



**LIBERTAD RELIGIOSA Y NO DISCRIMINACIÓN EN PRESTACIÓN DE
SERVICIOS A PERSONAS LGBTI.
Hacia algunos criterios de solución en Chile que cumplan estándares de
derecho internacional de derechos humanos.**

MARCELO ANDRÉS GUTIÉRREZ BASUALTO

Tesina para optar al grado de
magíster en derecho internacional de los derechos humanos

Profesor guía: Tomás Vial Solar

FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

Santiago, Chile
2020

29.12.19

Informe de tesis Magister de DDHH

Profesor: Tomás Vial Solar

Alumno: Marcelo Gutiérrez Basualto

Título: Tensiones entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la no discriminación en la prestación de bienes y servicios a personas LGBTI. Hacia algunos criterios de solución en Chile que cumplan estándares de derecho internacional de derechos humanos.

1. Objeto de la investigación, metodología:

La investigación, como se señala en la introducción, “tiene por objetivo principal determinar la existencia o no de estándares, conforme el derecho internacional de los derechos humanos, que permitan establecer algunos criterios de solución al conflicto entre el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a bienes y/o servicios por parte de personas LGBTI, frente al ejercicio de la libertad religiosa por parte de los proveedores de dichos bienes o prestadores de servicios, en un contexto de oferta pública y libre circulación de bienes”

Al respecto, la investigación parece razonablemente acotada y clara. El tema es relevante y novedoso, pues tanto en Chile como en el derecho comparado se han dado casos de denegación de servicios, en el comercio o en hotelería, por ejemplo, a personas LGTBI, en razón de las preferencias religiosas del prestador. Pese a ello, en la literatura chilena, y en particular relativa a legislación del consumir, no hay trabajos que ayude a clarificar esta situación, por lo que la tesis es un avance en ese sentido.

Por tanto, en este indicador la nota es 7.0

2. Fuentes:

El autor revisa y da cuenta cabal de las fuentes de derechos humanos pertinentes, comparado y nacionales (escasas) para crear un adecuado marco teórico que permita resolver la cuestión propuesta.

Por lo anterior se califica con nota 7.0 este aspecto.

3. Argumento:

La investigación busca avanzar en criterios que ayuden a resolver el conflicto entre los dos derechos en juego, la no discriminación y libertad religiosa. El análisis del derecho comparado, en particular los casos ingleses, y de la doctrina nacional ofrece algunas directrices útiles para tal efecto, pero todas ellas, como bien se señala, no permiten resolver en forma determinante este conflicto. Con todo, la enumeración de ellos es un aporte en esta materia. Sin embargo, no parece que los estándares de derechos humanos hayan sido empleados en la forma suficientemente útil, de hecho no poseen prácticamente rol las conclusiones, como para avanzar en resolver la situación en estudio, siendo que este era uno de los objetivos declarados de la investigación.

Por lo anterior se califica con nota 5.0 este aspecto.

4. Aspectos formales y sistema de citas

En el trabajo se cumplen las exigencias formales de paginación, justificación, portada y márgenes adecuados.

Por lo anterior se califica con nota 7.0 este aspecto.

5. Redacción.

La redacción de los párrafos es adecuada. Por lo anterior se califica con nota 7.0 este aspecto.

De acuerdo a las pautas de corrección de entrega final, las categorías y nota final son:

Problema	7.0
Fuentes	7.0
Argumento	5.0
Presentación y citas	7.0
Redacción	7.0
Total (ponderado)	7.0
Se evalúa con nota:	6.8

Profesor Tomás Vial Solar

ESTUDIANTE: MARCELO GUTIÉRREZ

INDICADOR PUNTAJE ASIGNADO	Niveles de desempeño				Ponderación
	Insatisfactorio (1,0 – 3,9)	Satisfactorio (4,0 – 5,0)	Bueno (5,1 – 6,0)	Muy bueno (6,1 – 7,0)	
Describir un problema de relevancia jurídica	El alumno/a no logra definir y describir un problema jurídico o, haciéndolo, no justifica la relevancia jurídica del mismo.	El alumno/a es capaz de describir un problema y lo justifica al menos parcialmente.	El alumno/a es capaz de describir un problema jurídico y, lo justifica adecuadamente	El alumno/a describe un problema de relevancia jurídica, lo justifica y delimita o acota con precisión sus alcances. 7	30%
Desarrollar y organizar una línea argumental fundada frente al problema	El alumno/a no desarrolla un argumento o, haciéndolo, este no cuenta con una estructura que permita seguir lógicamente su desarrollo.	El alumno/a presenta un argumento, pero se funda en premisas equivocadas o con problemas de estructura argumentativa.	El alumno/a desarrolla un buen argumento fundado en diversos criterios, integrando las fuentes y con una estructura lógica adecuada.	Desarrolla un buen argumento fundado en diversos criterios, integrando las fuentes y con una estructura lógica adecuada. Presenta argumentos con sus propias palabras y se advierte una reflexión propia. Las conclusiones son pertinentes a la argumentación desarrollada. Solo se echan de menos referencias a los informes de la Relatoría sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU, así como a resoluciones de la ONU en la materia 6,7	50%

Aspectos formales, uso sistema de citas y redacción	El alumno/a no utiliza o utiliza incorrectamente el sistema de citas y referencia bibliográfica definidas por la Facultad de Derecho de la UDP. Por ejemplo, no hay referencia a las fuentes, no distingue entre una cita textual y una ideológica, no usa las comillas adecuadamente. Problemas importantes de redacción, falta de claridad en presentación de las ideas, faltas en la puntuación y ortografía.	El alumno/a utiliza en forma inconsistente el sistema de citas y referencia bibliográfica de la Facultad de Derecho de la UDP. Problemas en la redacción, por ejemplo, párrafos excesivamente largos, errores de puntuación y ortografía.	El alumno/a utiliza el sistema de citas y referencia bibliográfica de la Facultad de Derecho de la UDP. Presenta algunos problemas menores de redacción, puntuación y ortografía.	El alumno/a utiliza consistentemente el sistema de citas y referencia bibliográfica de la Facultad de Derecho de la UDP. Una buena presentación y redacción de las ideas, sin faltas de ortografía. 7	20%
---	--	---	---	---	-----

NOTA FINAL: 6,9

Índice

I. Introducción	10
II. Igualdad y no discriminación	13
<i>A. Estándares internacionales</i>	<i>13</i>
<i>B. Igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico nacional</i>	<i>17</i>
B.1. Igualdad genérica	17
B.2. Igualdad constitucional en tanto principio / valor	18
B.3. Igualdad constitucional en tanto derecho fundamental	19
B.4. Igualdad en la regulación complementaria específica nacional: La Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación	22
B.5. Principio de igualdad y no discriminación en el consumo	26
B.5.i. Estándares internacionales	27
B.5.ii. Principio de no discriminación en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores	30
III. Libertad de conciencia y religión	31
<i>A. Estándares internacionales</i>	<i>31</i>
<i>B. Regulación nacional</i>	<i>33</i>
IV. Cuestiones generales sobre grupos vulnerables en Chile: Fundamentos para una debida protección de las personas LGBTI	35
V. Estado del debate judicial en derecho comparado: El caso de Reino Unido	40
<i>A. Cuestiones preliminares</i>	<i>40</i>
<i>B. Equality Act, de 2010</i>	<i>42</i>
B.1. Antecedentes históricos y de contexto	42
B.2. Características protegidas	45
B.3 Regulación de la prestación de servicios en el <i>Equality Act</i>	47
<i>C. Equality and Human Rights Commission</i>	<i>49</i>
<i>D. Análisis de Jurisprudencia</i>	<i>50</i>
D.1. McFarlane v. Relate Avon Limited. Corte de Apelaciones (Sección Civil), Reino Unido	50
D.1.i. Hechos	50
D.1.ii. Razonamientos destacados del Tribunal	52
D.2. Bull y otro v. Hall y otro (Corte Suprema del Reino Unido)	54
D.2.i. Hechos	54
D.2.ii. Razonamientos destacados del Tribunal	55
D.3 Black and Morgan v. Wilkinson. Corte de Apelaciones (Sección Civil), Reino Unido	58
D.3.i Hechos	58
D.3.ii. Razonamientos destacados del Tribunal	59
D.4 Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others (Irlanda del Norte) Corte Suprema del Reino Unido	62
D.4.i. Hechos	62
D.4.ii. Razonamientos destacados del Tribunal	63
VI. Algunos criterios generales y orientaciones para resolver la tensión entre los derechos en conflicto ..	66

VII. Conclusiones	73
Bibliografía	75

I. Introducción

Históricamente, las personas LGBTI han sufrido graves actos de discriminación, violencia y otras violaciones generalizadas en relación a sus derechos humanos. Actualmente, resulta de público conocimiento -tanto a nivel mundial como nacional- el incremento experimentado en actos de violencia y discriminación extrema hacia las personas LGBTI, a causa de su orientación sexual, identidad y expresión de género, obedeciendo a comportamientos fundados -principalmente- en el prejuicio y estigmatización hacia las personas de la diversidad sexual. Con todo, conforme el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todas las personas -incluidas, por cierto, aquellas pertenecientes a la comunidad LGBTI- tienen derecho a gozar de la protección que brindan las normas internacionales sobre la materia¹, especialmente, en lo que interesa a la presente investigación, el derecho a no ser discriminadas debido a su orientación sexual, identidad o expresión de género.

