

LIBERTAD RELIGIOSA Y EDUCACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: PRIMERAS NOTAS SOBRE LA SENTENCIA DEL CASO “PAVEZ VS. CHILE”

Por

JUAN G. NAVARRO FLORIA
Pontificia Universidad Católica Argentina

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 59 (2022)

1. INTRODUCCIÓN

El día 20 de abril de 2022 se conoció finalmente la sentencia de fondo dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Pavez Pavez vs. Chile”, aunque ella tiene fecha 4 de febrero de 2022¹.

En ella se abordan varios temas de gran interés, como el derecho a la identidad, al trabajo, a la autodeterminación en materia de orientación sexual, a la no discriminación, al acceso a la función pública y a la defensa de los derechos, en los que sin embargo no me detendré. Estos comentarios estarán centrados en el tratamiento que hace la Corte del derecho a la libertad religiosa, en particular en relación con la educación. Ese era en realidad el núcleo central del caso, aunque sorprendentemente (o no tanto) éste fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ignorando por completo la posible afectación a la libertad religiosa y centrándose exclusivamente en una alegada discriminación por orientación sexual².

A pesar del esfuerzo de la Comisión por soslayar la cuestión de la afectación a la libertad religiosa (especialmente en su dimensión colectiva), la Corte no tuvo más

¹ Accesible en el sitio de la Corte: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf. La sentencia fue dictada por la Corte en su anterior composición, previa a la última renovación de miembros, por ser los jueces que habían escuchado los alegatos del caso (y con la exclusión del ex juez VIO GROSSI, por ser de nacionalidad chilena).

² Para quien no esté familiarizado con el funcionamiento del sistema interamericano conviene recordar que las causas ante la Corte Interamericana sólo pueden ser presentadas por la Comisión Interamericana, quien interviene previamente, eventualmente procura una conciliación, y si considera que se ha producido una violación a la Convención Interamericana presenta el caso a la Corte.

remedio que considerar el tema aunque, como veremos, no lo hizo del modo más feliz. De todas maneras, hay que notar que es el primer caso en el que la Corte analiza con cierta profundidad el derecho a la libertad religiosa tutelado por el artículo 12 del Pacto de San José de Costa Rica y, en ese sentido, aporta algunos conceptos algo más elaborados que los que hasta ahora había expresado³.

Como se sabe, el primer y acaso casi único caso en que la Corte se ocupó en forma directa de juzgar una posible violación a la libertad religiosa fue "Olmedo Bustos c. Chile"⁴. La Corte sólo dedicó un párrafo a la cuestión de la libertad religiosa, para desechar que se hubiera visto vulnerada en ese caso, aunque lo que allí dijo ha sido repetido luego cada vez que la Corte hizo referencia al art.12 del Pacto: *"Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida."*⁵.

Las otras oportunidades en las que la Corte juzgó una posible violación del art.12 del Pacto ha sido por su relación con la violación de otros derechos. La mayor parte de ellas se trataba de comunidades indígenas. En varios casos referidos a ellas, donde la cuestión de fondo era la violación del derecho de propiedad sobre sus territorios, o del derecho a la vida de sus integrantes, se vinculó con esos derechos a la libertad religiosa, que la Corte encontró violada en forma indirecta⁶. En algunas de esas sentencias se vinculó claramente a la libertad religiosa con el derecho a la identidad, y con el derecho a la educación en tanto medio para la conservación y transmisión de dicha identidad⁷. En

³ Ver al respecto NAVARRO FLORIA, Juan G., "La (relativamente ausente) libertad religiosa y de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en "Sociedad, Derecho y factor religioso", Comares, Granada, 2017, pp.465-478.

⁴ Hubo otro caso donde se juzgó la posible violación al derecho a la libertad religiosa, pero la Corte directamente consideró que los hechos no tenían relación con ese derecho (Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130). Algo semejante ocurrió en el caso "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas" (Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160).

⁵ Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile" (Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶ Corte IDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros. Un antecedente con las mismas ideas subyacentes es el "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Ecuador", sentencia del 31/8/2001; "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; "Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, § 155.

⁷ "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones". Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; "Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción

otras oportunidades se destacó la existencia de un derecho a enterrar a los muertos conforme a las tradiciones y rituales religiosos⁸; y ello no solamente en relación a los pueblos indígenas⁹. Otras menciones del derecho a la libertad religiosa han sido incidentales, en relación por ejemplo a personas privadas de la libertad¹⁰.

2. LOS HECHOS DEL CASO

Los hechos son simples. Sandra PAVEZ PAVEZ es una ex religiosa que se desempeñaba como profesora de religión católica en un colegio municipal (público). En Chile la enseñanza de la religión de tipo confesional (catequesis, en la terminología católica) es una materia de oferta obligatoria en todas las escuelas públicas, y de recepción optativa según decisión de los padres. El tema está regulado por la ley de educación y por el Decreto 924 del año 1983¹¹.

Los programas de estudio son elaborados por las distintas confesiones religiosas (se ofrecen cursos de dieciséis de ellas¹²), y los profesores de religión (éste es el meollo del

Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

⁸ Caso "La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 232, y Caso "González Medina y familiares Vs. República Dominicana", párr. 291; Caso "Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas", párr. 87.a, y "Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala", §§ 226 y 292; "Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250; "Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones". Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116. También y en la misma línea, "Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam", sentencia del 15/6/2005, Serie C, nº124.

⁹ "Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia de 19 de Noviembre de 2015 § 220; Cfr. "Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas". Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81. Al respecto, ver también mutatis mutandi "Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo". Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 115. También: "Caso Gómez Palomino vs. Perú", sentencia del 22/11/2005, Serie C Nº 136, párr.141; "Caso de la Masacre de Maripipán vs. Colombia", sentencia del 15/9/2005, Serie C nº 122.

¹⁰ Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Se trata de una mención incidental porque, entre las graves violaciones a los derechos humanos de los detenidos no se denunció específicamente violación de su libertad religiosa.

¹¹ Dice que "Los planes de estudio de los diferentes cursos de educación pre-básica, general básica y de educación media, incluirán, en cada curso, 2 clases semanales de religión" (art.1); "Las clases de Religión se dictarán en el horario oficial semanal del establecimiento educacional" (art.2); "deberán ofrecerse en todos los establecimientos educacionales del país, con carácter de optativas para el alumno y la familia. Los padres o apoderados deberán manifestar por escrito, en el momento de matricular a sus hijos o pupilos, si desean o no la enseñanza de Religión, señalando si optan por un credo determinado o si no desean que su hijo o pupilo curse clases de Religión" (art.3)

¹² Religión judía, islámica, católica, cristiana ortodoxa, cristiana evangélica o protestante de distintas confesiones, adventista, Bahai, Testigos de Jehová...

caso) “*para ejercer como tal, deberá[n] estar en posesión de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponda, cuya validez durará mientras ésta no lo revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir dicho cargo*”.

Cuando se hizo público que la Sra. PAVEZ había entablado una relación homosexual estable, el obispo competente le retiró el certificado de idoneidad. Como consecuencia la escuela en la que servía la apartó de las clases de religión, pero la mantuvo en su empleo e incluso la ascendió, conservando el puesto docente hasta su jubilación.

PAVEZ demandó contra la decisión del obispo ante los tribunales chilenos, sin éxito. Tras eso, acudió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El estado chileno ofreció una conciliación, que no fue siquiera respondida.

