

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CDH-26-2019

PAVEZ PAVEZ V. CHILE

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR
PROF. W. COLE DURHAM, JR., J.D.
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

AND

JÁN FIGEL', MSC., PHD.
ESLOVAQUIA

27 DE MAYO DE 2021

DOI: 10.7764/RLDR.NE01.009

I. Declaración de Interés de Amicus Curiae

1. Este escrito es presentado a nombre de sus suscriptores, quienes exhiben una larga historia de compromiso con los derechos humanos, y con la libertad de religión o creencia en particular, en los ámbitos académicos e intergubernamentales de promoción de derechos humanos. Los *amici* escriben para abordar preguntas clave sobre cómo se pueden y deben conciliar de mejor manera las potenciales tensiones que se presentan respecto a los sistemas educativos en las sociedades plurales, en relación con los hechos del caso Pavez. Su objetivo es sugerir formas en que los derechos fundamentales tanto de la Sra. Pavez como de los involucrados en recibir, beneficiarse de, y proporcionar educación católica en Chile (y en muchas otras partes de América Latina) —o de otras comunidades religiosas— puedan conciliarse de una manera que sea óptimamente protectora de los derechos de todos los interesados.
2. El Profesor W. Cole Durham, Jr., J.D., es un especialista en derecho constitucional comparado, y en particular, de sistemas constitucionales internacionales, regionales y nacionales que se ocupan de la interacción del derecho y la religión. Es el expresidente del Consorcio Internacional de Estudios de Derecho y Religión

con sede en Milán, Italia. Es un miembro honorario del Consorcio Latinoamericano para la Libertad Religiosa, cofundador del Consorcio Africano de Estudios de Derecho y Religión (ACLARS) y del Consorcio del Sur de Asia para el Estudios de la Religión y el Derecho (SACRALS), y miembro del Comité Directivo de la Red de Libertad de Religión o Creencias del Sudeste Asiático (SEAFoRB). Ha participado en proyectos de reforma de la ley relacionados con cuestiones de derecho y religión en más de cincuenta países. Formó parte del Consejo Asesor de la OSCE/OIDDH sobre libertad de religión o creencias de 1997 a 2013, y mientras estaba en ese cargo, se desempeñó como Copresidente del Proyecto que produjo los *Principios Orientadores de Toledo Sobre La Enseñanza Acerca De Religiones y Creencias en las Escuelas Públicas*. Actualmente es presidente de la Asociación del Foro Interreligioso del G20 y también es un miembro actual del Consejo Informal de Expertos de la Alianza Internacional de Libertad de Religión o Creencias. Es co-editor en jefe del *Oxford Journal of Law and Religion (Diario sobre Derecho y Religión de Oxford)*; es coautor (con William W. Bassett, Robert T. Smith y Mark Goldfeder) de un tratado de cuatro volúmenes sobre *Organizaciones Religiosas y el Derecho* (Thomson Reuters, 2020); coeditor (con Gerhard Robbers) de la *Enciclopedia de Derecho y Religión* de cinco volúmenes (Brill, 2016), y coautor (con Brett G. Scharffs) del libro *Derecho y Religión: Perspectivas Nacionales, Internacionales y Comparativas* (Wolters Kluwer, 2019).

3. Ján Figel', MSc., PhD., recientemente completó su mandato como el primer enviado especial de la Unión Europea para la promoción de la libertad de religión o creencias fuera de la UE. Sirvió brevemente en la Comisión Prodi, y posteriormente como Comisionado de Educación, Formación, Cultura y Multilingüismo de la UE, y después de un cambio parcial de responsabilidades, como Comisionado de Educación, Formación, Cultura y Juventud de la Comisión Barroso en la UE. Sirvió como presidente del Movimiento Cristiano Democrático en Eslovaquia de 2009 a 2016, y se desempeñó como Viceprimer Ministro en Eslovaquia de 2010-2012. Durante su mandato como Enviado Especial, hizo extensas contribuciones a la libertad de religión o creencia en muchas partes del mundo. Es uno de los principales convocantes, redactores y firmantes originales de la Declaración de Punta del Este sobre la Dignidad Humana Para Todos en Todo Lugar que fue adoptada en diciembre de 2018 como parte de la celebración del 70 aniversario de la adopción de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
4. Por estas consideraciones, y de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de esta Honorable Corte, ¹ W. Cole Durham, Jr. y Ján Figel' tienen el interés legítimo de pronunciarse ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del presente *amicus curiae*.

5. Por otro lado, ni W. Cole Durham, Jr. ni Ján Figel' tienen conflicto de intereses respecto de las partes y no recibirán ningún beneficio económico ni por elaborar este escrito ni como resultado del eventual fallo en el caso.

II. Introducción

6. El objetivo del presente informe es poner de relieve un punto fundamental: cuando un caso involucra derechos fundamentales en conflicto, la obligación de un tribunal que juzga sobre esos derechos es encontrar una interpretación que optimice las protecciones para todos los involucrados, manteniendo ambos derechos intactos en la medida de lo posible. Una variedad de razones, consistentes con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, requieren este resultado. El principio ampliamente reconocido de la concordancia práctica insiste precisamente en esa interpretación de las demandas de derechos en conflicto. El análisis de proporcionalidad inherente a la doctrina de escrutinio estricto de la Corte tiene implicaciones similares. Además, el principio de no discriminación sería en sí mismo discriminatorio si obligara innecesariamente a discriminar a los individuos de un grupo en aras de la no discriminación de otros. Por último, en el ejercicio de estructurar las relaciones entre los Estados y los creyentes y las comunidades religiosas que viven en sus fronteras es importante hacerlo de una forma en que se minimice la interferencia del Estado en los procesos legítimos de pluralismo. En definitiva, el requisito de optimizar los derechos en conflicto es un canon de sentido común y de justicia fundamental. Sin este, no podrían alcanzarse soluciones estables y pacíficas a las tensiones derivadas de las diferentes perspectivas y posturas vitales en las sociedades pluralistas contemporáneas.
7. Las reclamaciones horizontales entre partes privadas suelen plantear conflictos de derechos, aunque este hecho puede verse invisibilizado en cierta medida cuando un demandante de derechos humanos hace valer sus derechos ante un tribunal internacional. En ese contexto, un conflicto que antes era horizontal se habrá transformado a menudo en un conflicto vertical entre el demandante y el Estado. El conflicto original del solicitante con otro individuo o grupo se transforma en una reclamación de que los derechos del solicitante no han sido protegidos adecuadamente por el Estado. Esto puede dar lugar a lo que se ha denominado "encuadre preferente", ² ya que puede dar lugar a un énfasis excesivo en el derecho pretendido por el demandante, en detrimento de las reclamaciones o defensas de la otra parte cuya reclamación no ha sido directamente interpuesta ante el tribunal. El caso Pavez es un ejemplo paradigmático de ello. La Sra. Pavez alega que se han violado sus derechos a la vida privada, a la autonomía, a la igualdad y a la no discriminación, así como su

derecho al trabajo, porque fue trasladada a otro puesto al perder su certificación por impartir enseñanza religiosa católica confesional. Por el otro lado, se encuentran las reivindicaciones de libertad religiosa y el derecho de autonomía de la que son titulares los alumnos, los padres y los interesados en impartir la enseñanza religiosa católica de acuerdo con sus creencias y prácticas religiosas. Estos derechos compensatorios no deben pasarse por alto al resolver el caso *Pavez*.

