en ciertas circunstancias, la discriminación por particulares puede resultar en discriminación por parte del Estado. Esto ocurre cuando las acciones u omisiones de una persona privada o un ente privado son *atribuibles* a la acción del Estado a tal grado que es como si el Estado mismo hubiera actuado. Seguramente, esto es lo que la Comisión intentaba explicar cuando señaló en su informe de fondo que “fue el Estado el que **delegó un componente de la función pública a entes no estatales**, como las autoridades religiosas” (el énfasis es nuestro) (informe de fondo párr. 60).

28. Sin más explicación, la Comisión aceptó que la supuesta delegación era suficiente para que las autoridades religiosas fungieran en calidad de representantes del Estado con las mismas responsabilidades que tiene el Estado respecto de la igualdad al decidir si concede o no un certificado de idoneidad a profesores confesionales. Por cierto, la Comisión nunca trazó una conexión entre la supuesta delegación de esta responsabilidad y el artículo 24 de la Convención.

29. Hay que señalar, que la mera delegación de un poder estatal no significa que los actos

de los particulares en sí sean equivalentes a actos del Estado. Para que las acciones de un actor no estatal sean consideradas como acciones del Estado, la delegación en cuestión es sólo un elemento entre otros que se deben examinar¹³. En esto la conclusión de la Comisión es superficial.

30. Para examinar la cuestión con la precisión debida, debemos preguntar, ¿Cuál es el poder estatal supuestamente delegado en el presente caso? Es únicamente el poder de determinar si certificar o no la idoneidad de profesores confesionales, ni más ni menos. No es el poder de emplear, trasladar, disciplinar o despedir a un funcionario público, todo lo cual permanece dentro de la competencia exclusiva de las autoridades estatales.

31. En otros contextos no estatales –que quede claro– la confesión misma es el titular exclusivo del poder de escoger y autorizar a las personas que serán sus representantes para

¹² Corte Suprema de Estados Unidos. *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 500 U.S. 614 (1991), pág. 619. La traducción es nuestra. La versión original: “discrimination, though invidious in all contexts, violates the Constitution only when it may be attributed to state action”.

¹³ Véase, por ejemplo, *Developments in the Law—State Action and the Public/Private Distinction*, 123 Harv. L. Rev. 1248–1260 (2010); Wilson R. Huhn, *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, 34 Hofstra L. Rev. 1379 (2006).

enseñar su doctrina. Si el Estado dictase tales decisiones a la confesión, violaría los principios más básicos de una sociedad democrática y pluralista¹⁴. Implicaría la vulneración de varios derechos fundamentales nacionales e internacionales, incluso los derechos establecidos en la Convención Americana en sus artículos 12 (libertad de conciencia y de religión), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), y 16 (libertad de asociación). (La manera en que se vulnerarían estos derechos se explica más adelante.)

32. La duda surge en el presente caso porque las circunstancias involucran a la educación pública. Para contestar la duda, sirve precisar cuáles son las diferencias entre el presente contexto, supuestamente estatal, y el contexto general en el que sería repugnante a los derechos humanos y la sociedad democrática si el Estado se inmiscuyera en la decisión.

33. Se trata del mismo poder en ambos contextos, el poder de habilitar a profesores que representan a la confesión. En el contexto general, ¿la confesión posee este poder gracias a una delegación del Estado? No. En el contexto del presente caso, ¿la confesión posee este poder gracias a una delegación del Estado? No. Lo contrario sería imposible a menos que el Estado primero se apoderara del poder, el cual la confesión posee inherentemente, y entonces se lo devolviera por “delegación”. Más aún, el Estado enfáticamente no posee el poder para escoger y autorizar a un representante religioso en ninguno de los contextos.

34. Por consiguiente, no hay delegación de un poder estatal en este caso sino un reconocimiento por parte del Estado en el Decreto N° 924 de un poder inherente del cual el Estado no es titular sino la confesión. En otras palabras, no existe una delegación de un poder estatal porque el Estado nunca poseyó en primer lugar ese poder para poder delegarlo.

35. La Comisión alega que el poder es estatal por ser “componente de una función pública” (informe de fondo párr. 60). Aun aceptando que esta suposición es correcta en gracia de argumento, el Estado chileno no podría pretender ejercer ese poder sin violar los artículos 12, 13 y 16 de la Convención Americana. Asimismo, violaría los artículos homólogos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a saber, 18 (religión y conciencia), 19 (expresión y opinión) y 22 (asociación), junto con la separación entre Estado y religión consagrada constitucionalmente en Chile desde 1925. Determinar la idoneidad de un representante religioso es una función religiosa y no una función pública como supone la Comisión. ¿Cómo puede el Estado dictar a una confesión religiosa cuáles serán sus representantes si la confesión no reconoce la representación?¹⁵

36. El Decreto Supremo N° 924 incorpora un aprecio patente y coherente del hecho de que las confesiones –y no el Estado– son titulares del derecho a determinar la idoneidad de los profesores que enseñan a su nombre. Está de más mencionar que las autoridades educacionales del Estado por medio de otras normativas reservan para sí la evaluación de la formación profesional de otros tipos de profesores. Pero con respecto al tipo de educación religiosa contemplada en el Decreto, el Estado correctamente se mantiene al margen de esta determinación.

¹⁴ Sería una situación similar a la producida durante los abusos más grandes de la época del Patronato regio, cuando la Corona española dictaba quiénes ocuparían los puestos eclesiásticos en las Américas y controlaba la religión para sus propios fines políticos.

¹⁵ Por cierto, algunos Estados en el mundo actual insisten precisamente en hacer esto, ninguno de ellos amigos de los derechos humanos.

37. La educación religiosa a que se refiere el Decreto no es una función del Estado, aun cuando el Estado facilita su provisión en las escuelas públicas. Es confesional y voluntaria. No está dentro de los requisitos educacionales que impone el Estado para la graduación. Los padres y tutores deciden si sus hijos y pupilos participarán de las clases o no. Este tipo de educación está perfectamente acorde con lo que dispone el artículo 12.4 de la Convención que establece que “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

38. Por otra parte, el personal que enseña estas clases representa a las confesiones cuya doctrina religiosa está siendo presentada. La enseñanza contempla una catequesis. Tiene el fin de inspirar a los estudiantes e inculcarles una fe concreta –la suya– y no solamente informarles en forma general y académica de sus preceptos. Por eso la idoneidad de los profesores queda en manos de las confesiones. Es necesario para la experiencia de catequesis que las confesiones y sus adherentes tengan confianza en la idoneidad y lealtad de los profesores quienes son sus representantes y han de profesar su doctrina a la satisfacción de la confesión y sus creyentes. A medida que la educación religiosa en Chile sea una catequesis, no es una función pública, y los profesores no fungen como funcionarios públicos sino representantes religiosos.