3. LA DEMANDA

Aunque en las instancias nacionales había dirigido sus reclamos contra la Iglesia y no contra el Estado, en la CIDH sólo se persiguió y obtuvo la declaración de responsabilidad del Estado, sin dar intervención ni oportunidad de alegar en su defensa a la Iglesia¹³. Hubo treinta y cinco *amicus curiae*. Dos tercios de ellos dando razones para el rechazo de la demanda y acerca de la necesidad de proteger la libertad religiosa, desde diversas perspectivas¹⁴. Ninguno de ellos fue ni siquiera considerado por la Corte (tampoco los que fueron en apoyo de PAVEZ)¹⁵.

Según recuerda la sentencia, “La Comisión determinó que en este caso existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual, sin ofrecer motivo alguno que supere un escrutinio mínimo de objetividad y razonabilidad, atribuible al Estado puesto que existía una regulación que otorgaba facultades absolutas en la materia a las autoridades religiosas. En virtud de ello, la Comisión concluyó que el Estado de Chile es responsable por la violación a la vida privada y autonomía, al principio de igualdad y no discriminación, al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, al trabajo, a contar con decisiones motivadas y a la protección judicial, establecidos en los artículos

¹³ Aunque hubo varios *amicus curiae* de la Iglesia (incluyendo a la Conferencia Episcopal de Chile, acompañado por el CELAM, la Iglesia Ortodoxa, la Unión Evangélica Nacional, la Iglesia Anglicana, la Alianza Evangélica Latina, la comunidad Musulmana y la comunidad Judía de Chile, que hicieron causa común con la Iglesia Católica, pero que ni siquiera fue considerado o mencionado en la sentencia). Ver <http://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/47945/38277>

¹⁴ Muchos de ellos pueden verse publicados digitalmente en la Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, volumen especial de 2022: <http://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/index>

¹⁵ La Corte llamó de oficio a un perito experto en temas de libertad religiosa, el profesor alemán Gerhard .Robbers, que brindó un muy sólido informe. Ni siquiera fue mencionado en la sentencia. El informe de otro testigo llamado de oficio, Paolo Carrozza, fue mencionado de manera tergiversada.

11.2, 24, 23.1.c), 26, 8.1 y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Sandra Pavez” (§1)

Deliberadamente la Comisión omitió considerar el caso a la luz del derecho a la libertad religiosa, especialmente en su faz colectiva (la libertad de las iglesias y confesiones religiosas para, entre otras cuestiones, decidir quién es idóneo para enseñar la religión que profesan). La Corte decidió entonces que debía examinar la posible violación a “a) los derechos a la igualdad, a acceder a la función pública, a la libertad personal, a la vida privada y al trabajo en relación con la obligación de no discriminar y de adoptar disposiciones de derecho interno, y b) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con las obligaciones de respeto y garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno” (§33).

Sin embargo, dado que “El Estado sostuvo que la actuación de la Vicaría debía ser leída a la luz del derecho a la libertad de conciencia y religión contenido en el artículo 12 de la Convención Americana, el cual comprende el derecho para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” y que debía atenderse a “que las autoridades religiosas tienen autonomía para designar a los profesores de religión”, entre otros argumentos, la Corte aceptó “analizar las alegadas vulneraciones al derecho a la vida privada y autonomía, a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, y al trabajo, tomando en cuenta el derecho a la libertad de conciencia y religión contenido en el artículo 12 de la Convención Americana en el contexto educativo” (§54 y 55).

4. LA SENTENCIA

La Corte hace extensas consideraciones sobre el derecho a la identidad, en general y en particular en lo que tiene que ver con la orientación sexual y la identidad sexual (§ 57-64) y sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, en particular por razones de orientación sexual (§65-70). Como se anticipó, no entraremos en estas cuestiones.

4.1. La esfera secular y la religiosa

Recordando su OC 24/17, la Corte afirma que las convicciones religiosas “no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe darse una

coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es **reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro** (§71).

Hay aquí una primera definición relevante: las consideraciones de tipo religioso (¿y también moral?) no pueden ser tomadas en cuenta a la hora de examinar “en la esfera secular” la eventual discriminación por orientación sexual. Pareciera entonces que la autonomía individual en materia de orientación sexual prevalece siempre, para la Corte, por sobre las normas religiosas o morales.

Una primera observación es que la Corte reconoce una diferencia de “esferas” entre lo religioso y lo secular. El actual pronunciamiento se limita a la “esfera secular”. Nada dice (ni debería haber dicho, por cierto) respecto de la “esfera religiosa”. Allí se entiende que subsiste un espacio amplio de autonomía para las definiciones incluso en materia sexual, a la luz precisamente de los preceptos religiosos y morales de cada confesión.

Más adelante dirá la Corte, y está muy bien: “no existe discusión en torno al hecho que, de conformidad con el derecho a la libertad de conciencia y Religión, las comunidades religiosas deben estar libres de toda injerencia arbitraria del Estado en los ámbitos relacionados con las creencias religiosas y la vida organizativa de la comunidad y, en particular, sobre los asuntos que atañen a su organización interna” (§119). Es el expreso reconocimiento de la autonomía de las confesiones religiosas en su propio ámbito (en su “esfera”), que es una exigencia del principio de laicidad correctamente entendido.

La laicidad es una avenida de doble mano: supone que el Estado “en su esfera” prescinde de valoraciones de tipo religioso, dice la Corte. La contracara es que en la esfera que les es propia, las confesiones religiosas deben poder decidir y actuar sin injerencia de parte del Estado.

4.2. La libertad de educación en relación a la libertad religiosa

En relación al “derecho a la educación, la libertad de religión y la educación religiosa”, la Corte recuerda el texto de las normas convencionales (especialmente arts.12 y 27 de la CADH, pero también el art.III de la Declaración Americana, el art.45 de la carta de la OEA, el Protocolo de San Salvador e incluso normas de la convención de Belem do Parà; y en ámbito universal de la Declaración Universal, el PIDCP, el PIDESC, la Declaración de 1981 de la ONU sobre libertad religiosa e incluso los convenios de Ginebra), pero se limita a la transcripción de las normas. Es una lástima que no haya desarrollado alguna interpretación de ellas, y otras que omitió citar.

Ese amplio abanico de normas, demuestra que la libertad religiosa ocupa un lugar destacado en el conjunto de los derechos humanos tal como es reconocido en el sistema interamericano y universal.

La libertad religiosa es al mismo tiempo un derecho de las personas, y un principio. Afirmar que es un principio significa que ella es la pauta o paradigma de interpretación que se debe seguir en lo referido al tratamiento jurídico del elemento religioso en la sociedad: las soluciones que se den a los casos donde interviene el elemento religioso deben ser aquellas que permitan garantizar en mayor medida la libertad religiosa.

La Corte sólo agrega (§84), haciéndolas propias, dos manifestaciones. Una, del Relator sobre libertad de religión de la ONU: “el objetivo del derecho a la libertad de religión “no es proteger las creencias en sí (religiosas o de otro tipo), sino a los creyentes y su libertad de profesar y expresar sus creencias, individualmente o en comunidad con otros, a fin de definir su vida de conformidad con sus propias convicciones”¹⁶.

Es cierto, y es un eco de la justa refutación a un viejo y errado apotegma que justificó muchos atropellos, aquel de “el error no tiene derechos”. Los derechos son de las personas, no de las ideas o las creencias. Y en ese sentido, la igual y eminente dignidad de toda persona humana exige respetar la libertad de pensamiento, conciencia y religión de toda persona, estemos o no de acuerdo con su contenido. Es importante el reconocimiento que hace la Corte del derecho a “definir su vida de conformidad con sus propias convicciones”¹⁷, es decir, libres de imposiciones ideológicas por parte del Estado. Y también de la dimensión colectiva de la libertad religiosa, a la que en seguida atenderemos.