Establecido lo anterior, ha resultado necesario fijar estándares básicos de conducta exigibles a los miembros de la sociedad, basados en el derecho internacional de los derechos humanos, de modo de asegurar, de modo eficiente y eficaz el ejercicio de los derechos humanos de las personas LGBTI². Adicionalmente, deben considerarse las múltiples y diversas formas de discriminación que pueden sufrir las personas LGBTI, en razón de diversos motivos: edad, sexo, condición socioeconómica, religión, discapacidad, etnia, origen indígena, religión, estado de salud, entre otros. Estas otras formas de discriminación, que operan de modo intersectorial y múltiple respecto de esta colectividad, pueden agravar los efectos de la discriminación hacia las personas LGBTI.

Cabe hacer presente que la mayoría de las legislaciones en el mundo no protegen de modo efectivo contra la discriminación por motivos de orientación sexual. De esta forma, los avances normativos sobre la materia han ido orientados hacia diversas y graduales acciones adoptadas por los Estados, que van desde la despenalización de las relaciones consentidas entre personas adultas del mismo sexo, hasta la consagración de legislación específica que consagre expresamente, como motivo prohibido de discriminación, la

¹ Naciones Unidas Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género" (2011), 19º período de sesiones, A/HRC/19/41, 2011, párr. 5.

² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de Conducta para las Empresas (2017), p. 13.

orientación sexual e identidad de género de las personas. Lo anterior, por cierto, ha considerado -como antecedente- la constatación de vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación de las personas LGBTI en diversas dimensiones de su vida, que impactan en la esfera pública (por ejemplo: acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda, prestaciones sociales otorgadas por los Estados, entre otros). Asimismo, en el ámbito privado, se han constatado vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación en el acceso a bienes y/o servicios ofrecidos libremente a las personas. En este sentido, se sostiene que, incluso en aquellos Estados que incluyen marcos jurídicos internos más progresistas, aún persisten factores como el estigma y los estereotipos negativos históricos relativos a las personas LGBTI, cuestión que perpetúa la discriminación hacia miembros de este colectivo en el acceso a bienes y servicios disponibles en un mercado de libre acceso³.

Ahora bien, a modo referencial y en términos generales, parte de la doctrina ha sostenido que la discriminación implica una “(...) *distinción de cualquier tipo (exclusión, preferencia, limitación o restricción) entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares, a menos que exista una justificación objetiva y razonable y el grado de la distinción sea proporcional al objetivo*”⁴. En otras palabras, sistematizando los criterios establecidos por la Corte Europea y el Consejo de Derechos Humanos, en cuanto a la interpretación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la doctrina ha establecido que una distinción de trato no será discriminatoria cuando se cumplan los siguientes requisitos: “a) *debe tener una justificación objetiva y razonable; es decir, debe perseguir una finalidad legítima; y, b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla*”⁵. Lo anterior, corresponde a un principio fundamental a considerar al momento de evaluar las tensiones producidas entre el principio de igualdad y no discriminación, entendido como un estándar reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el derecho a la libertad de religión y conciencia. Cabe agregar que, la definición de aquellas distinciones que socialmente serán admitidas como razonables y justificadas por parte de una sociedad determinada, deberá ser analizada dentro de un parámetro contextual que incluya: la época,

³ *Ibíd.*, p.15.

⁴ SHELTON, DINAH, (2008) “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Anuario de Derechos Humanos*, N° 4, 2008. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. p. 36

⁵ BAYEFISKY, ANNE F. (1990) “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, Trad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en *Human Rights Law Journal*, v. 11 n. 1-2, p. 12.

el lugar y, en último término, la autoridad que define si un acto es o no discriminatorio en base al marco normativo vigente⁶.

En razón de lo expuesto, la presente investigación tiene por objetivo principal determinar la existencia o no de estándares, conforme el derecho internacional de los derechos humanos, que permitan establecer algunos criterios de solución al conflicto entre el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a bienes y/o servicios por parte de personas LGBTI, frente al ejercicio de la libertad religiosa por parte de los proveedores de dichos bienes o prestadores de servicios, en un contexto de oferta pública y libre circulación de bienes⁷. Cabe hacer presente -en términos de relevancia y novedad de esta investigación- que la discriminación sobre el acceso a bienes y/o servicios en Chile ya ha sido motivo de judicialización y se han obtenido algunos pronunciamientos judiciales⁸. Por tanto, atendido que algunas legislaciones no cubren el sector privado⁹ o lo hacen a través de una normativa deficiente respecto de la materia investigada (como es el caso de Chile, según se analizará más adelante), resulta útil analizar, desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la existencia de algunos estándares o reglas que permitan establecer criterios de solución frente a las tensiones entre los derechos fundamentales ya indicados.

Por lo anterior, el capítulo II de la presente investigación revisará los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación, el marco normativo nacional que regula dichas materias y, particularmente, la regulación específica que recibe dicho tópico en las relaciones entre consumidores. El capítulo III expondrá los estándares internacionales, así como la regulación nacional referida a la libertad de conciencia y de religión. Por su parte,

⁶ *Ibíd.*, pp. 38-39.

⁷ Sobre el punto, en derecho comparado, en junio de 2018 la Corte Suprema de Estados Unidos falló el caso *Masterpiece Cake Shop v. Colorado Civil Rights Commission*, en favor de un pastelero que se negó a confeccionar una torta de novios encargada por una pareja de hombres homosexuales, por ir en contra de sus convicciones religiosas. Recientemente, en octubre de 2018, en el caso *Lee v. Ashers Baking Company*, la Corte Suprema del Reino Unido falló asimismo en contra de un cliente que solicitó a una pastelería de Irlanda del Norte, la confección de un pastel con un mensaje de apoyo al matrimonio igualitario.

⁸ A título meramente ejemplar, en relación al acceso a bienes y/ o servicios, se pueden observar los pronunciamientos obtenidos en los siguientes procedimientos: Zapata y otro con Comercial Marín Limitada, 3º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-17314-2012; Zapata y otro con Imprenta Publicamos, 5º Juzgado de Policía Local de Santiago, Rol Nº 12.788-2015, y recientemente, la sentencia definitiva de primera instancia en la causa Vigouroux con Hotelera Linamavida, 26º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-27382-2018.

⁹ Naciones Unidas (2016), *Vivir Libres e Iguales: qué están haciendo los estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex.* (Fecha de consulta: 6 de mayo de 2019). Disponible en:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf>

el capítulo IV analizará algunos fundamentos para otorgar especial protección a la población LGBTI en Chile. A continuación, en el capítulo V se revisará el estado del debate en derecho comparado, específicamente en Reino Unido, a través del análisis, por una parte, de la legislación específica que regula la igualdad y no discriminación en la prestación de servicios, y por la otra, del estudio de cuatro sentencias emblemáticas sobre denegación de prestación de servicios en razón de la libertad religiosa de los prestadores. Posteriormente, el capítulo VI expondrá algunos criterios generales y orientaciones para solucionar la tensión entre los derechos analizados y, finalmente, en el capítulo VII se plantearán algunas conclusiones a esta investigación.

II. Igualdad y no discriminación

A. Estándares internacionales

A continuación, se revisarán -desde la perspectiva doctrinal- los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación, fundamentalmente consagrados en tratados internacionales y jurisprudencia del sistema interamericano, con el objeto de establecer los antecedentes necesarios para el análisis de criterios sobre la materia, especialmente enfocados a población LGBTI, en sus relaciones de acceso a bienes y/o servicios ofrecidos en el mercado, según se expondrá más adelante.

En primer término, el Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas (1945) contiene la premisa sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y, además, el artículo 1, numeral 3, refiere a la prohibición de discriminación en el contexto del estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos¹⁰. Luego, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), prescribe en el artículo 2, la prohibición de discriminación y, en el artículo 7, se refiere a la igualdad ante la ley¹¹. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos adoptados en 1966), establecieron -en términos generales- la obligación para los Estados Partes de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en dichos instrumentos, respectivamente, prohibiendo la

¹⁰ Carta de Naciones Unidas (1945), Preámbulo y artículo 1.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículos 2 y 7.

discriminación por alguna de las categorías consagradas en los referidos Pactos¹². Ahora bien, sin perjuicio del reconocimiento normativo de una cláusula imperativa de no discriminación exigible obligatoriamente a los Estados Partes en dichos Pactos, se debe hacer presente que los órganos de vigilancia de los tratados avanzaron hacia el establecimiento de un concepto de discriminación. Así, en la Observación General N° 18, referida a los alcances de los artículos 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos estableció un concepto de discriminación, para los efectos de ese instrumento, tomando como referencia la definición prescrita en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Resulta pertinente indicar que dicho concepto contiene los elementos esenciales de la definición de discriminación, a saber: se trata de una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos, y cuyo objeto o resultado consiste en anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹³. Respecto a este punto, el Comité estableció estándares para que una “*distinción*” resulte admisible y no sea considerada como una “*discriminación*”: esto es, en la medida que los criterios para hacer la diferenciación sean razonables y objetivos y se persiga conseguir un propósito legítimo en virtud del Pacto¹⁴. Complementando lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido, a propósito del análisis de la no discriminación relativa al ejercicio de los derechos consagrados por dicho instrumento, que los motivos de discriminación (denominados también “*categorías sospechosas*”), no son exhaustivos, cuestión que se desprendería de la redacción enunciativa adoptada en el artículo 2.2 del Pacto en cuestión y además, en la consagración de la frase “*cualquier otra condición social*”¹⁵. Además, resulta útil relevar aquello que fuere establecido por el Comité, ya que, para efectos de la presente investigación, la “*orientación sexual*” de las personas se trataría de aquella categoría sospechosa o el motivo por el cual se realizaría -a nuestro juicio- la discriminación en el acceso a ciertos bienes y/o servicios de oferta pública en el mercado.