39. Aun si los profesores de estas clases confesionales están “asimilados al régimen de remuneraciones y previsión vigente aplicable al personal de los establecimientos educacionales donde se empeñan”¹⁶, no son empleados de aquellos establecimientos en el sentido ordinario. El certificado de idoneidad es un permiso que tienen para enseñar la materia. Este permiso lo sacan de las autoridades de la confesión y no del Estado. La materia que enseñan tampoco es del dominio del Estado. Estos profesores son, en efecto, licenciarios de la confesión. El Estado simplemente facilita la provisión de las clases como acomodación a los padres y tutores. Los profesores representan a la confesión que les da el permiso para enseñar a los niños de los padres y tutores que han elegido que sus hijos y pupilos sean catequizados en la fe de acuerdo con sus propias convicciones.

40. Entendiendo estos hechos, es fácil ver por qué no tiene sentido que una persona insista que el Estado la haga representante y profesora de una confesión si la confesión no reconoce esa representación. De hecho, si el Estado impusiera una profesora religiosa no reconocida por la confesión, sería una forma de obligar que los niños se instruyan de una manera contraria a sus convicciones o a las de sus padres o tutores. Esto contravendría los derechos del niño articulados en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], que dispone en su artículo 5.2 que:

“Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus

¹⁶ Decreto Nº 924, Ministerio de Educación de Chile, 12 de septiembre de 1983, artículo 11º.

*padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño” (el énfasis es nuestro)*¹⁷.

41. Para resumir, la teoría de “delegación” de un poder del Estado a las autoridades religiosas por medio del Decreto N° 924 no es correcta. La actuación de las autoridades religiosas en el presente caso, aun aceptando que las circunstancias involucran a la educación pública, no es atribuible al Estado. No existe una delegación de poder estatal a las autoridades religiosas porque el Estado no puede delegar un poder que ni posee ni podría ejercer lícitamente si lo poseyera. Determinar la idoneidad de un representante religioso no es una función pública sino religiosa. Aun aceptando en gracia de discusión que es una función pública, no tiene sentido que el Estado presuma imponer un representante y profesora de una confesión si la confesión misma no reconoce la representación. Tal imposición contravendría los derechos humanos universalmente reconocidos. Por medio del Decreto N° 924, el Estado chileno correctamente reconoce los límites de su propia competencia. La educación religiosa prevista en el Decreto es confesional y voluntaria. No es requerida por el Estado como un componente de la educación pública. La regulación de su enseñanza queda fuera del dominio estatal. Por lo tanto, no hay una base suficiente para que se vean involucrados el artículo 24 de la Convención ni la responsabilidad internacional del Estado.

VI. LA DIFERENCIA DE TRATO ALEGADA EN EL PRESENTE CASO SE JUSTIFICA DE ACUERDO CON LOS MÉTODOS USADOS POR LA HONORABLE CORTE PARA EXAMINAR ALEGACIONES DE DISCRIMINACIÓN.

42. Sin perjuicio de lo anterior, ahora pasamos a examinar la alegada discriminación perpetrada contra la peticionaria de acuerdo con métodos usados por la Corte. Esta sección VI del presente *amicus* mostrará que la presunta diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable. Ni siquiera bajo los exigentes estándares posteriormente señalados el Estado incurrió en una discriminación. Este análisis sirve para evaluar reclamos de discriminación en virtud tanto del artículo 1.1. como del artículo 24, pero cabe señalar que por otras razones explicadas arriba el artículo 24 no tiene aplicación en el presente caso.

A. EL TEST INTERAMERICANO DE PROPORCIONALIDAD

43. Como ha sostenido la Honorable Corte, y reitera la Comisión en su informe de fondo, no toda diferencia de trato es contraria a la Convención¹⁸. En este sentido,

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], artículo 5.2.

¹⁸ “La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. [...]” Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 285.

“la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”¹⁹.

44. De lo anterior se desprende que para evaluar si una diferencia de trato es discriminatoria, se debe determinar si ésta persigue “un fin legítimo” y si existe una “relación de razonable proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”. Esta evaluación definida por la Honorable Corte es la misma utilizada en la gran mayoría de jurisdicciones del mundo, y se conoce como el *test* o examen de proporcionalidad.

45. Más aún, la Honorable Corte ha especificado el uso de un “escrutinio estricto” en el análisis de un trato diferenciado que implica una categoría sospechosa. La evaluación de proporcionalidad usando escrutinio estricto incorpora elementos especialmente exigentes:

*“la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que **el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso**. El medio escogido debe ser **no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario**, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de **proporcionalidad en sentido estricto**, conforme al cual **los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma**” (el énfasis es nuestro)²⁰.*

46. En su informe de fondo, la Comisión esboza esencialmente el mismo *test*, señalando que es aquel que debiera aplicarse en estos casos (cf., informe de fondo, párr. 41). Sin embargo, la Comisión no desarrolló una evaluación usando el *test*, considerando que la diferencia de trato “no contó con una justificación mínima” (informe de fondo, párr. 62). En este escrito intentamos un análisis más completo.

B. LA EVALUACIÓN DE LA PRESUNTA DIFERENCIA DE TRATO USANDO EL TEST DE PROPORCIONALIDAD, AUN EN SU SENTIDO ESTRICTO, RESULTA EN LA CONCLUSIÓN

¹⁹ Corte IDH. Caso Espinoza González v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 219. Véase también Corte IDH. Caso Flor Freire v. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 125; Corte IDH. Caso Montesinos Mejía v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 125.

²⁰ Corte IDH. Caso I.V. v. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

DE QUE LA DIFERENCIA TIENE UNA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE.

47. Asumiendo en gracia de argumento que el presente caso requiere la aplicación del test de proporcionalidad en su sentido estricto, pasamos ahora a una evaluación de los elementos que comprenden el test: 1) un **fin imperioso**; 2) la **idoneidad y necesidad** de la medida escogida para perseguir ese fin; y 3) una ponderación para determinar si los **beneficios de la medida son claramente superiores a las restricciones** que ella impone a principios convencionales afectados por la misma.

1) FIN IMPERIOSO

48. La Honorable Corte no ha definido qué distingue un fin “imperioso” de uno simplemente “legítimo”. Pero la jurisprudencia da algunos antecedentes. Así, por ejemplo, el interés superior del niño²¹ y la protección de la vida, la integridad física y de la salud han sido entendidos como fines legítimos e “imperiosos”²².

49. En el derecho comparado la formulación estándar del test de proporcionalidad exige un fin legítimo, pero en algunas jurisdicciones se exige un fin semejante al concepto de fin imperioso, a saber, un fin “de suficiente importancia para justificar superar un derecho o libertad constitucionalmente protegido” o un fin “apremiante y sustancial”, como ocurre con parte de la jurisprudencia canadiense –aunque en este último caso, como ha explicado Vicky Jackson, los tribunales canadienses “en la práctica rechazan el fin del gobierno sólo si éste es ilegítimo o no existe”²³.