8. Las tensiones de este tipo son típicas en los casos de divisiones dentro de las comunidades religiosas. Pero, como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una de sus decisiones comúnmente invocadas,

“Aunque el Tribunal reconoce que es posible que se creen tensiones en situaciones en las que una comunidad religiosa o de cualquier otro tipo se divide, considera que ello es una de las consecuencias inevitables del pluralismo. El papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos que compiten se toleren mutuamente...”³

9. Encontrar una solución que respete los derechos en tensión se logra de mejor manera al reconocer y proteger los derechos de ambas partes en la mayor medida posible.

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

² Stijn Smet, 'Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict', 26 *American University Int'l L. Rev.* 183, 185 (2011).

III. **Aplicación del Principio de Concordancia Práctica en el caso *Pavez***

10. La concordancia práctica "implica la búsqueda judicial de un compromiso en el que ambos derechos humanos [en conflicto] ceden el uno al otro y se alcanza una solución que mantiene ambos derechos intactos en la mayor medida posible."⁴ El origen de la teoría de la concordancia práctica se remonta a la codificación del derecho canónico realizada por Graciano en su obra clásica, *Concordia discordantium canonum* (*Concordia de los Cánones Discordantes*), que pretendía armonizar e integrar las opiniones, a menudo contradictorias, de las autoridades del derecho canónico.⁵ Con el tiempo, la idea se vinculó a las ideas de unidad y coherencia subyacentes de las normas constitucionales y de derechos humanos.⁶ Esta idea de unidad, a su vez, lleva implícita una obligación de optimización: los derechos deben optimizarse de manera que se concreten a la luz de la unidad subyacente de las normas constitucionales y de derechos humanos que están en juego, es decir, asumiendo que los distintos derechos y titulares de derechos merecen un respeto inclusivo. Significativamente, la idea de la concordancia práctica "puede utilizarse para equilibrar no sólo los derechos en conflicto, sino también los derechos humanos con otros intereses en competencia."⁷
11. En el caso *Pavez*, la concordancia práctica requiere optimizar tanto los derechos de la Sra. Pavez como los derechos de los estudiantes, los padres y otros miembros de la comunidad religiosa católica a vivir sus respectivas creencias y prácticas de forma que se optimice el respeto a la dignidad de todos los implicados. En palabras del profesor Heiner Bielefeldt, antiguo Relator Especial de la ONU para la Libertad de Religión o Creencias, y de su colega en la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, el Dr. Michael Wiener,

En situaciones en las que aparentemente existe un conflicto normativo, sigue siendo imperativo considerar siempre todas las reclamaciones de derechos humanos en juego. No sería legítimo renunciar a una de las reclamaciones en primer lugar construyendo una jerarquía abstracta entre diferentes normas de derechos humanos. Al igual que sería un error devaluar la libertad de religión o de creencias sometiéndola simplemente a una prioridad abstracta de los derechos relacionados con el género, sería igualmente problemático desestimar las reivindicaciones de los derechos relacionados con el género al entrar en el territorio de la libertad de religión o de creencias. Desde un punto de vista positivo, la tarea consiste en hacer justicia, *en el mayor grado posible, a todos los derechos humanos implicados* en un caso o situación particular, con el fin de producir una "concordancia práctica" de las reivindicaciones de

derechos humanos implicadas. Esto requiere una cuidadosa coordinación de todas las preocupaciones basadas en los derechos humanos que están en juego en una situación concreta.⁸

12. Obsérvese que la doctrina de la concordancia práctica contempla no sólo la armonización de las disposiciones conflictivas en el plano de la interpretación textual, sino también la creación de "un efecto integrador con respecto a las distintas partes de un conflicto constitucional, así como a la cohesión social y política."⁹ En el caso Pavez, esto apunta a la importancia de encontrar formas de optimizar los derechos tanto de la Sra. Pavez como de aquellos miembros de la comunidad religiosa cuyos derechos compensatorios están en juego.
13. Un corolario importante de la noción de concordancia práctica es el llamado frecuentemente reiterado a realizar la interpretación holística de las normas de derechos humanos.¹⁰ Ésta es una de las profundas implicaciones de la noción, citada a menudo, de que los derechos humanos son "universales, individuales, interdependientes e interrelacionados," como se destaca en la famosa Declaración y Programa de Acción de Viena.¹¹ Las normas de derechos humanos deben entenderse y aplicarse como un todo coherente.

³ Serif v. Grecia, App. No. 38178/97 (TEDH, 14 de diciembre de 1999), traducción propia.

⁴ Smet, *supra* nota 2, en 188-89.

⁵ Gertrude Lübbecke-Wolff, "Das Prinzip der praktischen Konkordanz", en *Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag* (2017), 143, 144.

⁶ *Id.* en 144-45.

⁷ Thilo Marauhn y Nadine Ruppel, 'Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Rights,' en Eva Brems, ed., *Conflicts Between Fundamental Rights* (2008)

⁸ Heiner Bielefeldt y Michael Wiener, *Religious Freedom under Scrutiny* 99 (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2020) (énfasis en el original) (traducción propia).

⁹ Winfred Brugger, 'Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View', 42 *American Journal of Comparative Law* 395, 399-400 (1994) (resume las opiniones de Konrad Hesse, uno de los defensores más influyentes de la teoría de las concordancias prácticas).

¹⁰ Véase, por ejemplo, Ahmed Shaheed, "La violencia de género y la discriminación en nombre de la religión o las creencias", Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, U.N. Doc. A/HRC/43/48 (24 de agosto de 2020), párr. 47.

¹¹ Declaración y Programa de Acción de Viena, (junio de 1993), párr. I(5). La Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 y que condujo a la creación del cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993).