La otra afirmación que la Corte hace propia es del Relator Especial de la ONU sobre derecho a la enseñanza que “subrayó que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce la libertad de los padres para garantizar la educación moral y religiosa de sus hijos que esté de acuerdo con sus propias convicciones y para escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, así como la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza”¹⁸. No agrega nada al texto de los tratados internacionales pero es oportuno subrayarlo.

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias. A/HRC/34/50, 17 de enero de 2017, párr. 24.

¹⁷ Hay aquí un fundamento, entre otras cosas, para justificar el derecho a la objeción de conciencia.

¹⁸ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Derecho a la educación: las dimensiones culturales del derecho a la educación o el derecho a la educación como derecho cultural, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. A/HRC/47/32, 16 de abril de 2021, párr. 24.

4.3. Las dimensiones individual y colectiva de la libertad religiosa

La Corte cita su vieja y escueta sentencia en el caso “Olmedo Bustos”, donde hizo una fuerte valoración de la libertad religiosa, pero agrega ahora algo en lo que antes no había reparado claramente: **“Se desprende del enunciado del artículo 12 que ese derecho tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva y que ese derecho comprende también el derecho a la educación religiosa”** (§75).

Y más adelante lo repite: “este Tribunal ha constatado que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 12 de la Convención Americana, así como en el corpus iuris internacional (supra párrs. 73 a 83), **el derecho a la libertad de religión es un derecho con una dimensión individual y otra colectiva, que comprende varias garantías, una de las cuales consiste en el derecho para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 12.4)**” (§94).

El reconocimiento de la dimensión colectiva de la libertad religiosa es de crucial importancia. De él deberían derivarse varias consecuencias, alguna de las cuales es aludida luego en la sentencia como veremos (la autonomía de las confesiones religiosas), mientras que otras quedaron ahora silenciadas, aunque no negadas. Me refiero por ejemplo de la posibilidad de que las iglesias y confesiones religiosas puedan actuar en defensa de los derechos de sus fieles ante la Corte y defender su derecho a la libertad religiosa. En el “*amicus curiae*” que tuve ocasión de presentar en este caso “Pavez” argumenté extensamente sobre este tema¹⁹, demostrando que reconocer la titularidad de derechos a las iglesias y comunidades y la consiguiente posibilidad de llevar ante la Corte los casos en que ellos son afectados, lejos de oponerse a lo dicho en la Opinión Consultiva 22 de la Corte es perfectamente coherente con ella.

4.4. La legitimidad y convencionalidad de la enseñanza religiosa escolar

Uno de los aspectos más relevantes, y más positivos, de la sentencia “Pavez”, es el expreso reconocimiento que hace la Corte de la legitimidad y la convencionalidad de la enseñanza escolar de la religión. Es más: no sólo la considera acorde con el Pacto de San José de Costa Rica sino que, prácticamente, considera que es una exigencia del sistema internacional de derechos humanos, tanto global como regional.

Al respecto, afirma la Corte: “una de las garantías de la libertad religiosa, a saber, el derecho para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la

¹⁹ NAVARRO FLORIA, Juan G., “Escrito Amicus Curiae dirigido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el caso “Pavez Pavez vs. Chile”, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Número especial 2022, ISSN 0719-7160 (accesible en <http://revistalatederechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/47953/38281>)

educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, puede implicar, según el diseño normativo de cada Estado, que las autoridades religiosas tengan la posibilidad de seleccionar a las profesoras y a los profesores de religión que dicten clase sobre su doctrina. Esa habilitación podría materializarse a través de certificados de idoneidad como es el caso en Chile. En ese sentido, **la vigencia del Decreto 924²⁰ no resulta per se contraria a la Convención, y puede incluso constituir una de las varias formas de incorporar en el derecho interno lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Convención**” (§97).

Esta trascendental afirmación contrasta fuertemente con lo dicho por la Corte Suprema de la Argentina en el caso “Castillo”²¹.

En “Castillo” nuestra Corte nacional aceptó e incluso valoró el estudio de la religión en el ámbito escolar, pero admitiendo sólo dos modalidades posibles: que se trate de un estudio “neutral” de la religión en general y no la enseñanza confesional de una religión en particular, o que si se brinda este último tipo de enseñanza sea no solamente de recepción optativa sino, además, fuera del horario normal de clases.

En “Pavez”, en cambio, la CIDH reconoce que es una opción legítima de los estados que **se brinde enseñanza confesional dentro del horario escolar, en las escuelas de gestión pública**, y que esa enseñanza sea ofertada obligatoriamente en tanto su recepción quede a elección de los padres. Que es ni más ni menos que lo que preveía la legislación de la provincia de Salta, que la Corte argentina invalidó parcialmente. Si en “Castillo” se hubiera aplicado el criterio de “Pavez”, la demanda hubiera tenido que ser rechazada y la enseñanza escolar de la religión en la forma elegida por Salta ser convalidada.

Uno de los argumentos para validar el régimen chileno (de la ley de educación, reglamentada por el Decreto 924 en este punto), es que él “no establece diferencias de trato entre distintos dogmas religiosos o disposiciones para impartir enseñanza sobre un credo religioso en particular. En esa medida, el Decreto trata por igual a todas las religiones” (§94). Efectivamente, como vimos, son dieciséis las religiones que hasta el presente han accedido a brindar enseñanza en las escuelas públicas bajo este régimen, y a ninguna le ha sido negada esa posibilidad.

²⁰ Que como se vio más arriba, establece la enseñanza confesional de la religión en las escuelas públicas, de oferta obligatoria y recepción optativa, brindada según programas aprobados por las propias confesiones religiosas.

²¹ CSJN, “Castillo, Viviana c. Provincia de Salta”, 12/12/2017, SAIJ: FA17000058. Me ocupé de esa sentencia en NAVARRO FLORIA, Juan G., “El derecho de los padres a educar a sus hijos: reflexiones a partir del caso “Salta””, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año X, n° 01, febrero de 2018, p.42.

Ciertamente, cabe discutir si esa forma de enseñar religión en la escuela es la más apropiada, entre otras razones por algunas dificultades que puede presentar como muestra justamente el caso “Pavez”. Sin embargo, lo que aquí señalamos debería servir por lo menos para replantearnos seriamente y de nuevo este tema, que es de crucial importancia en la sociedad actual: cómo debe estar presente la religión en la escuela, porque no cabe duda de que debe estarlo, so pena de seguir produciendo generaciones de analfabetos religiosos y culturales con la consiguiente dificultad para comprender el mundo.

4.5. La selección de los docentes de religión y la autonomía de las confesiones religiosas

Llegamos ahora al punto central y crucial de “Pavez”, en lo que se refiere al tema que nos ocupa (dejo de lado, insisto, las cuestiones de orden laboral o administrativo que también se trataron en la sentencia, y la cuestión acerca de los mecanismos de revisión judicial de las decisiones administrativas que también se cuestionaron, con éxito para la demandante).

Dice la Corte que “no existe discusión en torno al hecho que, de conformidad con el derecho a la libertad de conciencia y Religión, **las comunidades religiosas deben estar libres de toda injerencia arbitraria del Estado en los ámbitos relacionados con las creencias religiosas y la vida organizativa de la comunidad y, en particular, sobre los asuntos que atañen a su organización interna.** Sin perjuicio de ello, para este Tribunal, el punto central de la discusión reside en determinar si la selección por parte de una autoridad o comunidad religiosa de las personas encargadas de dictar clases de un credo religioso en un establecimiento educativo público, se encuentra incluido dentro de ese ámbito de autonomía inherente al derecho a la libertad religiosa” (§119)

El sistema de enseñanza de la religión organizado por Chile y que la Corte admite como acorde con la Convención Interamericana incluye que la selección de los docentes de religión, incluso los que actúan en escuelas estatales, sea hecha por cada confesión religiosa mediante el otorgamiento de un certificado de idoneidad para la función.