50. Con todo, de los precedentes referidos, se puede desprender que la Honorable Corte considera cumplido este requisito al menos cuando:

- a. El fin buscado es la satisfacción de un derecho o principio consagrado en la Convención (como es el caso de la salud, la vida, el interés de los niños o la integridad física).
- b. Este derecho convencional se encuentra sustancialmente comprometido (y no sólo de forma incidental o marginal).
- c. Este derecho convencional se encuentra realmente comprometido en la situación (por oposición a una mera realización especulativa o eventual).

En el presente caso existe un fin convencionalmente imperioso que justifica la diferencia de trato. Es la protección de la libertad de conciencia y de religión consagrada en el artículo 12 de la Convención²⁴, junto con otras protecciones convencionales relacionadas que señalamos abajo.

²¹ 151 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 108. Corte IDH. Caso López y otros v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 172.

²² Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 268. Corte IDH. Caso I.V. v. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 245.

²³ Vicky C Jackson, *'Constitutional Law in an Age of Proportionality'* (2015) 124 Yale Law Journal, pág. 3112 nota 81. Sujit Choudhry, *'So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter's Section 1'* (2006) 34 Sup Ct LR 501, 509–10.

52. Es muy notable que la Comisión no menciona ni considera el artículo 12 en su informe de fondo. La Comisión descartó la defensa del Estado chileno basada en la libertad religiosa y la separación Estado-religión consagrada en la Constitución Política de Chile. La defensa sostenía que el Estado no podía inmiscuirse en decisiones sobre la idoneidad de profesores catequistas de religión. La Comisión erróneamente concluyó que tales decisiones estaban dentro de los poderes estatales. Razonó que, siendo poderes estatales, el hecho de que el Estado los hubiera delegado a las autoridades religiosas a través del Decreto Supremo N° 924 no excusaba al Estado de su responsabilidad internacional. Es decir, el Estado retenía la supervisión de los poderes delegados, y debió exigir que las autoridades religiosas los desempeñasen con la misma responsabilidad que tendría el Estado (véase informe de fondo párrafos 58-61). En fin, la “teoría de delegación”, ampliamente refutada arriba, prevaleció en llevar a la Comisión a no mencionar ni considerar la relevancia del artículo 12 como un posible factor cuando llevó a cabo su evaluación incompleta de la proporcionalidad. Considerar el artículo 12 en el análisis hubiera sido esencial para la evaluación, aun aceptando la supuesta “delegación”.

53. El artículo 12 de la Convención merece la cuidadosa consideración de la Honorable Corte para no caer en el mismo error. El artículo establece un derecho fundamental convencional, uno de los pocos derechos altamente reconocidos como inderogables en el derecho internacional.

54. El artículo 12.4 establece que los padres y tutores “tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. De ninguna manera se debe pasar por alto esta consideración al evaluar la proporcionalidad de la presunta diferencia de trato en el caso presente. El artículo 12.4 reconoce a los padres y tutores –no al Estado– como titulares de este derecho. La cuestión de la idoneidad en el presente caso está intrínsecamente ligada al derecho de los padres y tutores. Esta es otra muestra de por qué el Estado no tiene competencia alguna –y por tanto tampoco la puede delegar– para determinar la idoneidad religiosa de una profesora de una religión determinada.

55. Para reiterar otro punto ya mencionado, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la ONU en 1981, declara semejante derecho para los niños mismos:

²⁴ El artículo 12 de la Convención Americana, Libertad de Conciencia y de Religión, establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

“Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño” (el énfasis es nuestro)²⁵.

56. Si el Estado hubiera aceptado la pretensión de la peticionaria y la hubiera reintegrado como profesora religiosa de una confesión que no la reconocía como tal, sería una forma de obligar que los niños se instruyan de una manera contraria a sus convicciones.

57. Además, el artículo 12 de la Convención reconoce otros derechos relevantes que se tienen que considerar en el presente caso: El artículo 12.1 implica necesariamente el derecho a definir los contenidos de lo que se cree y se enseña y también a “divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente”. El artículo 12.2 establece que “Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias...”. Imponer a una profesora, desaprobada por la confesión a la que pretende representar, para que inculque las enseñanzas de esa confesión en los niños impediría la profesión y divulgación de las creencias y sería una “medida restrictiva” que podría “menoscabar la libertad” de los niños y sus padres y tutores “de conservar su religión o sus creencias”. De acuerdo con el artículo 12 de la Convención, incisos 1, 2 y 4, el Estado chileno claramente no puede y no debe efectuar tal imposición.

58. Otros derechos convencionales implicados en tal imposición son los artículos 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 16 (libertad de asociación) de la Convención. El artículo 13.1 establece en su parte relevante que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. El artículo 16.1 dispone en la parte relevante que “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, [y] religiosos, [etc.]...”. Sería violatorio de estos derechos que el Estado obligara a un grupo de adherentes de una religión, incluso a los padres y tutores de niños escolares, a aceptar la idoneidad y representación de una profesora cuya idoneidad y representación el grupo no reconoce. Implicaría una invalidación por parte del Estado de las asociaciones y pensamientos que esas personas han escogido, poniéndolos en un rango inferior a las ideas y asociaciones impuestas por el Estado. Esto sería contrario a los principios más básicos de una sociedad democrática.

59. Asimismo, otro derecho comprometido es el principio de separación entre religión y Estado consagrado en la Constitución Política de Chile. Además de ser un principio de libertad importante por sus propios méritos, también implica las garantías consagradas en la Convención Americana. El artículo 29 de la Convención contiene las normas para su interpretación. Según estas normas:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...” (el énfasis es nuestro).

²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55], artículo 5.2.

Las pretensiones de la peticionaria requerirían una interpretación de la Convención que sea contraria al goce de esta libertad, la cual está reconocida en las leyes chilenas (y en las leyes de la gran mayoría de los otros Estados Partes).

60. Todos estos derechos convencionales se encuentran sustancialmente comprometidos y no sólo de forma incidental o marginal. La pretensión de la peticionaria de que le sea reasignada la labor de impartir la clase de religión católica afectaría a estos derechos gravemente. El Estado interferiría de forma palpable, concreta y ostensible en la selección de los representantes de la comunidad religiosa frente a sus mismos fieles y por esa vía estableciendo límites en cuanto a los contenidos de la enseñanza de una religión en particular.

61. Esto distingue nítidamente a este caso de otros en que, si bien la Corte ha reconocido que el fin alegado por el Estado sería *a priori* legítimo e imperioso, ha descartado su aplicación efectiva en el caso.