¹² Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 2.1 y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, artículo 2.2.

¹³ Observación General N° 18, Comité de Derechos Humanos, 37º período de sesiones, 1989, párrafo 7.

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 13.

¹⁵ Observación General N° 20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2009, párrafo 15.

En el ámbito regional, la Carta de la Organización de Estados Americanos reafirma en su articulado el principio de no discriminación¹⁶. A su turno, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la obligación de no discriminación, en relación con la obligación de los Estados parte de respetar los derechos y garantías consagrados en dicho instrumento y de garantizar el ejercicio efectivo de los mismos por parte de las personas. Dicha obligación se complementa con la consagración de la igualdad ante la ley, y la disposición normativa que prescribe que todas las personas tienen derecho a igual protección ante la ley, sin discriminación¹⁷. A su turno, una norma similar se contiene en el “Protocolo de San Salvador”, haciendo alusión nuevamente, dentro de las categorías sospechosas de discriminación, al término “*cualquier otra condición social*”¹⁸, cuestión que reviste interés -como ya se ha expuesto- atendido que, precisamente, la orientación sexual y la identidad de género de los individuos ha sido identificada como un motivo de discriminación en el acceso a bienes y/o servicios determinados. Así, avanzando en esta evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, posteriormente, la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad estableció un concepto de discriminación¹⁹ (aplicable al objeto que busca regular dicho instrumento), que recoge los elementos esenciales ya descritos y desarrollados en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Se debe hacer mención que, en la evolución normativa desarrollada en el Sistema Interamericano, jugó un rol preponderante además el análisis realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el caso *Atala Riffo y Niñas contra Chile*²⁰. Sólo para efectos de contexto y a modo referencial, la doctrina ha establecido que -en este caso- la Corte se pronunció sobre la igualdad y no discriminación (recogiendo el desarrollo normativo y jurisprudencial que precede al caso), estableciendo cuatro ejes principales, a saber: los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación; el análisis de la categoría alusiva a la orientación sexual de la víctima como categoría sospechosa y

¹⁶ Carta de la Organización de Estados Americanos, artículos 3 literal I) y 45 literal a).

¹⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24.

¹⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 3.

¹⁹ Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo I, numeral 2., literal a).

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019). Disponible en:

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la existencia o no en el caso de una diferencia de trato de la madre basada en la orientación sexual; y, la evaluación relativa a si dicha diferencia de trato constituyó discriminación en el caso, especialmente en lo referido al tratamiento que hicieron los tribunales chilenos (específicamente, la Corte Suprema), al momento de decidir sobre el cuidado personal de las hijas de la víctima y demandantes del caso²¹. En suma, el pronunciamiento emitido por la Corte permitió recoger y sistematizar los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación, trabajo que fuere esencial para la elaboración y suscripción de diversos instrumentos regionales posteriores sobre la materia.

En forma conexas a lo indicado, también se consagrará un concepto de discriminación en dos instrumentos regionales, cuestión que reafirma los estándares internacionales (tanto normativos como jurisprudenciales sobre la materia) explicitando los elementos tradicionales ya descritos: nos referimos a la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia²² y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia²³. Resulta útil destacar que este último instrumento -a diferencia de instrumentos anteriores que utilizan la cláusula abierta denominada “*cualquier otra condición social*” recoge explícitamente como categorías sospechosas la orientación sexual, así como la identidad y expresión de género de las personas, cuestión que cobrará relevancia en el ámbito nacional al momento de establecerse una legislación antidiscriminación. Por último, resulta útil destacar que este instrumento, al determinar los ámbitos en los cuales se puede producir la discriminación, incluye a la esfera privada, cuestión de suma relevancia toda vez que esta investigación aborda la discriminación sufrida por personas LGBTI en el ámbito de las relaciones entre privados.

En conclusión, en esta sección se revisaron los principales estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación, fundamentalmente consagrados en tratados internacionales y la jurisprudencia interamericana, con el objeto de exponer los antecedentes necesarios para el análisis de algunos criterios sobre la materia,

²¹ GAUCHÉ, XIMENA (2014), “Análisis crítico de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, N° 1 (Temuco, Universidad Católica de Temuco), p. 24.

²² Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, artículo 1, numeral 1.

²³ Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, artículo 1 numeral 1.

especialmente enfocados a población LGBTI, en lo referido al acceso a bienes y/ bienes ofrecidos en el libre mercado, según se expondrá más adelante.

B. Igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico nacional

Establecida una panorámica general referida a los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación, el presente capítulo se ocupará de la noción de igualdad en términos doctrinales generales, para posteriormente ocuparse del reconocimiento normativo interno sobre la materia. En particular, se revisará la noción de igualdad genérica; la igualdad constitucional en tanto principio/valor, la igualdad constitucional en tanto derecho; y, la noción de igualdad recogida en la Ley N° 20.609. Por último, se analizarán los conceptos de orientación sexual e identidad de género que recoge la legislación antidiscriminación chilena, dada su relevancia en la presente investigación.

B.1. Igualdad genérica

Existen ciertos elementos comunes a las diversas formas en que puede entenderse la “*igualdad*” dentro del contexto de las Ciencias Sociales, entre los que destacan: i. la existencia de entidades diferentes (esto es, la noción de igualdad surge cuando existen además diferencias entre las entidades, ya que de lo contrario se hablaría de identidad); ii. La comparación de dichas entidades conforme un estándar común (significa que dos entidades pueden ser consideradas como iguales cuando éstas comparten alguna característica que puede medirse conforme un estándar común); y, iii. la existencia de un agente “*comparador*” (entendido éste como aquél que formula el juicio de igualdad o desigualdad aplicando el estándar común²⁴). Parte de la doctrina estima que existen dos problemas elementales en torno a la noción genérica de igualdad: por una parte, la vacuidad del concepto, esto es, la igualdad sería una fórmula vacía de contenido propio. Se ha propuesto para solucionar dicho problema la aplicación de componentes sustantivos, denominados “meta-principios” tales como: las nociones de dignidad, justicia, libertad, solidaridad, autonomía y participación. Lo anterior, a su vez no resulta pacífico, ya que aparecería el problema de selección entre distintos meta-principios aplicables a un caso (algunas soluciones propuestas por la doctrina contemplan la jerarquización entre éstos;

²⁴ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2019) “Igualdad Constitucional y No Discriminación” (Valencia: Tirant Lo Blanch), pp. 22-23.

aplicar jerarquías relativas; maximizar algunos de éstos; utilizar técnicas de interpretación que permitan subsumir o bien, conciliar, diversos meta-principios que sean aplicables a un mismo caso concreto, entre otros²⁵). Por otra parte, también plantea problemas el hecho que la noción de igualdad genérica no sea unívoca, y por ello, presenta diversos significados y aproximaciones. Producto del reconocimiento de esta dificultad, las demandas de igualdad de las entidades que lo requieran, pueden variar en su contenido, e incluso aparecer como incompatibles o desvinculadas entre sí²⁶.

A su turno, en el ámbito jurídico-constitucional, la doctrina ha entendido la igualdad constitucional de diversas formas, a saber: i. igualdad general o tradicional (bajo la concepción clásica Aristotélica: “*tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales*”); ii. igualdad como protección de bienes públicos importantes (es decir, no se concibe la igualdad como derecho autónomo, sino que puesto en relación a otro bien o derecho, siendo el objetivo proteger la igualdad “*de algo*” o “*en algo*”); iii. igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a determinados grupos (corresponde a la idea de protección de grupos históricamente desaventajados y el combate a la subordinación de éstos, cuestión que tiene por objetivo impedir la existencia de denominados “*ciudadanos de segunda clase*”); y, iv. igualdad de oportunidad en cuanto igualdad de facto (esta noción requiere la promoción activa de la igualdad de oportunidades, y eventualmente, la igualdad de facto, de ciertos grupos desventajados, y comprende cláusulas constitucionales que utilizan fórmulas tales como “*igualdad substantiva*”, “*igualdad de oportunidades*”, entre otras)²⁷.