La Corte no invalida ese proceso de selección, aunque sí incurre en un grave error de concepto al caracterizarlo. Para la CIDH existe una delegación hecha por el Estado en las confesiones religiosas del derecho a seleccionar los docentes de religión. La defensa del Estado planteó que eso es falso, porque no hay ninguna delegación sino ejercicio de un derecho propio de las confesiones. Volveremos sobre esto.

Lo que la Corte cuestiona y sí invalida es que la declaración de idoneidad (o su retiro) por parte de las confesiones religiosas no esté sujeta a revisión por parte de los órganos estatales: “Ahora bien, la Corte nota que el citado Decreto no establece, de forma

expresa, ningún medio por el cual la decisión de conceder o no un certificado de idoneidad por parte de las autoridades religiosas pueda estar sujeta a un control posterior por parte de las autoridades administrativas o a recursos idóneos y efectivos ante las autoridades jurisdiccionales para proteger los derechos de las personas contra actos discriminatorios o arbitrarios contrarios a la Convención” (§99).

Y es aquí donde la Corte se equivoca, porque la instancia de revisión que exige supone un avasallamiento de la autonomía propia de las confesiones religiosas. En el párrafo 100 de la sentencia se dice: “en un Estado de derecho no pueden [SIC] haber decisiones que afecten derechos humanos, que se encuentren fuera de un control de legitimidad por parte de autoridades estatales. En ese orden de ideas, si bien no cabe duda de que las comunidades religiosas pueden designar a quienes van a impartir la enseñanza sobre su propio credo, cuando ésta tiene lugar en establecimientos públicos, el Estado debe habilitar el acceso para las personas eventualmente perjudicadas en sus derechos, a una vía administrativa o jurisdiccional que permita revisar esas decisiones en cuanto habilitación para el ejercicio de la docencia. En esos ámbitos, estas decisiones deben poder contar con el debido control estatal y deben respetar los principios y garantías establecidos en la normatividad interna y de la Convención Americana” (§100).

Hay una primera afirmación muy general, que tal como se formula es muy peligrosa, pero que como no tiene otro desarrollo sólo apuntamos: decir que “no pueden [SIC] haber decisiones que afecten derechos humanos, que se encuentren fuera de un control de legitimidad por parte de autoridades estatales”. Tomado esto al pie de la letra, parecería que **cualquier** decisión que tome una iglesia o confesión religiosa estaría sujeta al control estatal, si se alega que un “derecho humano” está afectado. Siempre y en cualquier decisión algún derecho humano se ve afectado en alguna medida. Si la regla de revisión fuera absoluta, la “separación de esferas” que antes se postuló correctamente quedaría arruinada. Sería el fin de la laicidad bien entendida, porque cualquier decisión organizacional de una confesión religiosa, aunque esté sustentada en sus principios religiosos más fundamentales, quedaría sujeta a revisión por parte del Estado.

No podemos pensar ni admitir que la Corte haya querido decir eso, entre otras razones porque entraría en contradicción con lo que afirmó antes acerca de la distinción de esferas secular y religiosa, que exige el reconocimiento de una autonomía de las confesiones religiosas. Como esa afirmación es una especie de *obiter dicta* que ni se explica, ni se fundamenta, ni se desarrolla, sería conveniente dejarla de lado.

La segunda afirmación de este párrafo es que **“no cabe duda de que las comunidades religiosas pueden designar a quienes van a impartir la enseñanza**

sobre su propio credo". Es indiscutible, y es muy valioso que la Corte lo reconozca con esa determinación.

La tercera afirmación es la que conducirá a la solución del caso: que el Estado debe habilitar (aquí nos referimos al caso concreto de la elección de los docentes de religión) una instancia de revisión de la decisión de la autoridad religiosa. Pero limita esa exigencia a un caso muy concreto: cuando la enseñanza religiosa que impartirá ese docente "tiene lugar en establecimientos públicos". Esta precisión es crucial, y como veremos es repetida varias veces en la sentencia.

Hay un paralelo interesante que la Corte podría haber hecho, con remisión a su propia jurisprudencia. Es el de la enseñanza intercultural bilingüe, o la enseñanza de las culturas indígenas. En otros casos, la Corte ha enfatizado la necesidad de que sea la propia comunidad indígena la encargada de seleccionar a quienes han de enseñar su lengua y su cultura a los niños de la comunidad²². Es la misma situación que se plantea con la enseñanza de la religión²³. ¿Aceptaría la Corte que el Estado descalifique a quienes una comunidad indígena haya elegido para transmitir su propia cultura e idioma?

4.6. El juicio de idoneidad del docente de religión, ¿delegación estatal o ejercicio de la autonomía religiosa?

Decíamos que donde se equivoca la Corte es en la conceptualización de la naturaleza del acto de certificación de la idoneidad de los enseñantes de religión.

Recordemos que en este caso se trata, dentro de las distintas opciones legítimas en materia de enseñanza de la religión, de una enseñanza **confesional**. Los docentes de religión enseñan en nombre de la iglesia o confesión a la que pertenecen y con autoridad dada por ella, aunque lo hagan en escuelas de gestión estatal. La enseñanza de la religión podría ser "neutral", "acerca de las religiones" consideradas como un objeto más de estudio, en la forma que la Corte argentina admitió en el caso "Castillo". Pero no es ese el modelo chileno: allí se trata de enseñanza catequética de una religión determinada, elegida por los padres para sus hijos. Una enseñanza que no apela a primariamente a la razón sino al corazón. Los padres confían en la ortodoxia y la ortopraxis de quienes han de transmitir a sus hijos la religión elegida y profesada por

²² Cfr. Corte IDH. " Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

²³ Es interesante al respecto la regulación de Chile en materia de educación intercultural, que consiste en el Decreto Supremo 301 de 2017 (<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1120543>). Su artículo 3 establece el requisito de que los educadores tradicionales a ser contratados por los establecimientos educacionales que deben impartir la educación tradicional bilingüe, son aquellos validados por las comunidades o asociaciones indígenas, y que esa validación se reconoce de modo análogo a lo que ocurre con los profesores de religión confesional.

ellos, y eso es precisamente lo que garantiza la autoridad religiosa cuando certifica su idoneidad.

En estos casos, el Estado no es más que el vehículo para que las iglesias y comunidades religiosas enseñen a sus propios fieles (no a quienes no lo son, que pueden libremente negarse a recibir tal enseñanza) su propia doctrina, que es religiosa pero también moral. La escuela no es más que el lugar donde esa actividad de naturaleza esencialmente religiosa se desarrolla.

La CIDH afirma que “el decreto [924 de Chile] realiza una **delegación incondicionada de la facultad de otorgar certificados de idoneidad a personas para ejercer la docencia religiosa en establecimientos públicos** sin que exista una vía clara para impugnar este tipo de decisiones (...). En esas situaciones, el Estado no puede renunciar a su función de control y tiene la obligación de establecer reglas claras y eficaces para la protección de los derechos eventualmente afectados en estos actos dictados por delegación” (§101). En su defensa, el Estado de Chile había alegado correctamente que esto no es cierto: cuando la autoridad religiosa certifica la idoneidad de los docentes de religión lo hace en ejercicio de una potestad que le es propia, y no por delegación del Estado (§112).

Esta distinción es crucial.

Para llegar a su errada conclusión, la Corte necesita hacer una interpretación extremadamente restrictiva de la Convención. Dice: “la Convención Americana no dispone en su artículo 12.4 que las autoridades religiosas tienen la facultad exclusiva y natural de seleccionar a los profesores de religión o de establecer su idoneidad. El referido artículo únicamente menciona a los padres, y en su caso a los tutores, los cuales tienen el derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (§113).