62. Así, por ejemplo, en el caso *Atala*, si bien la Corte concedió que el interés superior de los niños alegado como fin legítimo por el Estado constituía un objetivo válido, éste no había demostrado que dicho fin se encontraba efectivamente comprometido en el caso concreto. En efecto, el Estado simplemente aludió a dicho fin, pero no demostró su afectación en el caso de que el Estado hubiera obrado de acuerdo con las pretensiones de la víctima. Así, la Corte sostuvo que “la sola referencia al mismo”, sin que el Estado pudiera “probar, en concreto” que dicho fin estuviera comprometido, no satisface las exigencias de este primer subprincipio del examen de proporcionalidad²⁶. En fin, los derechos en el presente caso estarían realmente comprometidos en la situación (por oposición a una mera realización especulativa o eventual).

63. En suma, para los propósitos de satisfacer el test de proporcionalidad en el sentido estricto en el caso de trato diferenciado alegado por la peticionaria, hay un claro fin convencional imperioso que consiste en la protección de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 12.1, 12.2, 12.4, 13.1 y 16.1 de la Convención.

2) IDONEIDAD Y NECESIDAD

64. **Idoneidad:** La exigencia de idoneidad implica que la medida sea “efectivamente conducente” para alcanzar el fin imperioso perseguido. En la metodología de la Honorable Corte, esto mismo se evalúa a nivel del fin legítimo o imperioso, el que debe estar realmente comprometido en el caso concreto y no de forma meramente hipotética. Esto equivale a decir que la medida evaluada es, en concreto, idónea, pues si el fin está realmente en juego (y no sólo de modo hipotético o nominal) debe ser porque la medida del Estado que se evalúa es, o ha sido, apta para lograrlo en el caso concreto.

Es precisamente lo que recién se ha demostrado en el apartado anterior: que la diferencia de trato se conecta directamente con el fin imperioso. Esto queda claramente en evidencia por el hecho de que, si el Estado hubiera suprimido tal revocación o no le hubiera reconocido el efecto jurídico consistente en la pérdida de efecto del mandato de la iglesia al docente para enseñar en su nombre, la libertad religiosa y los demás derechos convencionales

implicados se habrían vistos severamente afectados.

²⁶ Corte IDH, Atala Riffo e Hijas v. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 110-111.

65. Asimismo, la literatura ha identificado que, si una medida es necesaria, forzosamente será idónea²⁷, siendo la utilidad del test de idoneidad la de servir como filtro de casos especialmente simples, en los que se carece siquiera de la mínima conexión racional entre el fin buscado y la medida adoptada por el Estado²⁸. Como se ha establecido, no es este el caso.

66. **Necesidad:** La Honorable Corte ha formulado el examen de necesidad de la siguiente manera: “El medio escogido debe ser ... necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo”²⁹.

67. Esta formulación es coherente con la más autorizada doctrina en esta materia. Así, por ejemplo, Robert Alexy ha entendido el examen de necesidad como exigiendo, en relación con la satisfacción de dos principios opuestos, “que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2”³⁰.

68. En consonancia con lo anterior, el magistrado y tratadista Carlos Bernal Pulido considera que el examen de proporcionalidad implica una “comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos”. Así, el examen de necesidad tiene dos elementos copulativos: (a) Si el medio alternativo “reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última” y, (b) Si el medio alternativo “afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor”³¹.

Asimismo, el ex magistrado de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak, en su tratado sobre el tema, y siguiendo a Bernal Pulido, agrega un elemento adicional: que “los demás parámetros se mantengan inalterados”, es decir, que el medio alternativo hipotético no tenga costos adicionales para otros derechos o bienes públicos relevantes³². Esta precaución ha sido expresada también por magistrados conscientes de que la elaboración hipotética de medios alternativos puede llevar a excesos simplistas, pues en abstracto es muy simple proponer medios alternativos, especialmente si se realiza sin ninguna consciencia de los costos e impactos en otros derechos³³. Así, la elaboración de medios alternativos debe hacerse con especial cautela y rigor.

²⁷ Véase Julian Rivers, “A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution”, prólogo a la edición en inglés de Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2002) pág. xxxi. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012) pág. 316.

²⁸ Véase Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” (2007) 57 2 University of Toronto Law Journal pág. 389.

²⁹ Corte IDH. Caso I.V. v. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

³⁰ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (2002) 22 66 Revista Española de Derecho Constitucional pág. 14.

³¹ Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* (4ta ed., Universidad de Externado de Colombia 2014) pág. 738.

³² Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012) pág. 324.

69. En este caso resulta evidente que, en el caso concreto, no existía un medio alternativo que hubiese permitido realizar al mismo nivel la libertad religiosa y que a su vez hubiera afectado de manera menos gravosa los intereses de la presunta beneficiaria. En ese sentido, ella no se vio perjudicada en el contenido protegido de sus derechos, y sólo se vio afectado su interés de seguir impartiendo la clase de religión católica –interés que no puede ser elevado al nivel de derecho, y menos absoluto, por sobre la decisión de la comunidad religiosa.

70. Por de pronto, ni los representantes ni la Comisión han propuesto ningún medio alternativo menos gravoso a la peticionaria que sea capaz de realizar el fin legítimo e imperioso de preservar un aspecto esencial de la libertad religiosa.

71. Ni podrían hacerlo tampoco, pues es evidente que las medidas y regulación del Estado están rigurosamente acotadas a producir el reconocimiento igualitario de la libertad religiosa que logra la institucionalidad, afectando lo menos posible otros intereses involucrados.

72. Como se ha establecido, es un fin legítimo e imperioso, aceptado altamente en la jurisprudencia internacional y nacional de Derechos Humanos, que las confesiones religiosas puedan definir los contenidos de sus enseñanzas, lo que implica, entre otras cosas, definir también quién enseña por ellas como parte de la autonomía que surge de la libertad religiosa. En el ámbito educacional el Estado chileno está obligado a asegurar a los padres el derecho a que sus hijos reciban educación moral o religiosa que sea acorde con sus propias convicciones (artículo 12.4 de la Convención). Esta exigencia requiere que quien enseña una religión sea reconocido como idóneo según los criterios de esa misma religión, y no aquellos del Estado. En Chile, el Estado satisface este requisito mediante lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 924, que exige que quien imparta clases de una religión en particular sea reconocido por quienes representan a esa comunidad frente al Estado.

73. En el caso concreto, la libertad de la Iglesia Católica de definir quién enseña a su nombre no podía ser realizada por un medio menos gravoso que por la vía de que el Estado reconociera el acto revocatorio del certificado de idoneidad de la peticionaria por parte de

³³ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, [2014] 3 WLR 200, párr. 75, citando al juez de la Corte Suprema de EE.UU., Harry A. Blackmun, donde se sostiene en relación al test de necesidad:

“Como afirmara el magistrado Blackmun, un juez sería efectivamente poco imaginativo si no pudiera ocurrírsele algo menos drástico o un poco menos restrictivo en casi cualquier situación, y de ahí habilitarse para votar a favor de declarar la legislación inconstitucional (*Illinois State Board of Elections v Socialist Workers Party* (1979) 440 US 173, 188–189); especialmente, uno podría agregar, si el juez no es consciente de los temas prácticos relevantes e indiferente a consideraciones de costo.”