14. En su reciente informe sobre "La violencia de género y la discriminación en nombre de la religión o las convicciones," el actual Relator Especial de la ONU sobre la libertad de religión o de creencia, Ahmed Shaheed, señala que la "superposición entre la libertad de religión o de convicciones y el derecho a la no discriminación debe abordarse no mediante compensaciones o una jerarquía, sino produciendo la "concordancia práctica" de todos los derechos humanos implicados, en el mayor grado posible..." Además, afirma que "...en general, *los Estados no deben interferir en las prácticas comunes o en la organización interna de una comunidad.*"¹² Se apresura a señalar una serie de situaciones en las que las mujeres, las niñas y las personas LGBT+ sufren de discriminación intolerable. En su opinión, la autonomía religiosa no protege contra "los actos discriminatorios que tienen por objeto o efecto *anular o menoscabar* el reconocimiento, el goce o el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en condiciones de igualdad."¹³ También señala que "los disidentes internos que pueden ser *objeto de violencia* como consecuencia de su defensa de enseñanzas de igualdad de género"¹⁴ merecen una protección especial.
15. Significativamente, ninguna de las situaciones extremas señaladas por el Relator Especial Shaheed se da en el caso de Pavez. El objetivo de Chile al respetar la revocación de la autorización de Pavez para impartir clases de religión católica no era "anular o menoscabar" sus derechos, y ciertamente no era volverla "objeto de violencia." Por el contrario, Chile se abstuvo correctamente de "interferir en las prácticas comunes de una comunidad." Equilibró el respeto a los derechos de los alumnos, de los padres y de los implicados en la enseñanza religiosa con la protección de los derechos de Pavez, encontrándole una posición alternativa (e incluso mejor pagada) en la misma escuela, teniendo una legislación vigente que no le impidió encontrar un empleo alternativo como profesora de otras religiones o de diferentes materias. Encontrando así una forma de respetar sus derechos y, al mismo tiempo, los de los actores religiosos.
16. Ante situaciones similares, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido consistentemente que las reclamaciones de las personas que habían sufrido el perjuicio más grave de perder su empleo al adoptar una conducta incompatible con las creencias de sus empleadores religiosos tenían más peso que los derechos de esas partes religiosas en sus respectivos casos. En *Fernández Martínez vs. España*,¹⁵ un caso similar en muchos aspectos al de *Pavez*, un sacerdote que había impartido clases de religión católica durante muchos años fue despedido cuando perdió su certificación de la Iglesia para enseñar, porque su matrimonio y su oposición al celibato se hicieron públicos. Se consideró que su reclamación en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo había sido superada por los derechos de autonomía de los actores religiosos en el caso. Del mismo modo, en el caso *Travaš vs. Croacia*,¹⁶ el Tribunal se ocupó de un caso que implicaba a un profesor laico de religión católica en una escuela pública que perdió su trabajo como

consecuencia de la pérdida de su mandato canónico para impartir cursos de religión católica. En ese caso, las autoridades escolares trataron de encontrar un empleo alternativo para el profesor, pero a diferencia de la situación en *Pavez*, no pudieron hacerlo. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los derechos del profesor se habían equilibrado correctamente con los derechos de los interesados en la religión. Véase también *Siebenhaar vs. Allemagne*, App. No. 18136/02 (TEDH, 3 de febrero de 2011) (el despido de una empleada de una guardería protestante por su participación activa en una comunidad religiosa diferente se sostiene sobre la base de los derechos de autonomía religiosa contrapuestos); *Obst vs. Allemagne*, App. No. 425/03 (TEDH, 23 de septiembre de 2010) (los derechos de autonomía de la iglesia prevalecieron contra el director europeo de asuntos públicos de una iglesia que fue despedido tras confesar una aventura extramatrimonial). Cf. *Sindicatul 'Păstorul cel Bun' vs. Romania*, App. N° 2330/09 (TEDH, Gran Sala, 9 de julio de 2013); *Baudler vs. Alemania*, Ap. N° 3825/04 (TEDH, 6 de diciembre de 2011) (el proceso ante un tribunal religioso bastó para cumplir con las obligaciones de un juicio justo en virtud del artículo 6.1 del CEDH).

¹² Ahmed Shaheed, *supra* note 10, parr. 48, 52 (énfasis añadido).

¹³ Id. (énfasis añadido).

¹⁴ Id. (énfasis añadido).

¹⁵ Ap. N° 56030/07 (TEDH, Gran Sala, 12 de junio de 2014).

¹⁶ App. N° 75581/13 (TEDH, 4 de octubre de 2016).

17. El único caso en esta línea que ha salido de forma diferente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el de *Schüth vs. Alemania*,¹⁷ que se refería al organista y director del coro de una parroquia católica que fue despedido por adulterio y bigamia. En su caso, aunque el Tribunal reiteró su idea de que la autonomía de las comunidades religiosas está protegida contra la injerencia indebida del Estado en virtud del artículo 9 del Convenio Europeo, falló a favor del demandante por considerar que sus derechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias, no se habían equilibrado adecuadamente con los derechos de los agentes religiosos implicados. En concreto, teniendo en cuenta su edad y su tipo de empleo especializado, habría tenido grandes dificultades para conseguir un empleo alternativo. Es significativo que, si en el futuro se planteara un caso similar al *de Schüth*, un tribunal que sopesara todos los factores con mayor particularidad podría llegar a la conclusión contraria en tal caso. De nuevo, el contraste con el caso *Pavez* es evidente. Allí, la demandante no sólo no fue despedida, sino que se le dio un puesto alternativo con una remuneración aún mayor, y siguió trabajando en el mismo establecimiento hasta su jubilación.

18. Desde la perspectiva de encontrar una concordancia práctica, una solución que sostenga la posición adoptada por las autoridades chilenas ofrece una protección óptima a todos los derechos implicados. Los derechos de la Sra. Pavez a la vida privada y a la autonomía, así como su derecho al trabajo, no han sido violados. Ella es libre de continuar su vida de acuerdo con sus propias creencias. No ha perdido su empleo a causa de su orientación sexual. Es cierto que ya no se encuentra habilitada para impartir la enseñanza de la religión católica —y solamente de religión católica, porque la autorización que fue revocada no tiene alcances más allá de la clase de religión de esa comunidad religiosa—, y puede sentirse ofendida porque la Iglesia ya no quiera confiarle esta función educativa o no adopte sus opiniones. Pero al igual que la Iglesia no puede obligarla a seguir viviendo según sus principios, tampoco ella tiene derecho a imponer su estilo de vida y sus creencias implícitas a los alumnos, padres y funcionarios religiosos cuyas preferencias religiosas son diferentes. En línea con la idea de encontrar una concordancia práctica de los diferentes derechos, Chile ha encontrado una interpretación que optimiza los derechos de todos dentro de los límites de lo factible. Donde el Estado procura que las consecuencias de la revocación de la autoridad religiosa para enseñar no se extiendan más allá de la pérdida de la facultad para impartir clases de religión a nombre de la Iglesia Católica, se ha cumplido con su obligación internacional y lo ha hecho de una manera que protege los derechos de todos. La solución de Chile debe ser confirmada.

IV. El escrutinio estricto de los reclamos contrapuestos en *Pavez*, tal como lo exigen las doctrinas de la Corte Interamericana, requiere sostener la resolución del caso por parte de Chile

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana exigen un análisis discriminatorio sobre la discriminación. Es decir, no toda diferencia de trato constituye una discriminación injusta que viole la Convención. Como ha destacado esta Corte "una diferencia de trato es discriminatoria [sólo] 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."¹⁸

19. Al analizar las demandas constitucionales y de derechos humanos que implican igualdad y no discriminación, como las que están en juego en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emplea una versión del análisis de proporcionalidad que se ha convertido en una característica dominante del análisis judicial en todo el mundo.¹⁹ La Corte aplica un escrutinio especialmente estricto cuando se trata de un trato diferencial que implica una categoría sospechosa:

*" 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**"* (destacado nuestro).²⁰

20. En el presente caso, Pavez se vio expuesta a un trato diferenciado en el sentido de que se le impidió impartir clases de religión católica debido a sus decisiones de vida, el cual llevó a la revocación de la autorización canónica que necesita para ser elegible de impartir esa instrucción. La cuestión es si existía una justificación objetiva y razonable

para esta diferenciación, es decir, si la diferenciación tiene una finalidad legítima y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados (exigir el certificado de idoneidad religiosa como calificación laboral para impartir clases de religión confesional) y la finalidad perseguida (impartir una enseñanza católica legítima y autorizada).