La pregunta sin embargo es, ¿cómo se aseguran los padres de que la enseñanza religiosa que recibirán sus hijos en la escuela, que tienen derecho a recibir según la Corte admite, sea efectivamente acorde a sus creencias? Justamente, confiando en la certificación de idoneidad de quien puede darla, que no es un burócrata que legítimamente podría no compartir en absoluto o ignorar completamente la religión de la que se trate.

La afirmación anterior de la Corte sin embargo es vacilante, porque a continuación dice que “la posibilidad de que las autoridades religiosas puedan seleccionar a las profesoras y a los profesores de religión que dicten clase sobre su propia doctrina, es una de las formas a través de las cuales se puede materializar el derecho contenido en el artículo 12.4 para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin embargo, esa no es la única forma y, dependiendo de la normatividad interna de cada Estado, ese derecho puede hacerse efectivo de diversas maneras” (§114).

Por una parte, es la forma que eligió Chile en ejercicio de su legítimo margen de apreciación (concepto que, sabemos, no es grato a la Corte). Pero por otra, ¿Cuál sería la alternativa, que garantice adecuadamente la ortodoxia de los docentes? ¿Qué hace pensar que un funcionario estatal esté en mejores condiciones que la autoridad religiosa para certificarla?

Para la Corte, “la posibilidad que tienen las instituciones religiosas de determinar la idoneidad de las y los docentes de religión, lejos de constituir una facultad inherente contemplada en el derecho internacional, depende del diseño interno que establezca cada Estado”(§115). No es así.

La selección de quienes pueden impartir enseñanza confesional de la religión necesariamente hace a la autonomía de las confesiones religiosas. Se puede discutir si es adecuado, conveniente u oportuno que esa enseñanza se imparta en la escuela pública. Ya vimos que la Corte admite que es una opción legítima. Pero la selección de quien puede dar esa enseñanza, en cualquier lugar que sea, no puede quedar más que en manos de la propia confesión religiosa.

4.7. La enseñanza confesional de la religión como ministerio

Uno de los aspectos más notables, y más lamentables, de la sentencia “Pavez”, es su total apartamiento de la jurisprudencia internacional en esta materia. Ciertamente la Corte Interamericana no está obligada a coincidir siempre con su homóloga europea. Pero cuando resuelve sobre un tema que el Tribunal Europeo ha resuelto más de una vez, se espera que si la Corte Interamericana decide hacerlo en sentido opuesto al menos de alguna explicación al respecto.

La situación planteada en “Pavez” tiene antecedentes extraordinariamente similares en Europa. Entre otros casos, cabe traer a colación lo resuelto por el TEDH en los casos “Fernandez Martínez c. España”²⁴ y “Travas c. Croacia”²⁵. Estos casos fueron

²⁴ TEDH, “Fernández Martínez c. España”, 15/05/2014, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145068#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145068%22%7D>

²⁵ TEDH, “Travas c. Croacia”, 4/10/2016, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22respondent%22:%5B%22HRV%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-166942%22%5D%7D>

presentados a la Corte por Chile y por decenas de “amicus curiae”²⁶ y sin embargo fueron ignorados sin ninguna explicación²⁷.

Tampoco la Corte prestó ninguna atención al modo en que los países americanos resuelven la cuestión. Todos aquellos que prevén la enseñanza religiosa confesional en las escuelas públicas, que son muchos, invariablemente reconocen en sus leyes o en concordatos con la Santa Sede la facultad de las iglesias de ser quienes designen a los profesores de religión, sin prever una revisión de esa decisión por parte del Estado.

Del mismo modo la Corte tenía ante sí antecedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que elaboró una sólida doctrina acerca de la “excepción ministerial”²⁸ que, en síntesis, afirma que sólo las confesiones religiosas pueden designar a sus propios ministros religiosos. Y dentro de ese concepto se incluye expresamente a quienes están llamados a ejercer la docencia, tanto específicamente de religión como incluso en áreas conexas.

La Corte Interamericana elige una interpretación muy estrecha de esa doctrina, a la que sin embargo (y esto es positivo) reconoce y en cierto modo admite: “Este Tribunal entiende con respecto a la llamada “excepción ministerial” que la misma opera en actos que se relacionan con el funcionamiento de la comunidad religiosa como lo serían la determinación de quiénes son los miembros de esa iglesia, quiénes son sus ministros, cuáles son sus jerarquías. Sin embargo, respecto de dicho funcionamiento, cuando se proyecta en otros ámbitos esa excepción ministerial se debilita y **es menos robusta, en particular en el ámbito educativo en establecimientos públicos** en donde los principios y valores de tolerancia, de pleno respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, y la no discriminación son de imperioso cumplimiento para el Estado” (§128). “Menos robusta” no significa que no exista...

La designación de los profesores de religión cuando lo que se imparte es enseñanza religiosa confesional, presenta cierta equivalencia con la designación de capellanes en distintas instituciones públicas, como pueden ser hospitales, cárceles o fuerzas armadas o de seguridad. Prácticamente todos los países americanos cuentan con capellanes de una o varias confesiones religiosas, en esas instituciones.

Para la designación de un capellán, que brindará asistencia religiosa a los fieles de su propio credo, es indispensable la nominación o habilitación por parte de la autoridad de

²⁶ Ver por ejemplo el presentado por los profesores Javier Martínez Torró y María José Valero, en la publicación citada en nota 13.

²⁷ La sentencia de la Gran Sala del TEDH en “Fernández Martínez” apenas es citada en la nota 164 al párrafo 129 de “Pavez” y se lo hace de modo descontextualizado, haciéndole decir lo contrario de lo que en realidad dijo el TEDH.

²⁸ Ver por ejemplo: “Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.”, Resuelto el 11 de enero de 2012, <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-553.pdf>

la confesión religiosa de la que se trate. Una vez obtenida esa habilitación, si el sistema de contratación de capellanes es el conocido como sistema de “integración orgánica” donde el capellán forma parte de la planta funcional del establecimiento, habrá un acto administrativo de designación que lo incorpore a esa planta orgánica y le permita, por ejemplo, cobrar las remuneraciones pertinentes.

De esa manera, la designación de un capellán es un acto jurídico complejo, donde interviene en primer término la autoridad religiosa que lo habilita o propone, y en segundo término la autoridad administrativa estatal que lo designa en el cargo o contrata.

En esos casos, es de rigor que si el capellán o ministro religioso designado pierde la confianza de la autoridad religiosa que lo designó, deba dejar la función, porque ya no podrá seguir actuando en nombre de la iglesia o comunidad religiosa correspondiente. Los fieles de esa comunidad tienen derecho a recibir asistencia de un ministro de culto que represente plenamente a su propia confesión y no de alguien que esté eventualmente en conflicto con ella. En esos casos, el Estado deberá arbitrar algún medio para resolver la situación laboral de la persona, pero en ningún caso podrá sustituir a la autoridad eclesiástica o religiosa en la decisión de reconocer o desconocer su idoneidad para la función (religiosa) que desempeña.

4.8. La relevancia de la naturaleza de las escuelas implicadas: diferencia entre educación “pública” y “privada”

En el párrafo recién transcrito (§128) por segunda vez que la Corte acota el ámbito de su decisión a los “establecimientos públicos”. Ya vimos que lo hizo también en el § 100, y en el §112.