Traducción nuestra. La versión original:

“as Blackmun J. once observed, a judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less drastic or a little less restrictive in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down (*Illinois State Board of Elections v Socialist Workers Party* (1979) 440 US 173, 188–189); especially, one might add, if he is unaware of the relevant practicalities and indifferent to considerations of cost.”

La misma idea es sostenida por Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012) pág. 324-325, aludiendo a su reconocimiento también en la Corte Constitucional de Sudáfrica, en *S. v. Manamela*, 2000 (3) SA 1 (CC), párrs. 95 y 43.

la diócesis de San Bernardo, y rechazara interferir en él. Cualquier medida que hubiera adoptado el Estado para mantener a la peticionaria como profesora de religión católica habría significado un sacrificio de un aspecto nuclear de la libertad religiosa del artículo 12 de la Convención, y una violación de los deberes del Estado de acuerdo con el mandato específico de su artículo 12.4.

74. En este sentido, es imposible afirmar que hubiera medios alternativos a los adoptados que fueran igualmente efectivos en realizar el fin legítimo e imperioso y a la vez que fueran compatibles con la pretensión de la presunta víctima. De ahí que la acción estatal también apruebe la exigencia de necesidad.

75. Lo anterior es ratificado por la jurisprudencia internacional. La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Travas v. Croacia*, referido a un caso muy similar al actual, formuló el siguiente criterio en relación con la exigencia de necesidad para situaciones de este tipo:

“... El Estado debía asegurar que la impugnada interferencia con los derechos del demandante no fuera más allá de lo necesario para eliminar cualquier riesgo a la autonomía de la Iglesia y no sirviera ningún otro propósito no relacionado con tal autonomía”³⁴.

76. Es decir, las medidas deben estar rigurosamente ajustadas a lo necesario para preservar la autonomía de las iglesias para definir quiénes están habilitados para enseñar por ellas.

77. Habiendo establecido este requisito, el Tribunal aplicó esta exigencia a los hechos del caso:

“En este contexto, la Corte le atribuye especial importancia al hecho de que el demandante no fue despedido directamente luego de la revocación de su mandato canónico por parte de la Iglesia. Aunque la instrucción del Ministerio sugiere lo contrario, los colegios terminaron su contrato de empleo solo después de examinar la posibilidad de encontrarle otro puesto adecuado (ver párrafos 15 y 16 arriba). Tal conducta de parte de los colegios fue considerada correcta por parte de la Corte Constitucional (ver párrafo 23 arriba). Más aún, el demandante tuvo derecho a una indemnización, la que, de acuerdo con la afirmación no disputada del gobierno, se le ha sido pagada debidamente (ver párrafos 15 y 19 arriba), y tenía la posibilidad abierta de reclamar seguro de cesantía (ver párrafo 37 arriba; comparar con Fernández Martínez, citado arriba, párrafo 146). El demandante no ha argumentado, y no hay razón para que la Corte dude, que los esfuerzos hechos por los colegios no fueron genuinos. En la opinión de la Corte, ellos representan un esfuerzo particularmente importante del Estado de encontrar un balance entre la protección de la posición privada y profesional del demandante y el ejercicio de la autonomía de la Iglesia.”³⁵

³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Travas v. Croacia* (2016), párr. 102. La traducción es nuestra. En el original en inglés la Corte afirma:

“...the State was required to ensure that the impugned interference with the applicant’s rights did not go beyond what was necessary to eliminate any risk for the Church’s autonomy and did not serve any other purpose unrelated to the exercise of that autonomy...”

³⁵ *Id.*, párr. 103. La traducción es nuestra. En el original:

78. De este fallo conviene destacar lo siguiente. En el criterio del Tribunal en *Travas*, las exigencias de una habilitación por parte de la autoridad religiosa correspondiente en términos similares a los del ordenamiento chileno son lícitas.

79. Con todo, el Estado debe asegurar que estas no impliquen necesaria y automáticamente más efectos negativos para el afectado que la imposibilidad de realizar clases de la religión respectiva.

80. Un ejemplo de aquel efecto negativo repudiado por el Tribunal sería que la pérdida de la habilitación para realizar clases de la religión respectiva conllevara, necesaria y automáticamente, el despido del establecimiento educacional en el que se trabaja. Si este fuera el caso, existiría un medio alternativo menos invasivo para realizar el fin legítimo en cuestión, a saber, una regulación que solamente impidiera la realización de clases de la religión específica respecto de la cual no se cuenta con la habilitación, sin implicar ninguna consecuencia adicional en términos laborales.

81. En el caso de la regulación croata evaluada por el Tribunal, la pérdida de la habilitación no implicaba el despido ni *de iure* ni *de facto*. De ahí que el Tribunal, en el caso concreto, reconociera especialmente el esfuerzo del Estado por minimizar el impacto de la medida, por la vía del esfuerzo de los dos colegios en que hacía clases el Sr. Travas de “examinar[an] la posibilidad de encontrarle otro puesto adecuado”³⁶. El Tribunal insiste en este punto al afirmar que “considera importante reiterar que la revocación del mandato canónico del denunciante no llevó directamente a su despido”,³⁷ aun cuando en el caso concreto el denunciante fuera efectivamente despedido al no encontrarse un puesto adecuado para él.

82. Todo lo anterior ilustra un criterio ampliamente aceptado en relación con el examen de necesidad, que es el siguiente: el test de necesidad se satisface cuando los medios han sido rigurosamente ajustados al fin legítimo.³⁸ En efecto, cuando esto ocurre, es claro que no existirá un medio menos gravoso.

83. Estos estándares son ampliamente satisfechos por la acción del Estado en el caso que

“In this context, the Court attaches particular importance to the fact that the applicant was not dismissed directly following the withdrawal of his canonical mandate by the Church. Although the Ministry’s instruction suggested to the contrary, the schools terminated his contract of employment only after examining the possibility of finding him another suitable post (see paragraphs 15 and 17 above). Such a conduct by the schools was found to be correct by the Constitutional Court (see paragraph 23 above). Moreover, the applicant was given the right to an indemnity, which, according to the Government’s uncontested assertion, has been duly paid to him (see paragraphs 15 and 69 above), and it was open to him to claim unemployment benefit (see paragraph 37 above;

³⁶ Id.

compare to Fernández Martínez, cited above, § 145). The applicant has not argued, and there is no reason for the Court to doubt, that the efforts made by the schools were not genuine. In the Court's view, they represented

³⁷ Id., párr 107. Traducción nuestra. En el original: "It is important to reiterate that the withdrawal of the applicant's canonical mandate did not directly lead to his dismissal."