El **escrutinio estricto** en este contexto requiere que el objetivo perseguido no sólo esté permitido, sino que sea imperioso. Además, los medios utilizados no sólo deben ser adecuados para lograr el objetivo, sino que también deben ser necesarios, lo que significa que no hay ninguna forma menos perjudicial de lograr el objetivo. Por último, el trato diferenciado en cuestión debe cumplir una estricta prueba de proporcionalidad, según la cual los beneficios de la adopción de la medida deben superar claramente los costes de la restricción o restricciones que impone.

21. **Consideraciones sobre la ponderación.** Obsérvese que el propio proceso de realización de este análisis de proporcionalidad exige algo así como la búsqueda de una concordancia práctica, ya que requiere abordar y ponderar los derechos e intereses en conflicto que están en juego. Vale la pena tener en mente que la metáfora del equilibrio puede ser problemática. Como señalan Bielefeldt y Wiener

la metáfora del "equilibrio" evoca la idea de dos bienes que compiten en la balanza. La metáfora del "equilibrio" insinúa un conflicto de suma cero, así como la búsqueda de algún tipo de término medio como la solución probablemente más adecuada. Sin embargo, la tarea en cuestión no consiste en alcanzar una especie de compromiso al cincuenta por ciento entre reclamaciones opuestas, sino en coordinar y maximizar las preocupaciones basadas en los derechos humanos que compiten entre sí de una manera que se acerque lo más posible a la plena aplicación de ambas.²¹

¹⁷ Ap. No. 1620/03 (TEDH, 23 de septiembre de 2010).

¹⁸ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles 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 vs. 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 vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 125.

¹⁹ Alec Stone Sweet y Jud Mathews, *'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Colum. J. Transnat'l L.* 73-74 (2008).

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

22. Incluso cuando se lleva a cabo un análisis de proporcionalidad del tipo de escrutinio estricto, vale la pena recordar la sabiduría de esta idea: lo que se busca no es una especie de equilibrio de "lo uno o lo otro", sino un enfoque de "lo uno y lo otro" que puede ayudar a reducir la polarización y ayudar a promover un sano pluralismo que puede permitir la convivencia en paz, a pesar de las profundas diferencias.
23. **La Libertad de Religión o Creencia es un Objetivo Imperioso.** Lo que resulta particularmente llamativo en el análisis de la Comisión en el caso *Pavez* es que, lejos de proporcionar dicho análisis de "lo uno y lo otro," ni siquiera menciona o considera el artículo 12 de la Convención en su informe sobre el fondo. Pero éste es precisamente el "propósito imperioso" que motiva el apoyo de Chile a la decisión eclesiástica de retirar la autorización a la Sra. Pavez para impartir instrucción católica. El artículo 12 es un derecho fundamental de la Convención. De hecho, es el más antiguo de los derechos humanos protegidos internacionalmente.²² Incluye el derecho a definir el contenido de lo que uno cree y también a "divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado." CADH Art. 12.1. Además, "[n]adie 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." CADH Art. 12.2. La imposición de un profesor no autorizado por la confesión que dice representar es claramente contraria a los pronunciamientos principales. El artículo 12.4 garantiza que "[l]os 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.". De nuevo, que el Estado imponga un profesor que no esté en armonía con las enseñanzas de la comunidad contradice esta protección.

²¹ Bielefeldt y Wiener, *supra* nota 8, en 99.

²² W. Cole Durham, Jr. 'Perspectives on Religious Liberty: A Comparative Framework,' en Johan D. van der Vyver y John Witte, Jr. eds., *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives* (La Haya/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1996) 1, 1.

24. **Límites de la igualdad.** La afirmación de la Comisión 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*"²³ también va en contra del artículo 12. Lo que no se tiene en cuenta es que la naturaleza de la religión y las creencias hace distinciones de innumerables tipos: entre ideas, entre normas, entre miembros y no miembros, entre representantes autorizados y no autorizados. El sugerir que el Estado tiene obligaciones *erga omnes* de supervisar todas las distinciones entre personas y entre creencias y comunidades religiosas malinterpreta fundamentalmente la importancia que el Artículo 12 otorga a la protección de los derechos a ser y creer de forma diferente. Lejos de ser una razón para mantener "un recurso judicial efectivo para proteger a las personas contra estos actos discriminatorios," es una razón para ser cauteloso a la hora de imponer requisitos estatales de igualdad en un ámbito en el que se garantiza el derecho a insistir en la diferencia.
25. **Idoneidad y Necesidad.** En general, las comunidades religiosas tienen una preocupación profunda y legítima sobre a quién se le confía la enseñanza de su mensaje. La protección de este derecho es una característica vital de los sistemas jurídicos que respetan los derechos humanos. Véase, por ejemplo, *Travaš vs. Croacia*,²⁴ Ap. Nº 75581/13 (TEDH, 4 de octubre de 2016); *Our Lady of Guadalupe School vs. Morrissey-Berru*, 140 S.Ct. 2049 (2020); *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School vs. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012). Las comunidades religiosas se preocupan no sólo del contenido, sino de si el profesor cumple a la vez con encarnar su mensaje, además de saber explicarlo. Tanto la credibilidad como la lealtad del profesor son características vitales por las que una comunidad religiosa se preocupa con razón. Por lo tanto, mantener el control de quién está autorizado a ejercer como profesor es una cuestión que se encuentra en el corazón de la libertad religiosa. Puede ser que algunas tradiciones religiosas sean más estrictas que otras en esta materia, pero ese grado de rigor es en sí mismo una cuestión de creencia religiosa, con derecho a ser respetada. Esto significa que retirar la autorización a una persona concreta para enseñar no es simplemente un medio adecuado para manifestar las creencias religiosas; **es una herramienta necesaria**. Simplemente no es posible perseguir el objetivo de mantener y transmitir las creencias doctrinales sin tener la capacidad de retirar la autorización para enseñarlas en su representación. Esto significa que se cumple el criterio de necesidad del análisis de escrutinio estricto.
26. **Ponderación.** Esto nos lleva al último paso del análisis de escrutinio estricto: "*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.*"