B.2. Igualdad constitucional en tanto principio / valor

El texto constitucional chileno proclama en el artículo 1º inciso 1º, la igualdad en cuanto principio/valor fundante del ordenamiento jurídico nacional, debiendo destacarse, respecto de su contenido, los siguientes aspectos: este principio es recogido en el capítulo referido a las Bases de la Institucionalidad, cuestión que opera como clave interpretativa de todo el texto constitucional; se establece la idea que realizan la mayoría de las Constituciones, en relación a la declaración referida a que las personas son esencialmente iguales, más allá de las diferencias accidentales; dicha igualdad esencial es inherente a las

²⁵ *Ibíd.*, p.26.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 26-31.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 43-60.

personas; y, la Carta Fundamental habla de igualdad en dos dimensiones específicas: dignidad (el ser humano como acreedor de un determinado trato por el sólo hecho de ser tal, y dicho trato consiste precisamente en el reconocimiento y respeto de ciertos derechos esenciales); y, derechos (esto es, vinculada a otros bienes o derechos, es decir, proteger la igualdad “*de algo*” o “*en algo*”)²⁸.

B.3. Igualdad constitucional en tanto derecho fundamental

Establecido lo anterior, se debe indicar que parte de la doctrina clásica precisa que, sin perjuicio que el Constituyente se refiere a la garantía constitucional (artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental) en términos de “*igualdad ante la ley*”, en la especie se trataría más bien de “*igualdad en la ley*”²⁹. En este sentido, la citada garantía deriva del principio de igualdad consagrado en el artículo 1° de la Constitución, bajo el cual las personas debieran ser objeto de leyes similares cuando se enfrenten a situaciones jurídicas similares. En definitiva, “*a una misma situación una misma norma*”³⁰, por lo que hace referencia a la idea que las personas que serán beneficiadas por tal reconocimiento de igualdad, resulten iguales en cuanto al estatuto que se les asigna, de forma tal que gocen de igual normativa o tratamiento en el ordenamiento jurídico cuando éstas se enfrenten a similares o iguales situaciones³¹.

Así, el principio de igualdad, desde la óptica constitucional nacional, exige que situaciones iguales reciban un trato normativo igualitario, y la igualdad será violada cuando la desigualdad esté desprovista de justificación objetiva y razonable³². De esta forma, aparece la distinción entre igualdad absoluta y relativa, entendiéndose por la primera, aquella que uniforma a todas las personas sin distinguir desigualdades no reñidas con la justicia (esto es, aquellas que resulten objetivas y razonables); y, por la segunda, aquella que acoge el principio de proporcionalidad, esto es, el trato diferenciado y pluralista, utilizado para la resolución de situaciones que resultan también ser diferentes en la práctica³³. En efecto, esta misma parte de la doctrina sostiene que, en base a dicha garantía

²⁸ *Ibíd.*, pp. 68-75.

²⁹ VIVANCO, ÁNGELA (2006) “Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980”, 2ª. Edición ampliada, Tomo II, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 337.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*, p. 338.

³³ *Ibíd.*

constitucional, si el legislador o bien, la autoridad debe necesariamente realizar un trato diferenciado en razón de una determinada situación, ello sería aceptable en base a un criterio de justicia y bien común. Por lo anterior, el tratamiento legal diferenciado debe contar con una justificación objetiva y razonable, en base a juicios de valor generalmente aceptados, como se ha señalado precedentemente³⁴. De este modo, el principio de igualdad jurídica es consecuencia del principio supremo de justicia, y, por tanto, deviene en la prohibición o exclusión de aquellas distinciones que resulten arbitrarias, irracionales e injustas³⁵.

A su turno, el autor Díaz de Valdés define la igualdad consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución como *“la facultad de exigir al ordenamiento jurídico, así como a las autoridades que lo aplican, e incluso a particulares, un trato igual para quienes se encuentren en la misma situación, y eventualmente, un trato desigual para quienes se encuentren en una situación diferente”*³⁶. Para el autor, aún cuanto el precepto constitucional no se refiere expresamente a los particulares, ello se trataría de una consecuencia del efecto horizontal de los derechos fundamentales, y el progresivo desmantelamiento de la división pública - privada³⁷. Ahora bien, dicha exigencia de brindar un trato igualitario entre particulares no es cualitativamente similar a aquella que se impone categóricamente al Estado, ya que, de estimarse así, se podrían vulnerar otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, tales como: la vida privada, la libertad de expresión y, -en lo que interesa al presente análisis- la libertad religiosa, entre otros³⁸.

Por su parte, cabe destacar la norma sobre prohibición de discriminación arbitraria consagrada en la parte final del N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Dicho precepto identifica como principal obligado al Estado, y la doctrina distingue dentro de éste: al legislador; a todo emisor de normas jurídicas (sin distinción de rango); y, a toda autoridad (incluyendo a aquellas que apliquen e interpreten normas jurídicas³⁹). Además, esta parte de la doctrina hace extensible la protección garantizada por el precepto en análisis a la discriminación ejercida entre privados, afirmándose que, actualmente, la voz “autoridad” no se circunscribe a aquellas de carácter público sino que también aquellas de carácter privado, dotadas de poder relevante respecto sobre otras personas, usualmente al interior

³⁴ *Ibíd.*, p. 339.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Díaz de Valdés, *Op. Cit.* p.83.

³⁷ *Ibíd.*, p. 84.

³⁸ *Ibíd.*, p. 85.

³⁹ *Ibíd.*, p. 91.

de cuerpos intermedios (se cita a modo de ejemplo el caso del gerente general de una empresa en relación a sus empleados subordinados, o el presidente de un club deportivo respecto de sus asociados⁴⁰). Ahora bien, la distinción que se encuentra prohibida por el texto constitucional es aquella que carece de una suficiente justificación, es caprichosa, contraria a la equidad o a la ética elementales, o aquella que es irracional. De esta forma, la judicatura utiliza el denominado “*estándar de racionalidad o razonabilidad*” para ponderar las situaciones fácticas que se presentan para su resolución, considerando factores tales como la naturaleza de los derechos o intereses involucrados, la gravedad de la vulneración ocurrida, la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida y el contexto⁴¹. Para aquella parte de la doctrina, éste sería el test propio de la igualdad y no discriminación (en contraposición al test de proporcionalidad, más exigente que el test de racionalidad, por cuanto bajo aquél cuesta más justificar una diferencia de trato que en el de razonabilidad⁴²). En particular, se han establecido ciertos límites o excepciones al uso del test de racionalidad, que corresponde enunciar: i. No resulta apropiado en aquellos casos en que la diferencia de trato vulnera la dignidad de las personas; ii. Situaciones en que la discriminación obedecería a estereotipos raciales, pero igualmente es prohibida; la denominada “discriminación por razón de mercado” (quien discrimina no lo hace porque desee hacerlo, sino que considera que ha sido forzado por terceros o por una situación de discriminación previa ya existente); y, iii. Las denominadas “categorías sospechosas” (se exige al ente controlador reemplazar el test de racionalidad por un estándar más exigente, como es el “*escrutinio directo*”, que consiste en que la medida impugnada sea cuidadosamente diseñada para alcanzar un fin estatal imperioso o muy persuasivo⁴³). Por último, se debe relevar la disposición contenida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, cuestión de suma importancia para la efectividad de la igualdad constitucional, ya que se establece la procedencia del recurso de protección -y, por tanto, de un procedimiento- para la defensa del ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley analizado y contenido en el artículo 19 N° 2 del texto constitucional⁴⁴.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 91-92.

⁴¹ *Ibíd.* p. 92.

⁴² *Ibíd.*, p. 97.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 101-104.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 109.

B.4. Igualdad en la regulación complementaria específica nacional: La Ley N° 20.609, establece medidas contra la discriminación

Se debe considerar además que, no obstante, la importancia del reconocimiento constitucional de la igualdad, en tanto principio/valor, o bien, en tanto derecho, conforme los estándares internacionales ya expuestos, ello parece insuficiente, razón que permite comprender la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico nacional de una legislación específica -complementaria a la regulación constitucional de la igualdad- en materia antidiscriminación, cuestión que se concretó mediante la promulgación -el año 2012- de la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación. Esta norma, recogiendo en parte los estándares internacionales sobre la materia, establece un concepto de discriminación, consagrando un catálogo de motivos de discriminación (doctrinalmente “*categorías sospechosas*”) que -precisamente- incluye de modo explícito a la orientación sexual y la identidad de género de las personas. Asimismo, parte de la doctrina reconoce como un acierto normativo el hecho que, dentro del ámbito de aplicación de la referida ley, se estableciere que la “*discriminación arbitraria*” puede ser cometida tanto por agentes del Estado como por particulares, cuestión relevante al presente análisis, que precisamente revisará hipótesis de eventual discriminación fundada en orientación sexual al momento de acceder a bienes y/o servicios. Lo anterior hace presumir el efecto horizontal del principio de igualdad y no discriminación (exigible tanto al Estado en sus relaciones con los particulares, pero asimismo a los particulares entre sí), en oposición a aquella corriente doctrinal referida a la verticalidad de los derechos, que considera al Estado y sus agentes como los únicos responsables de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos humanos⁴⁵. Reforzando este punto, conviene hacer presente además que, resulta exigible a los Estados, conforme los estándares internacionales sobre derechos humanos, prohibir y prevenir la discriminación en el ámbito privado; disminuir las condiciones y actitudes que provocan o perpetúan la discriminación en dicho ámbito fundada en la orientación sexual o la identidad de género; y, combatir prácticas discriminatorias, incluidas -por cierto- aquellas cometidas por actores privados⁴⁶.