Más adelante dirá: “la excepción ministerial y la discrecionalidad de las decisiones de las comunidades religiosas no son de aplicación en el ámbito de la educación **en establecimiento públicos**” (§131)

Y también: “si bien la designación de profesores de un credo religioso particular por parte de las comunidades religiosas interesadas de conformidad con lo establecido en el Decreto 924 podría comprender un cierto margen de autonomía, la cual sería concordante con el derecho a la libertad religiosa (...), la misma no puede ser absoluta. Lo anterior se debe a que las clases de religión católica como parte de un plan de **educación pública, en establecimientos educativos públicos, financiados por fondos públicos**, no se encuentran dentro de los ámbitos de libertad religiosa que deben estar libres de toda injerencia del Estado puesto que no están claramente relacionadas con las creencias religiosas o la vida organizativa de las comunidades” (§ 129).

La Corte en ningún momento precisa qué es lo que entiende por “establecimientos públicos”. Sin embargo, un elemento central de su decisión será que PAVEZ, por trabajar en una escuela municipal, era una funcionaria pública (caracterización controvertida por Chile, pero en la que no interesa profundizar ahora). Todo indica que cuando se dice “público” en la sentencia se quiere decir “estatal”.

Esta precisión es importante, sobre todo pensando en la Argentina donde existe cierta ambigüedad terminológica y conceptual. En nuestro país se suele afirmar que **toda** la educación (al menos, la inicial, primaria y secundaria) es “pública” en cuanto destinada a los niños en general, pero conformada por dos sub-sistemas: la educación pública de gestión estatal y la educación pública de gestión privada. Esta última está reconocida por el Estado, sujeta supervisión por parte de éste, pero no deja de ser el ejercicio de un derecho propio de los particulares (y entre ellos de modo preeminente las iglesias y confesiones religiosas, expresamente reconocidas en este rol por la ley²⁹), que es el derecho de enseñar garantizado por la Constitución nacional (art.14).

Un punto a señalar es que la naturaleza propia de la educación de gestión privada no cambia por el hecho de ser parcialmente financiada por aportes económicos del Estado, porque ese aporte es precisamente el modo que la República Argentina encontró y eligió para facilitar el ejercicio de la libertad de los padres de dar a sus hijos enseñanza acorde a sus convicciones religiosas, derecho que como vemos la Corte Interamericana subraya especialmente en “Pavez”.

Es muy importante esta precisión.

Nada en la sentencia “Pavez” permite afirmar que lo decidido en ella se proyecte sobre la enseñanza de la religión en las escuelas confesionales de gestión privada que, como decimos, existen no por delegación del Estado sino como ejercicio de un derecho propio y nativo de enseñar que la Constitución garantiza a todos los habitantes, y que engarzado con el derecho a la libertad religiosa compete también y muy especialmente a las iglesias y comunidades religiosas (todas ellas). En ese ámbito la “excepción ministerial” sí es “robusta” y, podemos decir, sin fisuras.

Visto de esta manera, lo resuelto en “Pavez” no resulta aplicable en la Argentina, al menos en la enorme mayoría de su territorio en tanto en las escuelas de gestión estatal no se enseña religión, y menos aún con el formato confesional como en Chile.

Ninguna parte de la sentencia “Pavez” permite pensar que la solución que dispone para el caso (la revisión por parte del Estado de la certificación de enseñantes de religión

²⁹ Ley Nacional de Educación nº 26.206, arts. 6 y concordantes. El art.63 de la ley reconoce el derecho a prestar servicios educativos de gestión privada a “*la Iglesia Católica, las confesiones religiosas inscriptas en el Registro Nacional de Cultos; las sociedades, cooperativas, organizaciones sociales, sindicatos, asociaciones, fundaciones y empresas con personería jurídica y las personas físicas*”

otorgada por las autoridades religiosas) sea aplicable a quienes tienen el ministerio de enseñar religión en escuelas confesionales de gestión privada. Este supuesto no está ni siquiera mencionado en “Pavez”: al contrario, la insistencia en hablar de “escuelas públicas” y de caracterizar a los maestros de religión que trabajan en ellas como funcionarios públicos, permite afirmar que claramente no queda englobado aquel otro supuesto.

Cada vez que se refiere al tema, la Corte acota el alcance. Así por ejemplo y a más de los párrafos ya mencionados, dice: “las autoridades religiosas chilenas cuentan con una autonomía amplia a la hora de otorgar un certificado de idoneidad para dictar clases de religión, sin embargo, por ser una asignatura que forma parte de los planes de educación de niñas y niños, esas facultades que derivan directamente del derecho a la libertad religiosa, deben adecuarse a los otros derechos y obligaciones vigentes en materia de igualdad y no discriminación. Esta competencia de las autoridades religiosas se predica también para revocar el certificado de idoneidad, siempre y cuando se respeten los derechos y obligaciones que son de imperativo cumplimiento por parte del Estado **en el ámbito de la educación pública**” (§130).

Es cierto que dice la Corte que “el artículo 9 del Decreto 924 no puede ser interpretado en el sentido de otorgar a las autoridades religiosas competencia para denegar el certificado de idoneidad con fundamento en criterios discriminatorios, lo cual sería claramente contrario a la Convención. Por esa razón la decisión de conceder o no el certificado de idoneidad por parte de las autoridades religiosas debe estar sujeta a un control posterior por parte de las autoridades estatales o a recursos idóneos y efectivos ante autoridades jurisdiccionales para proteger y salvaguardar los derechos de las personas contra actos discriminatorios contrarios a la Convención.” (§159). Sin embargo, lo dice interpretando una norma que se refiere a quienes enseñan religión en escuelas de gestión estatal, por lo que reafirmamos lo dicho arriba.

4.9. Idoneidad para impartir enseñanza confesional de la religión y orientación sexual

La sentencia concluye que la única razón por la que el obispo retiró la certificación de idoneidad de Pavez para enseñar religión católica fue su orientación sexual, y que por lo tanto ese acto fue discriminatorio porque la orientación sexual no es una condición que permita dar un trato diferente a las personas.

Al respecto dice la Corte que “en lo que respecta el alegato del Estado relacionado con la congruencia entre el contenido de las clases de religión y la coherencia de vida con el credo religioso de la persona que imparte esas clases, esta Corte entiende que la misma no puede operar de forma tal que se justifiquen o legitimen tratos diferentes que

resulten discriminatorios basados en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, **en el ámbito de la educación pública**" (§144).

Nuevamente, la decisión se acota a la educación pública. La orientación sexual, ha dicho la Corte, es una de las "categorías protegidas" a las que hace referencia, e incluso "super protegidas". Esto obliga a un escrutinio estricto que para la Corte no se supera en el caso. Sin embargo, en ningún momento la Corte examina en detalle la relevancia que la orientación sexual de las personas pueda tener a la hora de enseñar religión en el formato confesional (catequesis). Para la Corte el sólo hecho de que se haya invocado la orientación sexual deslegitima la decisión de cuestionar, sobre esa base, la idoneidad del enseñante. Pero, ¿es así realmente?

Como dijimos antes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó en más de un caso (en realidad, en todos los que hubo de resolver sobre esta cuestión) a la conclusión contraria: las elecciones de vida privada de los docentes de religión, aunque sean legítimas en el marco de su derecho a la autodeterminación personal, identidad e intimidad familiar, sí que son relevantes a la hora de calificar su idoneidad para enseñar religión. La Corte interamericana rehuyó ese debate, e hizo mal.

Tal como se ha afirmado reiteradamente en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, la definición de lo que debe entenderse por religión presenta dificultades, pero hay un consenso en que las religiones, todas ellas, están conformadas por: a) un conjunto de creencias o dogmas a los que adherir; b) un código de conducta o normas éticas que deben ser cumplidas o practicadas; y c) un ritual o actos de culto que se deben cumplir.