²⁵

27. La ponderación, una vez que se evita el "encuadre preferencial" que se centra exclusivamente en la pretendida discriminación contra la Sra. Pavez, y no toma en cuenta adecuadamente los derechos contenidos en el Artículo 12, resulta claramente favorable a los actores religiosos. Por su lado, Pávez pierde el derecho a impartir clases de religión católica, pero puede seguir viviendo su vida como prefiera, incluyendo la posibilidad de desempeñarse como maestra en el aula, para otras religiones, para cursos sobre ética, o para otras materias no religiosas. Ella no pierde su empleo; de hecho, es trasladada a un puesto diferente con mayor salario en el mismo establecimiento, donde puede seguir trabajando hasta que se jubile. Ella puede sentir que su dignidad se ve afectada negativamente, pero si se hacen valer exclusivamente sus pretensiones de derechos, se vería inversamente afectada la dignidad de todos los que tienen interés en la enseñanza católica autorizada. En el mejor de los casos, ambas pretensiones se empatan mutuamente, y podría decirse que las afrentas a la dignidad de los creyentes religiosos van más allá, porque implican a más personas y respecto de un derecho con una historia y protección de más larga data.
28. Por otro lado, el hecho de no respetar la revocación de la autoridad de Pavez para enseñar la religión católica, afectaría negativamente al derecho de los niños a recibir la instrucción religiosa que deseen, y violaría los derechos de los padres a educar a sus hijos como prefieran. La acción estatal en cuestión interfiere en lo que por derecho es una elección religiosa. Presupone un poder de intervención del Estado que excede su verdadera autoridad. También interfiere en el derecho de los líderes religiosos a impartir la enseñanza religiosa de acuerdo con sus creencias. Y claramente interfiere en la autonomía de la comunidad religiosa.
29. Como se ha comentado anteriormente, los casos de otras jurisdicciones han reconocido consistentemente que la balanza se ha inclinado siempre en este tipo de casos —y en atención a las circunstancias que suelen rodearlos— a favor de la comunidad religiosa, en lugar de la persona que reclama la discriminación. Esto es cierto a pesar de que en prácticamente todos los casos relevantes, el demandante sufrió la terminación de su empleo. *A fortiori*, cuando el demandante no pierde su empleo y simplemente tiene que dejar de impartir instrucción religiosa para una denominación, y se tiene cuidado de evitar otros impactos adversos, la balanza se inclina a favor de la protección de la decisión religiosa tradicional.

²³ Pavez c. Chile, Informe de fondo N. 148/18, Caso 12.997 (2018), párr. 61.

²⁴ App. Nº 75581/13 (TEDH, 4 de octubre de 2016).

²⁵ Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

30. Resolver el caso Pavez como lo hizo el gobierno chileno pasa así el estándar de escrutinio estricto de esta Corte por las mismas razones que resoluciones similares en otros países han validados casos análogos. Esto permite que se respeten los derechos de un individuo como la Sra. Pavez, al tiempo que se respetan los derechos de los niños, los padres y otras partes interesadas de la comunidad católica. Este es el tipo de enfoque necesario para facilitar las relaciones pacíficas entre grupos con profundas diferencias ideológicas y religiosas para convivir en armonía en una sociedad pluralista moderna. Como sugieren Bielefeldt y Wiener, se trata de un enfoque que no se limita a promover un equilibrio adecuado de derechos. Va más allá y señala el camino que "coordina y maximiza las preocupaciones basadas en los derechos humanos que compiten entre sí, de manera que se acerque lo más posible a la plena aplicación de ambos."²⁶

V. El derecho de los niños a la educación, el derecho de los padres a guiar esa educación y los principios que gobiernan el contenido educacional, no sólo son compatibles con el reconocimiento de la libertad religiosa y sus derechos protegidos, sino que la exigen.

31. Como se menciona al final de la sección anterior, si el Estado se hubiera puesto del lado de la Sra. Pavez y su reclamo, habría tenido un efecto adverso en los derechos de los niños y de los padres a recibir educación religiosa de acuerdo con sus convicciones religiosas.
32. Sin embargo, durante la audiencia pública ante la Honorable Corte se esbozó en diversas ocasiones, tanto por el Sr. Rodrigo Uprimny como por la Sra. Soledad García, relatora de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Interamericana, que, aunque los Estados estén legalmente facultados para cooperar con las comunidades religiosas —e incorporar así la educación o enseñanza religiosa en todas las escuelas—, tienen el deber de supervisar el contenido religioso de la educación y excluir el que pueda ser ilícito, bajo el supuesto de que algunos contenidos religiosos serían *per se* incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. En el contexto del caso esto habría requerido que el Estado excluyera de las escuelas, total o parcialmente, la educación religiosa católica, ya que, en su opinión, enseñaría contenidos sustantivos contrarios a las normas de derechos humanos.

33. Según entendemos de sus dichos ante la Corte, el supuesto argumento es el siguiente. Se alega que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;²⁷ la Declaración Universal de los Derechos Humanos;²⁸ el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales;²⁹ e incluso la Convención sobre los Derechos del Niño,³⁰ no son neutrales en cuanto a los contenidos educativos, ya que la educación está orientada —según los tratados— a formar a los niños en el respeto de los derechos humanos y abrazar la tolerancia.³¹

²⁶ Bielefeldt y Wiener, *supra* nota 8, en 99.

²⁷ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13 "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, además, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz."

²⁸ Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26: "2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz."

²⁹ Organización de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 13, derecho a la educación: "2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y de la dignidad humana y debe fortalecer el respeto a los derechos humanos, al pluralismo ideológico, a las libertades fundamentales, a la justicia y a la paz. Convienen, además, en que la educación debe capacitar a todos para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista y lograr una existencia digna y debe fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover actividades para el mantenimiento de la paz

4. De conformidad con la legislación interna de los Estados Partes, los padres deben tener derecho a elegir el tipo de educación que se impartirá a sus hijos, siempre que se ajuste a los principios enunciados anteriormente."

³⁰ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 29: "1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; (b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; (c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) La preparación del niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) El desarrollo del respeto del medio ambiente natural."

³¹ Hacemos bien en señalar que, al menos con respecto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mientras se debatía la redacción final del derecho a la educación en el tratado, los delegados de la Asamblea General de las Naciones Unidas "consideraron necesario establecer los objetivos de la

educación al principio del artículo 14 [actual artículo 13], aunque se expresó la opinión de que el párrafo 1, de carácter principalmente declarativo, estaba

La insinuación que hace el perito Uprimny³² es que la educación o enseñanza religiosa de la iglesia católica romana es o podría ser, al menos en parte, contraria a los derechos humanos y a la enseñanza de la tolerancia. Así, existiría una supuesta contradicción por parte de los Estados en promover la enseñanza de una religión que abraza doctrinas contrarias a los derechos humanos, como le parece que es el caso de la Sra. Pavez. El Sr. Uprimny lo enmarca diciendo "a mí me parece un poco contradictorio que un Estado diga que va a promover la libertad religiosa, pero violando el principio de no discriminación por razón de orientación sexual."³³ Presuntamente, el problema sería de naturaleza performativa, ya que el Estado tendría el deber de educar en la tolerancia y el respeto de los derechos humanos, y al mismo tiempo los infringiría al apartar a la señora Pavez de la clase de religión confesional por su orientación sexual. Pero toda la argumentación pivota sobre dos conceptos erróneos o errores de hecho. En primer lugar, que la Sra. Pavez fue despedida. Y segundo, que sería contrario a la normativa de derechos humanos aceptar el uso de certificados de idoneidad de carácter religioso como requisito inherente al desempeño del puesto de trabajo de un profesor de religión confesional.