Cabe precisar que otra parte de la doctrina es crítica respecto del objeto de la citada ley, toda vez que el inciso primero del artículo 1º de la norma establece un objeto

⁴⁵ Gauché, Op. Cit., p. 38.

⁴⁶ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”, (2015), 29º período de sesiones, A/HRC/29/23, 2015, párr.16, 41.

sumamente limitado: la creación de una acción judicial ad-hoc (“mecanismo judicial”⁴⁷). Asimismo, Díaz de Valdés considera que el inciso segundo del artículo 1º de la ley impone un deber genérico y de contenido confuso al Estado. En este sentido, el autor indica que el precepto parece replicar el mandato constitucional contenido en el artículo 5º de la Carta Fundamental, en tanto el deber del Estado corresponde a la promoción de los derechos fundamentales; y, por otra parte, al agregarse la expresión “*discriminación arbitraria*”, cuestión que replicaría mandatos constitucionales ya prescritos en el artículo 19 Nº 2, Nº 20 y 22, entre otros⁴⁸. Por último, respecto de este punto, el autor es crítico al indicar que no parece establecerse con claridad si dicha norma podría entenderse como una regla de competencia, ya que al expresar “*dentro del ámbito de su competencia*”, pareciera indicar que esta Ley no pretende otorgar nuevas potestades a los órganos de la Administración del Estado, cuestión que sería coherente con lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución Política de la República, que exige que la atribución de competencias se haga de modo expreso (“*en la forma que prescriba la ley*”)⁴⁹.

Ahora bien, una cuestión que ha sido identificada por cierta parte de la doctrina como un punto crítico de la ley objeto de análisis, de acuerdo a los estándares internacionales sobre derechos humanos en materia de igualdad y no discriminación, corresponde a la denominada “*cláusula de limitación general*” comprendida en los incisos segundo y tercero del artículo 2º de la Ley Nº 20.609, al prescribir que las categorías (denominadas sospechosas) no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Además, el legislador se ocupó a priori de eventuales colisiones de derechos, a través de una fórmula normativa que parece no adecuarse a los referidos estándares. Lo anterior, por cuanto se consideran razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante se funden en alguna de las categorías sospechosas prescritas en la norma, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, haciendo una especial referencia a algunas de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 de la Carta Fundamental, y en lo que interesa a la presente investigación, especialmente, el numeral 6º, esto es, la libertad de culto. Este punto resulta de especial relevancia, toda vez que, dada la redacción de la norma, y ante la ocurrencia de casos prácticos de colisión entre derechos, podría concluirse que el legislador habría optado por ponderar anticipadamente

⁴⁷ Díaz de Valdés, Op. Cit. p. 264.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 265-266.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 266.

las garantías, a favor de uno de los derechos en juego, dando con ello lugar al establecimiento de una jerarquía entre derechos fundamentales⁵⁰. El autor Díaz de Valdés profundiza en dicha crítica y expone sobre este punto que, en definitiva, el legislador estaría creando esta suerte de jerarquía de derechos, donde la “*no discriminación*” sería un derecho de segundo orden que quedaría subordinado a otros derechos fundamentales (los que a su vez podrían distinguirse entre aquellos derechos fundamentales en general, y aquellos específicos, prescitos expresamente en el inciso tercero del artículo 2º de la citada ley). En suma, para el autor resultaría insostenible la idea de defender a la igualdad ante la ley como un derecho de jerarquía inferior a todos los derechos fundamentales⁵¹. Atendida dicha crítica, se ha propuesto avanzar hacia una reforma legal que se ajuste en mejor medida a los citados estándares internacionales, ofreciendo como método de solución frente a posibles colisiones entre derechos fundamentales, la aplicación del principio de proporcionalidad, por medio de criterios de razonabilidad y objetividad⁵².

Por último, resulta relevante indicar que compartimos la posición crítica que ha adoptado parte de la doctrina, respecto de la ausencia de incorporación de un concepto de discriminación estructural, sustantiva o de fondo en la ley chilena, que corresponde a aquella que afectaría a ciertas personas que pertenecen a un grupo que se identifica con alguno de los motivos de discriminación prohibidos, cuestión que ha favorecido el establecimiento de categorías de personas que han sufrido históricamente injusticias o que han sido víctimas de prejuicios persistentes durante diversas épocas y contextos⁵³, hipótesis que resultaría -a nuestro juicio- aplicable respecto de aquellas personas que se identifican como pertenecientes al colectivo LGBTI. En este mismo sentido, recogiendo las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos sobre la materia, correspondería avanzar hacia el reconocimiento normativo en la actual legislación antidiscriminación de la denominada “*discriminación múltiple*”, esto es, aquella que cruza intersectorialmente diversas categorías sospechosas de discriminación⁵⁴. Así, se estima pertinente la crítica doctrinal en orden a la necesidad de un reconocimiento legislativo del problema y contemplar ciertas definiciones fundamentales sobre el punto⁵⁵. Finalmente, la

⁵⁰ Gauché, Op. Cit., p. 41.

⁵¹ Díaz de Valdés, Op. Cit., pp. 272-273.

⁵² Gauché, Op. Cit., p.54.

⁵³ *Ibíd.*, p.49.

⁵⁴ Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, op. Cit., párr. 84, literal e).

⁵⁴ Gauché, Op. Cit. 54.

⁵⁵ Díaz de Valdés, Op. Cit. p.281.

Ley omite establecer como requisito para la calificación de una distinción como discriminación arbitraria, la “*intención discriminatoria*”, cuestión que, en opinión de Díaz de Valdés, puede servir para establecer patrones de discriminación o discriminaciones sistémicas, materias que requerirían un tratamiento legislativo diverso⁵⁶.

Ahora bien, atendido objeto de la presente investigación, resulta útil hacer referencia a los alcances conceptuales de dos categorías prohibidas de discriminación en análisis, a la luz de las disposiciones contenidas en la ley antidiscriminación ya citada, esto es: la *orientación sexual* y la *identidad de género*. Para estos efectos, se tomará como base los conceptos contenidos en el estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género, de 2012. Sobre el particular, el documento -citando directamente la definición propuesta en los Principios de Yogyakarta-, prescribe que orientación sexual corresponde a “*la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*”⁵⁷. Precisamente, el estudio indica que en derecho comparado la “orientación sexual” es considerada una categoría sospechosa de discriminación, y que se ha recurrido a diversas características intrínsecas al concepto para lograr establecer una definición, siendo relevante, el atributo relativo a la inmutabilidad, esto es “*una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad*”⁵⁸. Sobre este punto, se puede afirmar que la legislación chilena cumpliría -al menos en este aspecto- con los estándares internacionales al incluir la “*orientación sexual*” como motivo prohibido de discriminación. Por lo anterior, atendido el concepto referido a la orientación sexual, y en lo pertinente a esta investigación, el documento prescribe que la homosexualidad (sea masculina o femenina), corresponde a “*la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*”⁵⁹. A su turno, la bisexualidad es comprendida en el estudio como “*la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y*

⁵⁶ Díaz de Valdés, Op. Cit. p. 280.

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Estudio sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Expresiones Relevantes, 2012, p. 4 (Fecha de consulta: 5 de mayo de 2019). Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

*sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*⁶⁰.

A su turno, siguiendo también los Principios de Yogyakarta, el estudio propone que la identidad de género corresponde a *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*⁶¹. Cabe advertir sobre este punto que, atendida la complejidad de los conceptos indicados precedentemente, sumado al desconocimiento técnico sobre las materias que pudieren observar algunos operadores jurídicos (especialmente, aquellos pertenecientes al Poder Judicial), algunos autores también han propuesto -a modo de perfeccionamiento normativo- avanzar en el sentido de incorporar expresamente definiciones legales sobre dichas materias, de modo que se facilite la comprensión y aplicación debida de estos conceptos por parte de la judicatura⁶².

En síntesis, esta sección revisó la noción de igualdad en términos doctrinales generales, para posteriormente ocuparse del reconocimiento normativo interno sobre la materia. En particular, se analizaron diversas nociones de igualdad: igualdad genérica; igualdad constitucional en tanto principio/valor, igualdad constitucional en tanto derecho; y, la noción de igualdad recogida en la Ley N° 20.609. Por último, se presentaron los conceptos de orientación sexual e identidad de género, contenidos dentro de las categorías sospechosas consagradas en la legislación antidiscriminación chilena, cuestión relevante para la comprensión de la tensión entre los derechos fundamentales analizados en este trabajo.

B.5. Principio de igualdad y no discriminación en el consumo

En esta sección se expondrán y analizarán determinados criterios o estándares aplicables específicamente al sector del consumo, particularmente, en el acceso a bienes

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 4-5.

⁶¹ *Ibíd.*, p.5.