³⁸ Véase Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012), pág. 333-335. Como indica Barak, la afirmación es correcta, pero su contrario no necesariamente lo es: de que los medios no hayan sido ajustados rigurosamente al fin legítimo no se sigue que no se satisfaga el test de necesidad.

a particularly important effort by the State to find a balance in the protection of the applicant's private and professional positions and the exercise of the Church's autonomy."

nos concierne. La Honorable Corte recordará en concreto que la revocatoria del certificado de idoneidad no implica la pérdida del empleo. Sólo implica la imposibilidad (mientras no se cuente con la autorización) de impartir clases de esa religión en particular. De hecho, la peticionaria nunca fue despedida de su empleo, manteniendo la relación laboral con el colegio, asumiendo un cargo directivo como Inspectora General, e incrementando su remuneración.

84. Considerando estos antecedentes, es evidente que la regulación chilena, al igual que aquella revisada y validada por el Tribunal Europeo en el caso *Travas*, establece una consecuencia tasada, ajustada y quirúrgica en relación al impacto en el docente que pierde el certificado de idoneidad del artículo 9º del Decreto Supremo N° 924, la cual consiste única y exclusivamente en no poder impartir clases de la religión que no lo considera idóneo, sin que esto implique ni la pérdida del empleo, ni la imposibilidad de impartir clases de otra materia o de otra religión, y ni siquiera la imposibilidad de solicitar nuevamente el certificado de la religión que se lo privó.

85. A mayor abundamiento, en el caso concreto la corporación educacional de la Municipalidad de San Bernardo, al igual que los colegios en el caso *Travas*, intentó minimizar el impacto ofreciendo una nueva función profesional a la peticionaria de acuerdo con sus competencias, y a diferencia del caso *Travas*, aquella sí mantuvo su contrato con el establecimiento educacional. Por tanto, ella no fue despedida y, por el contrario, se mantuvo en el mismo establecimiento hasta su jubilación.

86. Todo lo anterior satisface plenamente los estándares de derechos humanos y en particular el examen de necesidad.

3) PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: PONDERACIÓN PARA EVALUAR SI LOS BENEFICIOS SON CLARAMENTE SUPERIORES A LAS RESTRICCIONES QUE AFECTAN A OTROS PRINCIPIOS CONVENCIONALES

87. El análisis clásico de proporcionalidad incluye un examen de *fin legítimo, idoneidad y necesidad*. Hay otro paso más para el test interamericano de proporcionalidad en sentido estricto: una ponderación o balance que la Honorable Corte ha formulado de esta manera:

“Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.”³⁹.

Como enseña la profesora de la Universidad de Harvard, Vicky Jackson, esta etapa es aquella en que el fin legítimo se compara con otros intereses afectados, realizándose de este modo una comparación entre “la fuerza *relativa* del propósito de la acción del Estado” (el fin legítimo e imperioso, en nuestra terminología) con el posible perjuicio específico a derechos o intereses afectados por la medida estatal⁴⁰.

³⁹ Corte IDH. Caso I.V. v. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241

⁴⁰ Vicky C Jackson, ‘Constitutional Law in an Age of Proportionality’ (2015) 124 Yale Law Journal, pág. 3117 (el énfasis está en el original).

88. Así, el examen de proporcionalidad exige forzosamente una comparación. En efecto, para Robert Alexy la ponderación se realiza conforme a una regla que prescribe lo siguiente: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴¹.

89. Lo crucial entonces es definir el nivel de afectación relativa de cada uno de los principios en juego, para luego establecer una comparación. En el lenguaje de la formulación de la Corte: los “beneficios” de la medida deben ser “superiores a las restricciones”⁴².

90. De lo ya explicado, resulta evidente que en el caso concreto la acción estatal es perfectamente proporcionada *stricto sensu* al impacto desfavorable que tiene en la presunta víctima. Conviene así distinguir separadamente el impacto en cada uno de los términos de la balanza.

91. Del lado del fin legítimo realizado por la conducta de los órganos del Estado en este caso particular se encuentran los siguientes elementos:

a. En primer lugar, un asunto que está en el núcleo mismo de la libertad religiosa y una salvaguarda esencial al derecho de los padres de recibir educación religiosa y moral para sus hijos consagrado en el artículo 12.4 de la Convención: el que cada confesión religiosa pueda definir quién enseña por ella y la representa frente a su comunidad. Este principio crucial en materia de libertad religiosa, como hemos visto, es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia comparada.

En el hipotético caso de que se hubiera acogido la pretensión de la presunta víctima y, por algún mecanismo institucional, el Estado hubiera mantenido a Sandra Pavez como profesora de religión, esto habría implicado necesariamente que el Estado forzara a una comunidad religiosa a aceptar como representante y educadora de su propia doctrina a alguien que, en la comprensión de esa confesión, no la representaba. Esto habría implicado una grave violación a la libertad religiosa, intolerada por el consenso jurisprudencial mundial en esta materia.

⁴¹ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (2002) 22 66 Revista Española de Derecho Constitucional pág. 15.

⁴² En su jurisprudencia sobre libertad de expresión, la Corte ha especificado la ponderación, en línea con la doctrina en esta materia, al razonar del siguiente modo:

“Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 84. Lo mismo en Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 80.

b. En segundo lugar, habría implicado la vulneración de otros derechos convencionales relacionados, a saber, los artículos 12.1 (derecho a divulgar la religión), 12.2 (medidas restrictivas que menoscaban la libertad de conservar su religión), 13 (pensamiento y expresión) y 16 (asociación) en la manera explicada arriba en el apartado sobre *fin imperioso*.

c. En tercer lugar, se encuentra el principio de separación entre iglesias y Estado, un principio de la libertad religiosa que no resulta mandado por la Convención, pero que tampoco debe estar limitado por la interpretación de ella según el artículo 29.b, como se explica en el párrafo 59 del apartado sobre *fin imperioso*. Esto es porque este principio de libertad ha sido libre y soberanamente adoptado por el Estado de Chile desde la Constitución Política de 1925 y que, precisamente, se erige como salvaguarda tanto de la libertad religiosa como del igual trato a todas las religiones. Ambos valores habrían resultado fuertemente resentidos si el Estado no hubiera respetado el ámbito de libertad reconocido en el Decreto Supremo a la diócesis de San Bernardo para expedir o revocar certificados de idoneidad de acuerdo con sus propios criterios religiosos, al igual que cualquier otra confesión.

d. Asimismo, y por esta misma vía, se encuentra el derecho a la no discriminación. En efecto, de no satisfacerse el fin legítimo e imperioso del Estado en este caso concreto, se habría producido una discriminación entre confesiones que son limitadas y otras que no lo son. En particular, en este caso, entre la Iglesia Católica y las demás que no han sufrido ninguna limitación por parte del Estado. Esta diferencia de trato habría sido imposible de justificar y habría configurado sendas violaciones a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Asimismo, de generarse un precedente de aplicación general, como el que buscan tanto la Comisión como los representantes, quedarían en serio peligro las religiones más vulnerables, especialmente las religiones minoritarias, las que asumirían una carga desproporcionada del riesgo que implica el ejercicio de la potestad del Estado para intervenir en las decisiones de idoneidad de profesores de religión.