34. Como ejemplo de la aplicación en la práctica de su entendimiento, el Sr. Uprimny señaló en el informe de Observaciones Finales emitido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre Pakistán en 2017, el que afirmó que "*las madrazas imparten educación musulmana, pero hay algunas críticas de que la educación que se imparte en ellas es incompatible en muchos aspectos con el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el Comité, en sus observaciones finales a Pakistán, tomó nota de esta conclusión y recomendó supervisar las madrazas para garantizar que la educación sea compatible con los fines de la educación*"³⁴ ya mencionados. A esta supuesta objeción se puede responder de varias maneras.
35. En primer lugar, los tipos de violaciones de derechos humanos en juego en las madrazas pakistaníes señaladas en el informe de 2017 están muy lejos de las situaciones involucradas en la instrucción religiosa católica o la educación parroquial católica en general en países de todo el mundo. La Corte sin duda tomará en cuenta que el ejemplo dado por el Sr. Uprimny con respecto a las recomendaciones hechas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Pakistán es una comparación totalmente inadecuada que no resiste mayor escrutinio.
36. En el informe de Observaciones Finales al que hizo referencia, se afirmaba que "*El Comité está, sin embargo, preocupado por los reiterados informes de que los planes de estudio de algunas madrazas no imparten otra educación que la basada en el Corán y tienen contenidos que pueden incitar al odio contra las minorías religiosas y étnicas. También le preocupa que algunos libros de texto y planes de estudio utilizados en Sindh y Punjab contengan imágenes estereotipadas de las minorías religiosas y étnicas.*"³⁵

Este informe debe complementarse con otros emitidos anteriormente por el Comité sobre los Derechos del Niño, en los que expresaba su preocupación por el hecho de que *"las madrazas privadas se utilizan a menudo para el **reclutamiento de niños y el entrenamiento militar por parte de grupos armados no estatales,**"*³⁶ y que *"El Comité también lamenta que los objetivos de la educación esbozados en el artículo 29 de la Convención, incluidos el desarrollo y el respeto de los derechos humanos, la tolerancia y la paz, no se respeten debidamente. Además, el Comité está profundamente preocupado por los informes sobre la violencia, los malos tratos, los castigos corporales, los abusos sexuales y las detenciones ilegales entre las madrazas y por el hecho de que **éstas se utilicen para el adiestramiento militar, así como por los casos de reclutamiento de niños para participar en el conflicto armado y en actividades terroristas.**"*³⁷

fuera de lugar en un instrumento jurídico." Naciones Unidas, Asamblea General, duodécimo período de sesiones, Informe de la tercera Comisión sobre los proyectos de pactos internacionales de derechos humanos, tema 33 del programa, A/3764, 1957, par. 40.

³² Así lo sugirió específicamente en sus observaciones al Tribunal, en la marca de 1 hora y 17 minutos de la audiencia, disponible a través de la propia grabación del tribunal. Véase, <https://www.youtube.com/watch?v=qj823JUWgHo&t=7879s>

³³ Id.

³⁴ Id.

³⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el informe inicial de Pakistán, 20 de julio de 2007, par. 83, énfasis añadido.

37. Es indudable e indiscutible que cualquier tipo de contenido educativo que, en palabras de los Comités, "*incite al odio contra las minorías religiosas o étnicas*" o se utilice "*para el reclutamiento de niños y el entrenamiento militar*" en aras a la participación en "*conflictos armados y actividades terroristas*" no tiene derecho a la protección del derecho internacional sobre derechos humanos. Esto es así porque, tanto en el ámbito universal como en el regional, existen normas explícitas que exigen a los Estados la prohibición de "*la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*"³⁸ o de "*la incitación a la violencia anárquica o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo... se considerarán delitos punibles por la ley.*"³⁹ Por lo tanto, no es de extrañar que los Comités consideren objetable la educación impartida en dichas madrazas, en cuanto actúan como caldo de cultivo de actividades terroristas. Una acusación similar podría formularse, por ejemplo, contra Arabia Saudí, un Estado en el que, como señala el escrito de *amicus curiae* presentado por el Becket Fund⁴⁰ en este caso, sus materiales educativos oficiales abogan por la **violencia física directa** contra los no musulmanes, llamando a los cristianos y a los judíos "*enemigos del Islam y de su pueblo*" y enseñando que "*pegar [a tu mujer] sólo está permitido cuando es necesario*,"⁴¹ o abogando por el asesinato de las personas identificadas como LGBT, afirmando que "*La mayoría de los juristas dicen que el castigo de la sodomía es el mismo que el del adulterio [es decir, la lapidación hasta la muerte].*"⁴²
38. Si el ejemplo del Sr. Uprimny parece preocupante es porque lo es. Pero también es cierto que la impropiedad de la comparación es evidente. **No se puede hacer una comparación justa entre, por un lado, los llamamientos reales y explícitos a la violencia contra personas y comunidades específicas, de la mano con el reclutamiento para causas terroristas, y por el otros, las**

³⁶ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Pakistán, 11 de julio de 2016, par 63, énfasis añadido.

³⁷ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Pakistán, 15 de octubre de 2009, par. 80, énfasis añadido.

³⁸ Naciones Unidas, ICCPR, artículo 20.

³⁹ Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.5.

⁴⁰ Becket Fund, Escrito de Amicus Curiae, Sandra Pavez Pavez vs. Republica de Chile, 06 de mayo de 2021, par. 117.

⁴¹ Comisión de Estados Unidos para la Libertad Religiosa Internacional, Informe especial, El estudio reveló numerosos pasajes en los libros de texto saudíes que defienden la intolerancia y la violencia, mayo de 2018, disponible en: https://www.uscirf.gov/sites/default/files/USCIRF%20Special%20Report%20-%20Saudi%20textbooks%205-16-18_0.pdf

⁴² Id.

doctrinas religiosas y morales abrazadas por comunidades religiosas —como la iglesia católica romana en este caso— que no alcanzan el nivel de apología del odio que constituye una incitación a la discriminación,⁴³ la hostilidad o la violencia, o una acción ilegal similar. Sin duda, es una característica común de muchas, si no de todas las comunidades religiosas, el hecho de que defiendan y presenten una visión moral de las acciones humanas que puede o no estar en desacuerdo con los puntos de vista predominantes en la sociedad; y que dicha valoración puede resultar incómoda, e incluso ofensiva para algunos. **Pero esto no puede ni debe confundirse con el tipo de conducta (la "apología") que el derecho internacional considera absolutamente ilícita y sujeta a la prohibición de los Estados.** Dicho de otra forma, no existe acá una misma razón que pueda dar pie a una igual disposición, y sostener la analogía que se pretende. Al Tribunal le resultaría difícil encontrar en los materiales educativos de Chile, o en los de la iglesia católica, una sola declaración que entre en la misma categoría que las ideas y acciones que los Comités mencionados consideran objetables en el caso de Pakistán.