⁶² VIAL, TOMÁS (2013) “La nueva ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”. En *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9, 2013. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2013. p. 188.

y/o servicios por parte de personas LGBTI. Para lo anterior, se revisarán los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de Naciones Unidas; las Normas de Conducta para las Empresas, adoptadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2017; y, la regla sobre no discriminación en el consumo que establece la Ley N° 19.946, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

B.5.i. Estándares internacionales

A consecuencia del fenómeno de la globalización, se ha constatado que existen determinados estándares exigibles a agentes no estatales, esto es, a privados, relativos a los derechos humanos. En concreto, cabe destacar como un hito la aprobación por parte de Naciones Unidas de los *"Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'"*. Dichos principios fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, y fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011. Se debe dejar constancia que este documento constituye *"soft law"* y, si bien, no resulta vinculante para los Estados, es un referente indispensable a considerar en el presente análisis, especialmente, atendido que la hipótesis de la presente investigación plantea el conflicto de derechos en el ámbito de relación entre los entes privados, esto es, entre proveedores de bienes y/o prestadores de servicios y los consumidores. La relevancia de tratar estos principios en la presente investigación, se vincula con el hecho de que se trata de orientaciones o directrices – generalmente aceptados en el Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas- precisamente, en el ámbito de la provisión de bienes y servicios ofrecidos en el libre mercado, por lo que resulta necesario destacar la existencia de estándares de conducta exigible -en las relaciones de consumo- internacionalmente reconocidos. Además, resulta relevante indicar que, atendido el origen de los principios (producto de un mandato expreso con base en uno de los propósitos principales de Naciones Unidas: *"el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"* (artículo tercero de la Carta de Naciones Unidas), y su legitimación, ya que cuentan con el respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos), se ha estimado que éstos pueden ser considerados actualmente como un instrumento de interpretación autorizada de obligaciones y disposiciones de

derecho internacional y, asimismo, instrumento de *soft law* respecto del estándar legal aplicable tanto al Estado como a las empresas (y respecto de éstas, en su relación en la provisión de bienes y servicios a las personas⁶³). Por último, se debe hacer presente que los principios rectores se encuentran sistematizados sobre la base de tres pilares fundamentales: obligaciones para los Estados, obligaciones para las empresas y acceso a mecanismos de reparación.

En términos generales, los Principios Rectores (y por tanto los estándares que se desprenden de aquellos) son aplicables a todos los Estados y a todas las empresas, sean nacionales o transnacionales, sin distinción de su tamaño, sector, ubicación, propietarios o estructura⁶⁴. Además, estos principios deben aplicarse de forma no discriminatoria, debiendo tomar en especial consideración la pertenencia de las personas (como destinatarias finales de la aplicación de los mismos) a grupos o poblaciones con mayor grado de vulnerabilidad⁶⁵, entre los que se encuentra la comunidad LGBTI.

Ahora bien, dentro de los principios rectores, específicamente aquellos que constituyen verdaderos estándares de conducta exigibles a las empresas en sus vinculaciones con las personas, se indica que éstas deben respetar los derechos humanos, constituyendo ésta una norma de observancia a nivel mundial, con independencia de la ubicación geográfica de las empresas. Bajo este estándar de conducta exigible a las empresas, en cuanto agentes privados, éstas deben respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, constituyendo un piso mínimo el respeto a los derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos (incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y además, los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁶⁶.

Por su parte, la obligación de respetar los derechos humanos que pesa sobre las empresas conforme los Principios Rectores, exige además que éstas eviten que las actividades que desarrollen, provoquen o bien, contribuyan a provocar consecuencias

⁶³ PRIETO RÍOS, ENRIQUE, AMAYA, ÁLVARO, Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y la práctica legal en el arbitraje de inversión respecto del derecho internacional de los derechos humanos, en Cantú, Humberto, Derechos Humanos y Empresas. Reflexiones desde América Latina, IIDH, San José, 2017, p. 415.

⁶⁴ Naciones Unidas, "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'", (2011), 17º período de sesiones, A/HRC/RES/17/4, 2011, p. 1.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 15-16.

negativas sobre los derechos humanos. En este sentido, éstas deberán hacer frente a esas consecuencias cuando se produzcan. Adicionalmente, éstas deben prevenir o mitigar eventuales consecuencias negativas sobre los derechos humanos que se relacionen directamente con sus operaciones, pero, además -en lo que interesa al presente análisis- con los productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos⁶⁷. Por último, se debe indicar respecto de este punto que, aún cuando no constituye el objeto principal de estudio de la presente investigación, estimamos que deberían considerarse estos Principios Rectores, en tanto *soft law*, como un elemento adicional al momento de ponderar si un determinado proveedor de bienes y/o prestador de servicios, en su calidad de empresa, cumple o no con los estándares de respeto hacia los derechos humanos internacionalmente reconocidos en las relaciones vinculadas al acceso de los referidos bienes y/ o servicios en condiciones de igualdad y no discriminación respecto de los consumidores.

Por último, los organismos internacionales han avanzado hacia el establecimiento de estándares de comportamiento para empresas, específicamente en el acceso a bienes y/o servicios, con especial énfasis en la población LGBTI. Así, encontramos las Normas de Conducta para las Empresas, adoptadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2017. Al efecto, en estrecha vinculación con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en específico, y de acuerdo a las referidas normas de conducta, las empresas en todo momento deben observar diligencia debida en orden a detectar, prevenir y mitigar toda consecuencia negativa, sea ésta potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTI de sus derechos humanos, o que estén directamente relacionados con sus productos, servicios y sus relaciones comerciales en general⁶⁸. A su turno, y especialmente vinculado con el objeto de esta investigación, se establecen normas de conducta aplicables a las empresas en el mercado. Dentro de éstas, a modo de estándar concreto sobre la materia, se ha establecido expresamente que las empresas deben prevenir otras violaciones de los derechos humanos, y especialmente, éstas “(...) *no deben denegar productos ni servicios a personas o grupos por su orientación sexual, su identidad de género o sus características sexuales*”⁶⁹.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 17.

⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “Normas de Conducta para las Empresas”, *Op.Cit.*, p. 9.

⁶⁹ *Ibíd.*, p.11.

B.5.ii. Principio de no discriminación en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores

En el ámbito de la provisión de bienes y la prestación de servicios, Chile cuenta con una norma, entre las disposiciones generales de la Ley N° 19.496, de 1997, que Establece Normas sobre protección de los derechos de los consumidores, que prescribe como derecho del consumidor el no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios⁷⁰. Sobre esta disposición legal, según la historia de la ley, la finalidad de la norma consistió en regular aquellas situaciones -convertidas en práctica habitual a la época de dictación de la ley-, referidas a la restricción de ingreso a determinadas personas a un establecimiento comercial, quedando ello relegado a la sola discreción del dueño encargado de éste⁷¹. No obstante ello, parte de la doctrina estima que la redacción y establecimiento de la norma resulta innecesaria, ya que sólo repite el principio constitucional -desarrollado precedentemente- sin ofrecer criterios para llenar de contenido su regulación. En ese sentido, no se define qué es discriminación arbitraria por parte de proveedores de bienes y servicios, cuáles son los supuestos para que se configure ni cuál es su alcance⁷². Por lo anterior, la norma deja entregada totalmente a la interpretación judicial el contenido que tendrá, en materia de consumo, la discriminación arbitraria⁷³. Lo anterior se agrava, en opinión de ciertos autores, si se considera que la prueba rendida en juicio de competencia de Juzgados de Policía Local (competentes sobre estas materias), será apreciada conforme las reglas de la sana crítica, cuestión que aparece más ligada a la propia discrecionalidad del juez que a las reglas o principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos avanzados⁷⁴.

De esta forma, en esta sección se analizaron los principales criterios o estándares aplicables específicamente al sector del consumo, particularmente, en el acceso a bienes y/o servicios por parte de las personas, y en particular, aquellas pertenecientes al grupo LGBTI. A dicho efecto, se revisaron los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de Naciones Unidas; las Normas de Conducta para las Empresas,

⁷⁰ Ley N° 19.496, de 1997, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, artículo 3º, literal c).

⁷¹ BARRIENTOS, MARCELO “Artículo 3º c) Derecho a la no discriminación arbitraria” en De la Maza, I. y Pizarro, C. (Directores), Barrientos, F. (Coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. 1ª. Edición. Santiago: Legal Publishing Chile, 2013. p. 105.

⁷² *Ibíd.*, p. 106.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 106-107.

adoptadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2017; y, la regla sobre no discriminación en el consumo que establece la Ley N° 19.946, materias que servirán para una mejor comprensión sobre la tensión entre los derechos fundamentales analizados y el establecimiento de algunos criterios de solución al efecto.

III. Libertad de conciencia y religión

En el presente capítulo se procederá a una revisión y análisis de los estándares internacionales relativos a la libertad de conciencia y religión, consagrados en los principales pactos internacionales que regulan este derecho, y posteriormente, el tratamiento que recibe la materia en el ordenamiento jurídico nacional, tanto a nivel constitucional como legal.

A. Estándares internacionales

En primer término, se debe indicar que la libertad de conciencia y religión recibe un tratamiento intenso en el derecho internacional de los derechos humanos, precisamente, ya que entre los fundamentos que dieron origen a esta rama del derecho se encuentra la necesidad de protección hacia las minorías, entre las que destacan las minorías religiosas⁷⁵.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 18 prescribe: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”*. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 18.1 establece el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye, conforme la norma citada *“la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”*. Agrega el artículo 18.2 que *“Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”*. Ahora bien, cabe hacer presente que el

⁷⁵ GONZÁLEZ, FELIPE “Libertad de conciencia y de Religión” en Medina, C. y Mera, J. (edit.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico), p. 127.