92. Frente a estos profundos y sistemáticos efectos tanto en la enseñanza de la confesión religiosa católica como en todo el sistema de libertad e igualdad religiosa, se contraponen los efectos particulares que tuvo la conducta del Estado en la presunta víctima. Así:

a. La peticionaria fue reasignada de sus funciones, no pudiendo desempeñarse más como profesora de religión católica, pero asumiendo de inmediato otra función profesional, sin perder por lo tanto el vínculo laboral. Asimismo, conservaba la libertad y posibilidad de desempeñar funciones docentes de aula respecto de otras asignaturas.

En este sentido, se vio afectada parcialmente en su vida laboral, en cuanto a su interés de seguir impartiendo la misma asignatura, pero siendo reasignada a una función profesional acorde con sus competencias profesionales, de alta relevancia, mejor remuneración, y que fue estable en el tiempo hasta hoy, en que postula a su retiro acogiéndose a los incentivos para el retiro de docentes de la ley 20.976.

En fin, sólo se vio afectado su interés de seguir impartiendo la clase de religión católica: interés que no puede ser elevado al nivel de derecho, y menos absoluto, por sobre la decisión de la comunidad religiosa.

b. Debe hacerse presente asimismo que la mayor parte de las afectaciones de derechos alegadas por la contraparte son dependientes del hallazgo de una conducta discriminatoria, por lo que no pueden ser considerados aquí. Esto porque ello implicaría asumir una falacia argumental de un razonamiento circular —los derechos se entienden vulnerados por una discriminación y la discriminación se establece por referencia a la afectación a esos mismos derechos—.

93. Se hace patente que la ponderación se inclina del lado del fin legítimo e imperioso perseguido por la acción del Estado. En efecto, del lado del fin legítimo hay un nivel de importancia y afectación (de no haberse permitido la diferencia de trato) altísimo, grave, y extendido. Por otro lado, los intereses de la presunta víctima están menos afectados, toda vez que no perdió su trabajo ni vio afectada su posibilidad de seguir desempeñándose profesionalmente en el mismo colegio y con una remuneración superior.

94. Más aún, a efectos de la ponderación se debe destacar que el Estado ha optimizado todos los principios en conflicto. Por un lado, ha garantizado la libertad religiosa del artículo 12, la no discriminación en el goce de este derecho (artículo 1.1) y preservado el principio de separación entre iglesias y Estado. Esto ha sido explicado abundantemente. Pero, además, el Estado ha procurado salvaguardar lo más posible los intereses de la presunta víctima en preservar su empleo, razón por la cual, y en claro contraste favorable con la jurisprudencia comparada, Sandra Pavez sigue trabajando en el mismo establecimiento hasta hoy, en que ha solicitado su retiro y está a la espera de su jubilación.

95. En conclusión, la ponderación es favorable a la posición del Estado. Los beneficios son claramente superiores a las restricciones. Esta conclusión es consistente con la de todos los tribunales que han adoptado esta metodología para abordar cuestiones similares.

96. De lo antes señalado se desprende claramente que, de existir una diferencia de trato, esta pasaría incluso las exigencias más rigurosas del examen de proporcionalidad.

VII. NO EXISTE DISCRIMINACIÓN, PUES LA DIFERENCIA DE TRATO CAE EN EL ÁMBITO DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LAS CONFESIONES.

97. Algunas jurisdicciones internacionales y estatales han optado, en casos similares a éste, por analizar la cuestión de no discriminación desde la perspectiva de “inmunidad de jurisdicción” o “autonomía”. Debido a la libertad religiosa, hay ciertos ámbitos en los que el

Estado no tiene facultad para intervenir por tratarse de cuestiones que corresponden nítidamente a la esfera de la religión. Por ejemplo, como es fácil de comprender, el Estado no tiene competencia para declararse sobre cuestiones teológicas. Intervenir en el reglamento interno de una comunidad religiosa es otro ejemplo notable, pues el Estado no tiene competencia para sustituir su propio criterio ni en disputas teológicas ni en las decisiones internas de una comunidad religiosa. Si el Estado no tiene competencia, los tribunales tampoco la tienen para revisar las decisiones tomadas por las autoridades religiosas dentro de su propia competencia. La cuestión decisiva en estos casos es definir el ámbito de inmunidad o autonomía.

98. Un ejemplo de ello lo representa la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este tribunal ha señalado que la decisión de una comunidad religiosa acerca de quienes ostentan posiciones “ministeriales” es inimpugnable⁴³. Esto, al punto que ni siquiera es posible analizar si la decisión de poner término a una relación fue motivada por la religión o no. Esto es lo que se denomina una “inmunidad de jurisdicción absoluta” respecto de la decisión de toda comunidad religiosa sobre quién personifica sus creencias, a efectos de liderar a la comunidad o transmitir los contenidos de la fe.

99. En este sentido, la Corte Suprema estadounidense señaló en 2012 en el caso *Hosanna-Tabor* por unanimidad de los nueve magistrados:

“Los miembros de un grupo religioso depositan su fe en las manos de sus ministros. Requerir a una iglesia el aceptar o retener a un ministro no deseado, o castigar a la iglesia por negarse a ello, interfiere en más que una mera decisión sobre empleo. Tales acciones intervienen en la gobernanza interna de la iglesia, privándole del control sobre la selección de aquellos que personifican sus creencias. Al imponer a un ministro no deseado, el Estado viola la cláusula del libre ejercicio de la religión, que protege el derecho de los grupos religiosos para dar forma a su propia fe y misión por medio de sus nombramientos. Conferir al Estado el poder para determinar que individuos ministrarán a los fieles también viola la cláusula de establecimiento, la que prohíbe al gobierno inmiscuirse en tales decisiones eclesiásticas.” (el énfasis es nuestro)⁴⁴

100. Un razonamiento similar encontramos en la sentencia recaída sobre el caso *Jehovah’s Witnesses v. Wall* (2018), pronunciado por la Corte Suprema de Canadá. En este caso, el Sr. Wall, un ex miembro de la iglesia de los Testigos de Jehová, impugnó su expulsión de la comunidad religiosa, luego de que las autoridades competentes de su iglesia consideraran que había incurrido en conductas altamente reprochables de acuerdo con las creencias de la misma iglesia. La Corte Suprema canadiense rechazó la demanda, señalando que:

“...los tribunales no deben decidir materias de dogma religioso. Como ha notado la Corte... ‘las determinaciones judiciales seculares de disputas teológicas o religiosas, o de materias contenciosas de la doctrina religiosa, enredan de manera injustificada a la Corte en cuestiones de religión.’ Las Cortes no tienen ni la legitimidad ni la capacidad

⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos. Caso *Hosannah Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012).