Elizabeth ODIO BENITO, presidente de la Corte al sentenciarse el caso "Pavez", fue años atrás relatora especial de las Naciones Unidas sobre libertad religiosa (en ese entonces el título era otro), y presentó en 1989 un interesante informe sobre la materia³⁰, donde dijo: "la Relatora Especial no ha intentado definir la "religión", ya que el significado de esta palabra es bien comprendido en general por todos. No obstante, tal vez sea útil señalar que la "religión" puede definirse como "una explicación del sentido de la vida y del **modo de vivir con arreglo a él**". Toda religión tiene por lo menos un credo, **un código de conducta** y un culto" (#19).

La existencia de un código de conducta o una serie de normas éticas o morales prescriptas a los practicantes de cada religión es un elemento central y constitutivo de ellas. Naturalmente, es necesario que quien tenga a su cargo la enseñanza o transmisión de la religión no solamente transmita las ideas que conforman el dogma de la religión de manera apropiada y sin distorsiones (cosa que sólo la autoridad religiosa

³⁰ Publicación de las Naciones Unidas, Número de venta: S.8/9.XIV.3, Naciones Unidas, Nueva York, 1989.

está en condiciones de evaluar), sino que también exponga de manera apropiada el código de conducta o la moral que la religión de que se trata conlleva.

La transmisión de normas éticas no es una operación puramente intelectual y teórica, sino que debe reflejarse en la conducta y testimonio de la propia persona. Cuando se trata de la enseñanza de las normas a las que debe ajustarse la conducta de los individuos, el testimonio que se brinda con la propia vida y comportamiento es mucho más relevante que la mera información verbal o transmisión intelectual.

Hay religiones, como el judaísmo, el hinduismo o el islam, que tienen un código alimentario y unas prescripciones dietarias claros y suficientemente rígidos. Resultaría manifiestamente incoherente e inaceptable que una persona que no está dispuesta a seguir esas prescripciones y que de hecho no las siga en su vida y haga ostentación de ello, pueda ser considerada idónea para enseñar la religión islámica, hindú o judía. Hay religiones que imponen ciertas normas de vestimenta, que consideran esenciales o de gran relevancia. Nadie podría pensar que puede enseñar de modo apropiado la religión sikh un hombre que se niegue a utilizar turbante o barba, o la religión islámica una mujer que practique el nudismo y lo haga público. El cristianismo, lo mismo que otras religiones, impone la monogamia y prohíbe la poligamia. Resultaría sumamente extraño que se designe como maestro de religión cristiana a una persona que defienda y practique públicamente en su vida personal las relaciones sexuales múltiples y simultáneas en cualquiera de sus variantes.

En cualquiera de los casos puestos como ejemplo es claro que cada una de esas personas en ejercicio de su autonomía personal tiene el más pleno derecho a alimentarse como desee o a vestir como mejor le parezca, o a formar una familia y mantener relaciones sexuales con el formato que prefiera dentro de lo que la ley permita. La elección de la propia alimentación o del modo de vestir o de las personas con quienes se comparte la vida hace parte de la intimidad personal, y nadie podría ser legítimamente impedido de vivir de acuerdo con esas elecciones.

Sin embargo, cuando las elecciones personales, aun siendo legítimas y dignas de protección y respeto, son contrarias a las prescripciones morales de una religión determinada, quien ha optado por ellas no puede pretender asumir el rol ejemplar que es razonable esperar en quien está llamado a enseñar a los niños esa religión. Y resulta claro que únicamente la propia comunidad religiosa por medio de sus autoridades y en ejercicio de su legítima autonomía es quien puede definir si determinada conducta resulta moral o éticamente adecuada y conforme al código de conducta propio de esa religión.

Ese código de conducta no puede ser impuesto a nadie que no decida libremente aceptarlo. Pero a la inversa, quien haya elegido libremente no aceptarlo no debería

poder imponer sus personales elecciones morales al resto de los creyentes miembros de la comunidad u obligarlos a que las reconozcan como adecuadas a la religión de la que se trate. En el caso concreto la Sra. PAVEZ tenía el más pleno derecho a determinar su orientación sexual y a vivir en consecuencia. Sin embargo, es claro y evidente que determinadas elecciones en materia de orientación sexual o de vida familiar son objetivamente contrarias a la enseñanza moral de la Iglesia Católica (en este caso).

Un maestro de religión (cualquier maestro, pero muy especialmente en esa materia) enseña con la palabra, pero ante todo con el ejemplo. Si la vida personal legítimamente elegida no es conforme con la doctrina que se debe enseñar, hay una falta de idoneidad objetiva para ocupar esa posición. Señalar eso no es discriminar.

Si la enseñanza confesional de la religión (en el sentido en que se explicó más arriba) se encomienda a una persona que no representa de modo adecuado el código de conducta propio de la religión que enseña y que por lo tanto ha merecido la descalificación (en ese aspecto) por parte de la confesión religiosa a la que representa, se lesiona el derecho de los niños y de sus padres a recibir una enseñanza que esté de acuerdo con sus propias convicciones religiosas, tal como lo exige el art.12.4 del Pacto.

Esto no implica que el Estado deba hacer propio el código de conducta moral de la religión de que se trate, ni emita algún juicio de valor al respecto. Todo lo contrario: ni el Estado ni la Corte pueden hacer ese juicio de valor, ni pueden juzgar si la moral que enseña tal o cual confesión religiosa es correcta o apropiada. El Estado únicamente debe limitarse a verificar cuál es ese código de conducta y si se registra objetivamente una contradicción entre él y las elecciones libres y respetables de la persona de la que se trata, como puede ser un docente de religión. Si se advierte esa incompatibilidad u oposición, la razón para apartar a ese docente de las clases de religión no es la elección que haya hecho en su vida privada (que no cabe cuestionar) sino el conflicto objetivo entre esa elección y la función que está llamado a desempeñar como testigo y ejemplo de la enseñanza moral de la confesión religiosa de que se trate.

Como el Estado debía garantizar el derecho de la Sra. PAVEZ a su vida privada y familiar y respetar sus elecciones en materia de género y de expresión de género, y su derecho a trabajar, debía armonizar y no oponer derechos. Y lo hizo garantizando a la persona la continuidad laboral, pero en una función distinta de la enseñanza confesional de la religión.

Lamentablemente, la Corte ni siquiera consideró todo esto. Simplemente dijo que “aunque siguió realizando actividades relacionadas con la educación, no lo pudo seguir haciendo en la calidad de profesora de religión católica porque fue objeto de un trato discriminatorio, y, en ese sentido, se vio afectado su derecho a la estabilidad laboral y, por ende, el derecho al trabajo.” (§140).

4.10. Las decisiones de la sentencia

La sentencia concluyó que PAVEZ había sufrido discriminación y por lo tanto daño que debía ser reparado de diversas formas, incluyendo la publicación de la sentencia y el pago de determinadas sumas de dinero. Pero además resolvió algunas otras medidas que lucen llamativas.

En primer lugar, “la Corte estima pertinente ordenar al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación a las personas encargadas de evaluar la idoneidad del personal docente en establecimientos educativos públicos sobre el alcance y contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, incluyendo la prohibición de discriminación por orientación sexual” (§179) ¿Deberá el Estado convocar a todos los obispos y líderes de las demás confesiones religiosas para “capacitarlos” en materia de orientación sexual? ¿No se parece eso demasiado a una imposición ideológica difícilmente respetuosa de la libertad de pensamiento, conciencia y religión?