Comité de Derechos Humanos ha establecido que el referido artículo 18 de la Convención consagra, por una parte, la libertad de conciencia y de pensamiento y la libertad de adoptar la religión o creencia que se prefiera; y, por la otra, el derecho a manifestar la propia creencia o religión por parte del individuo. Agrega, además, que estas libertades se encuentran protegidas incondicionalmente⁷⁶. Resulta relevante para efectos del análisis propuesto, que el Comité indique que, a propósito de las restricciones que pudieren sufrir estas libertades, conforme lo prescrito en el artículo 18.3 del referido Pacto, al interpretar las cláusulas de limitación permitidas por dicho instrumento, los Estados Partes *“deberían partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación (...)”*⁷⁷. Además, estas limitaciones deben estar prescritas en la ley, no deben aplicarse de modo que vicien los derechos garantizados en el citado artículo 18 del Pacto, y debieran interpretarse por parte de los operadores jurídicos de modo restrictivo⁷⁸. Por último, respecto de las limitaciones a las libertades consagradas (cuestión que interesa a la presente investigación, según se desarrollará más adelante), el Comité destaca que los Estados Partes no podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios y tampoco se podrán aplicar de forma discriminatoria⁷⁹. A su turno, respecto de la prohibición de discriminación de la libertad consagrada en el Pacto (por aplicación del artículo 26 del citado Instrumento), parte de la doctrina sostiene que conforme el Derecho Internacional, la vulneración de los derechos humanos puede provenir, en primer término, del Estado y sus agentes, pero además también puede derivar de la tolerancia o aquiescencia del propio Estado respecto de prácticas discriminatorias ejercidas por parte de particulares, considerados tanto individual como colectivamente. En este sentido, se ha sostenido que el Estado tiene el deber de proteger frente a la discriminación ejercida por particulares⁸⁰. Al efecto, merece atención este punto, ya que, atendida la hipótesis de colisión de los derechos materia del presente análisis (esto es, derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a bienes y/o servicios por parte de personas LGBTI, en contraposición al derecho a la libertad religiosa por parte de proveedores de bienes y/o prestadores de servicios), existiría, bajo esta premisa asimismo, un deber del Estado de proteger la libertad religiosa que invoquen dichos proveedores y/o prestadores en su caso.

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22, Artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos – Libertad de Pensamiento, de conciencia y de religión (48° Período de sesiones, 1993), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 3.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 8.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ González, Op. Cit. p.130.

Por último, a nivel regional cabe advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 12.1 consagra este derecho de modo análogo al ya citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

B. Regulación nacional

Establecido el marco normativo internacional sobre la materia, corresponde ocuparse de la regulación en el ordenamiento jurídico nacional respecto del derecho analizado. De esta forma, en primer término, se debe hacer presente que la libertad de conciencia se encuentra reconocida y establecida como garantía fundamental en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política Chilena⁸¹, norma que debiera ser analizada en armonía con la garantía consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental que, como ya se ha expresado, consagra el principio de igualdad y no discriminación. Adicionalmente, se debe agregar que la Ley N° 19.638, de 1999, que Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, reitera la obligación del Estado de garantizar la libertad religiosa y de culto en los términos prescritos en la Carta Fundamental; y, además, la aplicación del principio de no discriminación de las personas en virtud de sus creencias religiosas, y el hecho que, estas creencias tampoco podrán invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley⁸².

Ahora bien, atendida la consagración constitucional de este derecho, para efectos de una comprensión relativa a su contenido, se hará una breve referencia a las distinciones propuestas por parte de la doctrina relativas a los conceptos de libertad de conciencia, de creencia y religiosa. Así, se ha establecido que la *libertad de conciencia* busca proteger el proceso racional, reflexivo, de elaboración intelectual del individuo, y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias (pudiendo ser estas religiosas, filosóficas, políticas, o de cualquier otra naturaleza), y, asimismo, a rechazar aquellas que el individuo considere erróneas, proceso que corresponde al fuero interno personal y que tendría carácter inviolable. En síntesis, se trataría de la facultad de las personas para formarse un propio

⁸¹ Respecto de este punto, cabe hacer presente que interesa para este análisis el inciso primero de artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, que asegura a las personas: "*La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*".

⁸² Ley N° 19.638, de 1999, Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, artículos 1° y 2°.

juicio sin sufrir interferencias⁸³. Por su parte, la *libertad de creencia* hace referencia a la vinculación de la persona con “un ser superior” en una dimensión diversa al mundo sensible, esto es, al mundo de la trascendencia. Desde ya este planteamiento merece crítica, ya que, resulta mucho más restrictivo que aquella precisión que hiciera el Comité de Derechos Humanos respecto del artículo 18 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, dicho artículo protege -a diferencia de lo sostenido por el citado autor-, en términos amplios las creencias teístas, no teístas y ateas y asimismo el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Por lo anterior, el Comité observa que los términos “*creencia*” y “*religión*” deben entenderse en sentido amplio⁸⁴. Por tanto, el artículo 18 no se limitaría a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales⁸⁵. Desde esta libertad se desprendería la libertad religiosa como, asimismo, la libertad ideológica (entendida esta última como las relaciones entre el mundo sensible con la realidad circundante⁸⁶). Por último, respecto de la *libertad religiosa*, la doctrina distingue una dimensión subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva comprendería la facultad de desarrollar o no una fe en un “ser superior”, sea de modo individual o colectivo, ejerciendo la práctica tanto en público como en privado. Serían manifestaciones del ejercicio de esta libertad en la dimensión objetiva: el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de ritos y ordenar la vida de la persona conforme las exigencias de dicha práctica. Además, se comprende en esta libertad en su dimensión subjetiva el derecho a no ser obligado a declarar la religión que se profesa⁸⁷. Por su parte, la libertad de religión en su dimensión objetiva comprende la pertenencia o no de la persona a una comunidad de creyentes⁸⁸. Por último, la doctrina analizada también distingue el *derecho a la libertad religiosa*, desde una dimensión objetiva y subjetiva. Así, en la faz objetiva del derecho, se sostiene que a nadie se puede imponer una determinada creencia o, al contrario, una negación de creencias, ya que el derecho surge desde las propias libertades del ser humano. Por último, en la faz subjetiva del derecho, se concibe una dimensión interna y otra externa. En la dimensión subjetiva interna, se garantiza un espacio de autodeterminación intelectual de la persona, el cual se traduce

⁸³ NOGUEIRA, HUMBERTO (2006) “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”. En *Ius et Praxis*, vol.12, nº 2, pp. 13-41. (Fecha de consulta: 6 de mayo de 2019). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002>

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22, op. cit., párr. 2.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Nogueira, Op. Cit.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

en creer, no creer, cambiar o abandonar creencias religiosas adoptadas por la persona, cuestión que debiera ser protegida y garantizada por el Estado⁸⁹. Finalmente, en la dimensión objetiva externa, se hace referencia a la libertad de culto, cuestión que comprende el ejercicio de todas las actividades que constituyan manifestaciones o expresiones de un determinado fenómeno religioso⁹⁰.

En conclusión, este capítulo abordó sistemáticamente los principales estándares internacionales relativos a la libertad de conciencia y religión, consagrados en los pactos internacionales que regulan la materia, y además, analizó el tratamiento que recibe la referida libertad y garantía fundamental, en el ordenamiento jurídico interno nacional, tanto a nivel constitucional como legal. Lo anterior resulta relevante, toda vez que -como se analizará- dicha garantía fundamental entrará en tensión con el derecho a la igualdad y no discriminación que exigen las personas en sus relaciones de consumo, especialmente, personas LGBTI en el acceso a bienes y/o servicios.

IV. Cuestiones generales sobre grupos vulnerables en Chile: Fundamentos para una debida protección de las personas LGBTI

El presente capítulo abordará la cuestión relativa al grupo objeto de análisis e investigación: la población LGBTI en Chile. Para lo anterior, se revisarán sintéticamente, los diversos ámbitos desde los cuales es posible abordar la igualdad y no discriminación; se dará cuenta de cifras actualizadas proporcionadas por entidades especializadas que permiten comprender la necesidad de una protección especial de este grupo de personas en la sociedad frente a actos de discriminación; y, finalmente, se entregarán algunas conclusiones relativas a los fundamentos para una debida protección de las personas LGBTI en Chile, atendido el especial contexto socio-cultural.