⁴⁴ Id., pág. 188-189. En la versión original:

The members of a religious group put their faith in the hands of their ministers. Requiring a church to accept or retain an unwanted minister, or punishing a church for failing to do so, intrudes upon more than a mere employment decision. Such action interferes with the internal governance of the church, depriving the church of control over the selection of those who will personify its beliefs. By imposing an unwanted minister, the state infringes the Free Exercise Clause, which protects a religious group's right to shape its own faith and mission through its appointments. According the state the power to determine which individuals will minister to the faithful also violates the Establishment Clause, which prohibits government involvement in such ecclesiastical decisions.

institucional para lidiar con estos asuntos, y han declinado de manera repetida el considerarlos...” (el énfasis es nuestro)⁴⁵.

101. En este respecto, cabe señalar que la elección de quién enseña la religión de una determinada confesión religiosa cae dentro del ámbito de lo “ministerial” en la terminología estadounidense. Esto, precisamente, involucra “materias contenciosas de la doctrina religiosa”. Este punto resulta tan evidente que los propios representantes ofrecen el peritaje de un teólogo “para que rinda peritaje sobre si la religión católica considera dentro de su dogma la no aceptación de la homosexualidad”⁴⁶, y aventuran una tesis respecto de lo que constituye idoneidad para enseñar religión católica (afirmando que no es necesario atender a la coherencia de vida, bastando la “idoneidad académica”)⁴⁷.

102. Un camino perfectamente validado, común y razonable para la Corte es estimar que estas son cuestiones que escapan a la competencia del Estado, y por ende a la de la misma Corte para responsabilizar al Estado. Esto sería perfectamente compatible con el examen usualmente utilizado por la Corte para definir estas materias.

103. En efecto, frente a la cuestión de definir si existe una justificación “objetiva y razonable”, la Corte estimaría que efectivamente la hay, en preservar un ámbito de inmunidad de escrutinio estatal, necesario entre otras cosas para preservar la separación entre el Estado y las iglesias. Así, la Corte afirmararía que no tiene competencia para realizar un escrutinio respecto de la idoneidad de la peticionaria para enseñar religión católica y, por esa vía, sostendría que no puede establecer que exista una discriminación.

104. La idea de una falta de competencia de la Corte para evaluar la justificación objetiva y razonable frente a ciertas diferencias de trato, con la consecuencia recién mencionada, no es ajena a su jurisprudencia. En el caso *Apitz Barbera y otros v. Venezuela*, la Corte razonó:

“La Corte entiende que los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario. Sin embargo, el Tribunal no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse. En efecto, la Corte no tiene facultad para decidir que las magistradas Marrero y Morales debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas. Así, no es posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. En conclusión, en este caso no procede decretar una violación al derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención” (el énfasis es nuestro).⁴⁸

⁴⁵ Corte Suprema de Canadá, *Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, 1 S.C.R. 750:

That being said, courts should not decide matters of religious dogma. As this Court noted in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 50: “Secular judicial determinations of theological or religious

disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.” The courts have neither legitimacy nor institutional capacity to deal with such issues and have repeatedly declined to consider them: see *Demiris v. Hellenic Community of Vancouver*, 2000 BCSC 733, at para. 33.

La Corte aclaró que, si en un caso concreto no existen derechos legales o contractuales involucrados, la Corte carece de *jurisdiction* (competencia) para adjudicarlo.

⁴⁶ ESAP de los representantes, pág. 40.

⁴⁷ ESAP, pág. 26-27.

105. La clave de este párrafo es el razonamiento en dos pasos de la Corte. Primero, establece que no tiene competencias para definir si se justificaba la diferencia de trato en cuestión (en este caso, para determinar si procedía una sanción y a quién se aplicaba). Segundo, de esa afirmación concluye que no puede afirmar la existencia de una violación al derecho del artículo 24 de la Convención.

106. El mismo razonamiento permitiría incorporar la idea de inmunidad de jurisdicción en la aproximación a casos de no discriminación asentada en la jurisprudencia de la Corte. Como hemos visto, esta idea de inmunidad de jurisdicción aplica perfectamente al tipo de casos que nos convoca, y llevaría a descartar que existe aquí una discriminación y por tanto a desechar las supuestas vulneraciones a los artículos 24 y 1.1. de la Convención.

107. Para resumir este punto, no existe discriminación, pues la diferencia de trato cae en el ámbito de la inmunidad jurisdiccional de las confesiones. Este razonamiento es compatible con la jurisprudencia de la Corte, y está acorde con precedentes de derecho comparado.

VIII. CONCLUSIÓN

108. De lo anterior se concluye que no existe vulneración de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, toda vez que a lo sumo el caso concierne una mera diferencia de trato, más no una discriminación en los términos precisos en que lo contempla la Convención. Ni el artículo 1.1 ni el artículo 24 son aplicables a los hechos del caso. Más aún, incluso si lo fueran, la diferencia de trato en cuestión pasaría aún los exámenes más exigentes para establecer su justificación.

109. Los autores del presente *amicus curiae* reconocemos que la discriminación es odiosa. No la aprobamos en ningún sentido. Asimismo, reconocemos el verdadero desafío que enfrentamos como sociedad y la tarea seria que nos queda por delante si jamás esperamos realizar una sociedad verdaderamente libre, justa y respetuosa de la igual dignidad de cada persona. A la misma vez, cantidad de injusticias pueden resultar de las extralimitaciones del poder estatal, incluso extralimitaciones que ocurren en la búsqueda de fines laudables. La protección de la dignidad universal y recíproca de todo ser humano requiere una aproximación equilibrada, coherente con la protección de todos los derechos y respetuosa de la libertad al igual que la igualdad. Creemos acertadas y equilibradas las observaciones que hemos compartido, y las ofrecemos respetuosamente para la consideración de la Honorable Corte.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 200.

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y RELIGIÓN
ISSN 0719-7160

NÚMERO ESPECIAL (2022)
CASO PAVEZ PAVEZ VS CHILE

Fecha: 6 de mayo de 2021

Respetuosamente,

The International Center for Law and Religion Studies

J. Reuben Clark Law
School Brigham Young
University

Brett G. Scharffs
Director
Catedrático *Rex E. Lee*
Profesor de Derecho

Elizabeth A. Clark
Directora Asociada
Profesora de Derecho

David H. Moore
Director Asociado
Catedrático *Sterling y Eleanor Colton*
Profesor de Derecho

Gary B. Doxey
Director Asociado
Profesor de Derecho e Historia

J. Samuel Morales y González
Fellow Posgraduado y Abogado Colaborador de ICLRS