39. Este último punto es demostrablemente cierto. Un examen minucioso de las observaciones finales emitidas en los últimos diez años por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁴ así como por el Comité sobre los Derechos del Niño,⁴⁵ muestra que no se han planteado tales preocupaciones con respecto a la instrucción religiosa impartida por otras comunidades en las escuelas, y ciertamente no con respecto a aquellos Estados que comparten el esquema de cooperación estatal y eclesíástica en materia de educación elegido por Chile. En cambio, la instrucción religiosa en las escuelas públicas y privadas ha continuado impartándose a lo largo del tiempo, con el mismo contenido religioso inalterado, en muchos de los mismos Estados, si no en todos, que son parte de los tratados pertinentes, y nunca ha habido una conclusión y una recomendación en similar sentido que la que el Sr. Uprimny presenta erróneamente como argumento contra el caso del Estado chileno. Es inverosímil argumentar que, en el momento en que se adoptaron los tratados pertinentes, los mismos Estados que hasta el día de hoy siguen defendiendo la importancia de la educación religiosa para el pleno desarrollo de las personas hubieran aceptado una disposición que socavaría directamente su propia posición.
40. Sentado lo anterior, y de manera adicional, cabe hacer presente que el argumento del Sr. Uprimny es falaz en cuanto niega implícitamente el carácter de derecho humano de la libertad religiosa y los derechos específicos que ella protege, como la autonomía de las entidades religiosas, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones religiosas y el derecho de las personas a mantener sus creencias o convicciones y a enseñar libremente aquellas. Dado que el objetivo de la educación en general, tal y como ha declarado la comunidad internacional en los tratados referidos, incluye el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales —y de todos ellos, sin exclusión—, es necesario que la educación fortalezca el respeto por la mismísima libertad religiosa y sus contenidos

⁴³ Cabe repetir, una vez más, como se ha argumentado exhaustivamente en este caso, que la selección de profesores de religión basada en las nociones de ortodoxia religiosa y buena reputación de cada comunidad religiosa no es constitutiva de discriminación ilegal.

⁴⁴ A los efectos de este informe, hemos examinado especialmente los informes de países de Argentina (2018), Australia (2017), Austria (2013), Bélgica (2020 y 2013), Chile (2015), Colombia (2017), Costa Rica (2016), República Dominicana (2016), Alemania (2019), Italia (2016), Panamá (2020), Filipinas (2016), Portugal (2014), Senegal (2019) y España (2018).

⁴⁵ A los efectos de este informe, nos fijamos especialmente en los informes de país de Argentina (2018), Brasil (2015), Canadá (2012), Chile (2015), Colombia (2015) y la Observación General nº 1.

protegidos como los reconocen los tratados de derechos humanos y la interpretación que de ellos hacen los tribunales y otros organismos autorizados.

41. El perito Uprimny señala que la libertad de religión, incluida la libertad de enseñar la religión, no es absoluta. Esto es, por supuesto, cierto; y por lo que entendemos, no hay ninguna disputa sobre tal hecho por parte del Estado o de cualquiera de los *amici* que se han presentado ante la Corte. Pero es igualmente cierto que **ningún derecho es absoluto** y que no existe ninguna jerarquía entre los derechos humanos. Son, como es bien sabido y se refirió ya en esta presentación, "*universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con el mismo énfasis.*"⁴⁶ Por lo tanto, no hay razón para insinuar o afirmar que el principio de igualdad y no discriminación tiene una precedencia o superioridad categórica sobre la libertad de religión en general, ni específicamente en el ámbito de la educación.
42. La conducta conforme a las creencias y convicciones religiosas, estando en principio protegida por la libertad religiosa en cuanto al "culto, la observancia, la práctica y la enseñanza,"⁴⁷ ejecutadas tanto individualmente como en comunidad con otros, puede en última instancia verse restringida o limitada por los Estados en casos concretos, como una excepción a la norma general de libertad de acción. Estas injerencias potencialmente lícitas sólo pueden aplicarse como resultado de un esfuerzo de armonización, equilibrio e integración de los derechos en conflicto, en la mayor medida de lo posible, pues las restricciones a los derechos y libertades sólo son lícitas en cuanto sean estrictamente necesarias. Instruir a los estudiantes sobre el contenido protegido del derecho a la libertad religiosa, así como del deber del Estado de realizar una armonización de los derechos cuando sea necesario, **es en sí** parte del contenido de una educación centrada en los derechos humanos, de acuerdo con los principios rectores. Por lo tanto, sería contrario a derecho afirmar que la enseñanza de doctrinas morales y religiosas, que otros pueden considerar objetables, por parte de un representante de una comunidad religiosa a sus propios fieles, contraviene los derechos humanos y, en consecuencia, debe ser excluida de la educación formal en el contexto de las escuelas.
43. Dicho de otro modo, el hecho de que en algunos casos el derecho a la igualdad y a la no discriminación vaya a prevalecer sobre las pretensiones de libertad religiosa, luego de un proceso de ponderación y armonización de derechos —y siendo igualmente el caso, en sentido inverso—, no lleva a la conclusión de que, en general, las pretensiones de libertad religiosa no son parte del derecho internacional de los derechos humanos, o que las decisiones laborales tomadas al amparo de la libertad religiosa sean siempre ilícitas y no puedan aceptarse en el contexto de la educación.

44. Por último, también debemos ser conscientes del hecho, argumentado por el Estado, de que la decisión tomada por las comunidades religiosas en cuanto a la identidad de sus profesores — considerados como representantes idóneos o no de acuerdo con sus propios criterios morales y religiosos—, no supone una forma de discriminación ilegal y violación de los derechos humanos. Es el propio derecho internacional de los derechos humanos, elaborado por los Estados a través de los procesos de conclusión de los tratados, el que niega explícitamente la existencia de una discriminación por parte de las comunidades religiosas a la hora de tomar estas decisiones, incluso cuando suceda en el contexto laboral.
45. Por ejemplo, el Convenio N. 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la igualdad en el empleo y la ocupación —que es un tratado de derechos humanos— lo reconoce así en su artículo 1 y ha sido interpretado de la misma manera por su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.⁴⁸ La misma conclusión ha sido también afirmada por su Departamento de Normas Laborales Internacionales, y específicamente en lo que respecta a las personas LGBTQ, remarcando la inexistencia de discriminación en estas decisiones,⁴⁹ siempre que se cumplan los criterios que se han detallado para el correcto balanceo y armonización de los derechos.⁵⁰
46. Lo mismo ocurre con la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea que se aplica tanto al sector privado como al público, y que igualmente niega el carácter de discriminación ilegal a las decisiones basadas en características como "**la religión o las creencias,... o la orientación sexual**" cuando constituyen "*un requisito profesional genuino y determinante*," como es el caso indiscutido respecto de los profesores de religión confesional.⁵¹
47. Hay muchos otros ejemplos de los que seguramente la Corte es consciente. La conclusión es en todo caso clara: **reconocer que, en algunos contextos específicos y determinados, las distinciones basadas en razones religiosas o de orientación sexual, o ambas, no son constitutivas de discriminación, no entra en conflicto con el derecho internacional sobre derechos humanos, sino que, de hecho, es parte integrante del mismo.** Y por esa razón, es erróneo sugerir que, de alguna manera, reconocer y aceptar esto contradice los objetivos que debe perseguir el Estado en el ámbito de la educación. Por lo tanto, el argumento del Sr. Uprimny es incorrecto y debe ser descartado.