Además, la sentencia decide “ordenar al Estado a que, en el plazo de dos años a partir de la notificación de la presente Sentencia, precise o regule, con claridad, a través de medidas legislativas o de otro carácter, la vía recursiva, el procedimiento y la competencia jurisdiccional, para la impugnación de las decisiones de los establecimientos educativos públicos en torno al nombramiento o remoción de profesoras o profesores de religión como consecuencia de la emisión o revocación de un certificado de idoneidad por parte de una autoridad religiosa al amparo de lo establecido en el artículo 9 del Decreto 924 de 1983” (§184). Dentro de todo, es interesante notar que lo que deberá ser recurrible no es la declaración de idoneidad o falta de ella emanada de la autoridad religiosa, sino las decisiones que tomen las autoridades educativas en base a ellas. De tal modo en cierta forma se salva la autonomía de las comunidades religiosas, lo que no es poco.

La sentencia dijo que “no se vio afectado el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad de Sandra Pavez Pavez, puesto que ella no sufrió una destitución, y que su reasignación funcional se hizo conforme a lo establecido en su contrato laboral que no especificaba que ella había sido contratada como profesora de religión católica sino como docente” (§139); pero “se menoscabó su vocación docente y constituyó una forma de desmejora laboral. El hecho de que su contrato laboral no especificara que ella era profesora de religión católica, que previera la posibilidad de que ella pudiera ser reasignada en sus funciones, y que podría haber seguido dictando clases de otras religiones en caso de contar con certificados de idoneidad de comunidades religiosas correspondientes a esos credos, no cambia esa conclusión en la medida que las nuevas funciones que le fueron asignadas, lo fueron como consecuencia

de un trato diferente que se basó en su orientación sexual y no en causas objetivas de la necesidad del servicio. De ese modo, aunque siguió realizando actividades relacionadas con la educación, no lo pudo seguir haciendo en la calidad de profesora de religión católica porque fue objeto de un trato discriminatorio, y, en ese sentido, se vio afectado su derecho a la estabilidad laboral y, por ende, el derecho al trabajo.” (§140)

Sin embargo, no se dispuso su restitución en el puesto, sino, como queda dicho, una indemnización. Hay que notar que PAVEZ a esta altura ya se había jubilado. Y además, en la audiencia pública del caso, reconoció que había abandonado la fe católica. Hubiera sido muy llamativo que en esas condiciones se la restituyera en la enseñanza de algo en lo que ya no cree.

5. CONCLUSIONES

Esta primera lectura del fallo “Pavez” presenta, como vemos, claroscuros. Puede decirse que la demandante ganó el caso, y es cierto. Pero si se hila un poco más fino, vemos que han en la sentencia matices importantes.

La Corte recibió de la Comisión un planteo notoriamente amañado, donde se hacía un singular esfuerzo por omitir la consideración de las cuestiones vinculadas a la libertad religiosa, particularmente en su faz colectiva. Sin embargo, no pudo evitar adentrarse en consideraciones referidas a esa libertad, produciendo la primera sentencia que desarrolla algunos de sus aspectos.

Por primera vez la Corte afirma sin hesitaciones que la libertad religiosa tiene, además de una dimensión individual, otra colectiva, lo que implica reconocer a las iglesias y comunidades religiosas derechos que les son propios. Y dentro de esa faz colectiva identifica como una exigencia de la libertad religiosa el reconocimiento de una esfera propia de la religión donde campea la autonomía de las iglesias y comunidades. No es poco.

La Corte también reconoce sin hesitación el derecho de los padres a que sus hijos reciban en la escuela enseñanza conforme con sus opciones religiosas, y no limita el ejercicio de ese derecho a la posibilidad de acudir a escuelas confesionales, sino que lo predica incluso en las “escuelas públicas”. Es lo que dicen claramente los tratados internacionales de derechos humanos, pero que tantas veces es silenciado o negado con la invocación dogmática de un laicismo extremo que, ciertamente, no viene impuesto por esos tratados ni en el caso argentino por la Constitución.

La Corte Interamericana reconoce entonces que la religión tiene un lugar en la escuela, y admite que la posibilidad de que exista enseñanza confesional de la religión, con programas y docentes aprobados por las confesiones religiosas, es una opción legítima en el marco del Pacto de San José de Costa Rica. Como dijimos más arriba, de

este modo enmienda la plana a la Corte Suprema argentina que en caso “Castillo” había sido mucho más mezquina en esta materia.

Finalmente, la Corte reconoce que como regla son las iglesias y comunidades religiosas en el marco de su autonomía quienes pueden determinar la idoneidad de los maestros o profesores de religión.

Hasta aquí, nada que objetar.

El punto que en mi opinión es cuestionable en la sentencia “Pavez”, que parte de una premisa equivocada (decir que hay una delegación del Estado en las autoridades religiosas en la selección de los docentes de religión, lo que se contradice con la afirmación que también hace la Corte al reconocer esas designaciones como propias del ámbito de autonomía de las confesiones), es la imposición de una instancia de revisión de las certificaciones de idoneidad para enseñar religión, cuando esa enseñanza ha de impartirse en escuelas “públicas” que, entiendo, significa “de gestión estatal”. Al decir eso la Corte se aparta sin dar explicaciones de la jurisprudencia tanto de tribunales nacionales de la región, como de tribunales inter nacionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo.

No solamente la Corte omitió cualquier referencia a esos antecedentes. También y en el caso concreto, omitió examinar la razonabilidad de que la orientación sexual de la persona fuera un motivo legítimo para retirar la certificación de su idoneidad para impartir enseñanza confesional de una religión que en su enseñanza moral no acepta esa elección. La Corte ni siquiera examinó el punto: simplemente verificó que la decisión se había tomado en base a la orientación sexual a la que identificó como una “categoría sospechosa”.

Sin duda lo es, de acuerdo con la jurisprudencia precedente de la Corte, más allá de que no esté mencionada en la Convención ni tenga rango normativo. La cuestión es si el mero hecho de enfrentarnos a una categoría sospechosa implica automáticamente la existencia de discriminación, como afirma la Corte; o si esa verificación obliga a un escrutinio estricto. En este comentario hemos querido focalizar en el tema de la libertad religiosa, pero no podemos dejar de advertir que la Corte renunció a realizar ese escrutinio, y a preguntarse al menos si en la situación concreta, la consideración de la orientación sexual no era efectivamente razonable y proporcional teniendo en cuenta los valores en juego. También en esto, la sentencia es débil.

BIBLIOGRAFÍA

MARTÍNEZ TORRÓN, Javier y VALERO ESTARELLAS, María José, “Consideraciones sobre el caso Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el estatus de los

profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos”, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Número especial 2022, ISSN 0719-7160 (accesible en <http://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/47949>

MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “La autonomía religiosa y la vida privada de los profesores de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo: el caso Fernández Martínez”, en Sociedad, derecho y factor religioso: estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez (M. Moreno Antón coord.), Comares, Granada 2017, pp. 373-390;

NAVARRO FLORIA, Juan G., “La (relativamente ausente) libertad religiosa y de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en “Sociedad, Derecho y factor religioso: estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez (M. Moreno Antón coord.)”, Comares, Granada, 2017.

NAVARRO FLORIA, Juan G., “Escrito Amicus Curiae dirigido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el caso “Pavez Pavez vs. Chile”, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Número especial 2022, ISSN 0719-7160 (accesible en <http://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/47953/38281>)

NAVARRO FLORIA, Juan G., “El derecho de los padres a educar a sus hijos: reflexiones a partir del caso “Salta””, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año X, nº 01, febrero de 2018, p.42.

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad, “¿Son las entidades religiosas titulares de la libertad de religión bajo la legislación chilena?”. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, Número especial 2022, ISSN 0719-7160 (accesible en <http://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/47963>)