⁴⁶ Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, par. 5.

⁴⁷ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18.1.

48. En suma, creemos haber demostrado a esta Honorable Corte que, contrariamente a lo que han insinuado el Sr. Uprimny y la Sra. García, no existe contradicción alguna entre, por un lado, perseguir el objetivo de fortalecer el respeto de los derechos humanos en el contexto del derecho a la educación —que no puede pasar por alto la libertad de religión y todos sus derechos protegidos—; y que el Estado acepte, por otro, que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, en algunos contextos las protecciones de la libertad religiosa darán lugar a decisiones de empleo u ocupación basadas en la religión o la orientación sexual que son lícitas, cuando en otros contextos se considerarían discriminatorias e ilícitas. La mera afirmación de que el contenido de la educación en las escuelas debe ser acorde con los derechos humanos y formar a los alumnos en la tolerancia no constituye un argumento por sí solo, ni es una objeción real y decisiva en contra de que el Estado adopte el sistema de "certificados de idoneidad" y respete la deferencia debida a las decisiones autónomas de las comunidades religiosas sobre quiénes consideran aptos para enseñar su fe en su nombre.

⁴⁸Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III, Igualdad en el Empleo y la Ocupación, 1996, Capítulo III, medidas no consideradas como discriminación.

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Documento informativo sobre la protección contra la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales (SOGIESC), Constance Thomas con Catherine Weber, marzo de 2019, par. 105.

⁵⁰ Por ejemplo, que el requisito ocupacional para un trabajo, función o tarea específica se limite sólo a dicho trabajo, función o tarea, y que no se aplique a todo un sector de actividad, afectando desproporcionadamente a la persona. Véase, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III, Igualdad en el Empleo y la Ocupación, par. 119.

⁵¹ Véase, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22, par. 4, así como los casos *Fernandez Martínez v. España* y *Travas v. Croacia*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VI. Conclusión

49. El caso *Pavez* involucra un contexto clásico en el que derechos fundamentales colisionan, pero también uno en el que el sentido común y el compromiso con la equidad para todos pueden identificar soluciones que optimicen los derechos para todos. El caso *Pavez* cuestiona el uso de un mecanismo que es un dispositivo estándar en numerosos sistemas jurídicos dentro de la jurisdicción de la Corte Interamericana que permiten la instrucción religiosa en las escuelas públicas. No todos los sistemas educativos tienen esta característica, pero muchos sí. El derecho internacional de los derechos humanos nunca ha declarado que tales estructuras institucionales sean inadmisibles. Una clave para hacer que estos sistemas funcionen es permitir que las comunidades religiosas conserven cierto control de quién está calificado para enseñar su religión. *Pavez* pone en entredicho esa premisa vital, amenazando con desentrañar décadas de práctica construidas en aras de mantener un equilibrio delicado entre las instituciones educativas y religiosas y los titulares de derechos superpuestos en cada una de ellas.

50. El punto de nuestro argumento es que esta confrontación polarizada, particularmente en el caso *Pavez*, puede evitarse aplicando principios legales de larga data y cánones básicos de justicia y sentido común para encontrar una solución que no necesariamente proporcione un 100% de satisfacción para todos, pero que sí proporcione una solución que busque optimizar los derechos de todos. Esa es la enseñanza de la doctrina de la concordancia práctica: que se busque una solución que tome en serio los derechos de todos los interesados y busque minimizar los daños concretos que sufren las personas. Esa es también la enseñanza del análisis de escrutinio estricto de esta Corte. La afirmación de que la discriminación contra los derechos de las personas LGBT+ debe ser estrictamente examinada no significa que otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de religión o creencias, simplemente deban ser ignorados. Los derechos de libertad religiosa no son absolutos y, bajo ciertas circunstancias, pueden ser superados por otros derechos. Pero en el presente caso, hay un camino claro hacia adelante que minimiza la vulneración a los derechos de la Sra. Pavez, y al mismo tiempo evita minar una característica clave de la instrucción religiosa católica en Chile (y por implicación, en muchos otros países latinoamericanos y respecto de todas las comunidades religiosas que buscan hacer valer su derecho de enseñar a sus miembros en las escuelas). En nuestro mundo pluralista, mucho depende de encontrar tales soluciones que permitan que coexistan estilos de vida rivales.

51. La educación religiosa no es un enemigo de los derechos humanos, sino un área vital para aprender algunas de las complejas lecciones del pluralismo. Hace quince años, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa reunió a un grupo de expertos para explorar cómo la enseñanza *sobre* la religión (en lugar de inculcar la religión) podría contribuir a la alfabetización religiosa y a sistemas educativos más compatibles con los derechos humanos. El resultado fueron los *Principios Orientadores de Toledo sobre la Enseñanza Acerca de Religiones y Creencias en las Escuelas Públicas*.⁵² Significativamente, los que participamos en el proyecto reconocemos desde el principio que no debemos "tomar partido con respecto a los diferentes enfoques de la enseñanza sobre religiones y creencias que existen actualmente en los Estados participantes de la OSCE"⁵³ u otros Estados, para ese caso. Entendimos que los Estados tienen una amplia libertad en la estructuración de sus sistemas educativos y en la determinación de hasta qué punto deben permitir la cooperación con las comunidades religiosas dentro de esos sistemas. También comprendimos que atacar los sistemas existentes era más probable que generara resistencia que progreso. Nuestro objetivo era identificar herramientas que pudieran utilizarse en una serie de sistemas que se basarían en la fuerza del respeto del derecho humano a la libertad de religión o de creencias para optimizar los beneficios para las diversas partes interesadas y todos los titulares de derechos en el sistema educativo.
52. En una línea similar, esta Corte debería llegar a un resultado que fomente la sensibilidad a los derechos de alguien en la situación de la Sra. Pavez, pero sin tratar de dismantelar una característica fundamental de la educación religiosa que afecta los derechos de innumerables niños, padres y comunidades religiosas. El respeto por las estructuras institucionales existentes implícitas en el enfoque chileno es más probable que abra caminos respetuosos que permitan a las personas con puntos de vista mundiales muy diferentes, encontrar maneras de convivir en paz.

Respetuosamente presentado a la Honorable Corte para su consideración

Prof. W. Cole Durham, Jr., J.D.

Ján Figel, MSc., Ph.D.

⁵² Consejo Asesor de Expertos de la OIDDH, *Principios Orientadores de Toledo sobre la Enseñanza Acerca de Religiones y Creencias en las Escuelas Públicas* (OSCE/OIDDH, 2007), disponible en <https://www.osce.org/files/f/documents/c/e/29154.pdf>.

⁵³ Id. 20.