Corresponde afirmar que, conforme se ha indicado en los capítulos precedentes, y de acuerdo a los estándares internacionales, garantías constitucionales y legislación nacional, el ordenamiento jurídico consagra un derecho a la igualdad y no discriminación; ese derecho incluye a las personas LGBTI; y, si se producen situaciones de discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Chile estaría incumpliendo (especialmente conforme los estándares internacionales de derechos humanos revisados) sus obligaciones de respeto y protección del derecho a no ser discriminado por estas

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

categorías⁹¹. Por su parte, actualmente existe consenso en la idea que falta mucho para que en Chile exista pleno reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGBTI, cuestión que puede abordarse desde múltiples ámbitos, pudiendo citarse a título meramente ejemplar: el reconocimiento legal de los afectos entre personas del mismo sexo (dentro de esta materia, por ejemplo, el avance en la creación del Acuerdo de Unión Civil mediante la Ley N° 20.830, publicada en el Diario Oficial de 21 de abril de 2015 y el debate pendiente sobre una legislación que consagre el matrimonio igualitario); la familia homoparental (debiendo incluirse en este punto el debate -aún abierto- sobre adopción homoparental y los derechos filiativos, entre otros); los derechos de las personas trans (incluyendo en ello, sólo como uno de los múltiples aspectos relevantes, la criminalización, violencia y exclusión que experimenta especialmente esta parte del colectivo LGBTI); la violencia contra niños, niñas y adolescentes LGBTI; la existencia -hasta la actualidad- de figuras penales vigentes abiertamente discriminatorias (artículo 365 del Código Penal); entre otras múltiples materias⁹². Ahora bien, la evidencia permite sostener además -como se podrá revisar más adelante en cifras-, que pese a los avances existentes sobre el reconocimiento de igualdad y derechos de las personas LGBTI, en sectores marginales y zonas rurales aún se encuentra instalada una ferviente “homo/lesbo/trans fobia”⁹³. Por lo anterior, han sido continuas las recomendaciones de mejoras dirigidas al Estado, elaboradas tanto por la academia como desde grupos de la sociedad civil, en el sentido de investigar eficazmente los crímenes de odio cometidos contra personas LGBTI; impulsar proyectos legislativos que regulen y sancionen la incitación al odio hacia personas LGBTI⁹⁴; asimismo investigar y sancionar efectivamente los actos de violencia contra personas LGTBI cometidos en el contexto educacional⁹⁵; realizar campañas educativas que busquen erradicar la homofobia y transfobia⁹⁶; entre otras iniciativas.

⁹¹ Álvarez, Juan José; del Pino, Sebastián; Saavedra, María Belén; Vial, Tomás (2017) “Derechos de las personas LGTBI en Chile: una evaluación” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), p. 425.

⁹² Se hace la prevención que esta investigación no tiene por objeto abordar en profundidad cada una de las materias individualizadas en esta sección, las que han sido tratadas sistemáticamente en los Informes Anuales sobre Derechos Humanos en Chile 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

⁹³ Saavedra, María Belén; Valdés, Constanza (2018) “Derechos humanos de las personas LGTBI en Chile: desafíos pendientes” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), p. 217.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 232.

⁹⁵ Álvarez, Juan José y otros, *Op. Cit.*, p. 463.

⁹⁶ Álvarez, Juan José; del Pino, Sebastián; Vial, Tomás (2015) “Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y falencias” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), p. 385.

Para efectos de graficar cuantitativamente el estado actual de las materias en el país, -y ante la ausencia de estadísticas sistematizadas y oficiales elaboradas por parte de órganos de la Administración del Estado-, resulta útil traer a la vista los registros capturados por entidades especializadas sobre la materia, que no forman parte del aparato estatal. Así, según el Informe Anual de Derechos Humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), se observa un aumento de un 44% en las denuncias y abusos basados en la orientación sexual o la identidad de género, concluyendo el 2018 con un total de 698 casos⁹⁷. De acuerdo a lo informado por la entidad, esta es la cifra anual más alta que se ha conocido hasta la actualidad y acumularía el 22% del total de las 3.137 vulneraciones contabilizados en 17 años⁹⁸. A continuación, el informe desagrega los datos sobre violaciones a los derechos humanos sufridas por personas LGBTI, destacando lo siguiente: 3 asesinatos; 58 agresiones físicas o verbales perpetradas por civiles desconocidos por las víctimas; 16 abusos policiales; 28 hechos de discriminación laboral; 37 episodios de exclusión educacional; 102 movilizaciones o campañas homo/transfóbicas; 271 situaciones de marginación institucional; 17 denegaciones de derechos en espacios públicos o privados; 72 actos de violencia comunitaria (familiares, vecinos, amigos, conocidos), 92 declaraciones de odio y 2 marginaciones en el terreno de la cultura, los medios o el espectáculo⁹⁹.

Por su parte, resulta preocupante destacar que, según lo consignado por la organización, el incremento en las vulneraciones a los derechos humanos de personas LGBTI en 2018 fueron -específicamente- aquellos abusos más graves, esto es, aquellos que afectan la integridad física y/o psicológica de las personas, poniendo en riesgo sus vidas y ocasionando muertes. En este sentido, debiera resultar alarmante el hecho que aumentarían los homicidios un 50%, mientras que las agresiones físicas o verbales perpetradas por civiles aumentaron un 3,6%, resultando en muchas ocasiones las víctimas con secuelas para toda la vida¹⁰⁰. Lo anterior pone de manifiesto la necesidad y justificación de protección -y especial atención- a este grupo de personas, particularmente, atendido que -según las cifras- éstas continúan siendo víctimas de hechos graves de violencia.

⁹⁷ Movilh. Informe Anual de Derechos Humanos: Hechos 2018, XVII versión, marzo de 2019, pp. 14. (Fecha de consulta: 31 de mayo de 2019). Disponible en:

<http://movilh.cl/documentacion/2019/Informe-Anual-DDHH-2018-Movilh.pdf>

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 39.

Ahora bien, el Informe además presenta el dato estadístico referido a los casos de discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género el año 2018. Así, se verificó un 54% de aumento de casos y denuncias por denegación de derechos en espacios públicos y privados. Dicha información se desagrega de la siguiente forma: el 53% afectó a personas trans (9 casos); el 35% a gays (6 casos) y el 12% a lesbianas (2 casos)¹⁰¹.

Por otra parte, estas cifras deben ser interpretadas armónicamente con los resultados de la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2018 del Instituto Nacional de Derechos Humanos. El universo de dicha muestra contempló hombres y mujeres, de 14 años y más, residentes en viviendas particulares de todas las regiones del país, en zonas urbanas y rurales y el tamaño muestral fue de 7.333 casos. Sobre la discriminación, los resultados de la encuesta muestran que el 41,9% menciona a los pueblos indígenas como “*un grupo*” al que no se les respetan sus derechos; seguido por las “*personas pobres*” (39,7%); personas mayores (29,3%), homosexuales y lesbianas (26,5%), inmigrantes latinoamericanos (25,5%), y las mujeres (17,1%). A su turno, entre las razones por las cuales más se discriminaría en Chile según la encuesta, las mayores menciones son por el “*color de piel*” (17,1%); luego por “*ser pobre*” (15%); y, por orientación sexual (13%)¹⁰². Es importante destacar que, conforme los resultados, aparecería una tendencia en la memoria colectiva de las personas a reconocer a las personas LGBTI como pertenecientes a una población o grupo vulnerable.

La encuesta continúa mostrando datos relevantes para la presente investigación, que permiten comprender la justificación de un mayor énfasis y protección hacia las personas LGBTI. En relación a la percepción de la posibilidad de que a una persona heterosexual y a una persona homosexual se le vulneren sus derechos en espacios públicos (calle, transporte público, plazas y parques), los resultados muestran -de modo preocupante- que el 52% de los encuestados manifiesta que la posibilidad es “alta”; el 41,1%, “media” y sólo el 6,9%, “baja”. En tanto, y también de modo alarmante, el 63% dice que una mujer trans tiene “altas” posibilidades de sufrir maltrato, el 29,6%, “media” y sólo el 7,5%, “baja”. Frente a la afirmación “*se debería prohibir que las parejas del mismo sexo adopten*”, el 63,4% se declara en desacuerdo y el 36,6% está de acuerdo, existiendo una mayoría favorable a la crianza homoparental. Además, y de modo positivo, el 71,3%

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 96.

¹⁰² Instituto Nacional de Derechos Humanos. Resultados de la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2018. (Fecha de consulta: 31 de mayo de 2019). Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/12/Presentacion-INDH-2018-version-larga.pdf>

manifiesta apoyar el acuerdo de unión civil, mientras el 28,7% lo rechaza. Por último, respecto de la percepción de la posibilidad de que una persona heterosexual y una persona homosexual accedan al mismo trabajo, la población percibe que las personas heterosexuales tienen una más alta posibilidad (73,2%) de acceder al mismo puesto de trabajo que una persona homosexual; “media” el 24, 3%; y, “baja”, sólo un 2,5%. Ya hacia las conclusiones, la encuesta corrobora que existe conciencia en la población chilena de una situación de notoria desventaja para los grupos de especial preocupación, dentro de los cuales se encuentra, tal como evidencia el instrumento, el colectivo LGBTI, objeto del presente estudio¹⁰³.

Por lo anteriormente expuesto, resulta trascendente y relevante en la presente investigación el estudio referido a este grupo subordinado socialmente, tomando en consideración, precisamente, todos los efectos negativos que produce la discriminación, estigmatización y exclusión social que -históricamente- ha afectado a las personas LGBTI. En razón de ello se hace necesario abordar, desde una mirada de estándares de derecho internacional de derechos humanos, casos concretos de discriminación que se presentan en la actualidad (y que han sido judicializados a nivel comparado), en aquellas situaciones en que personas LGBTI han manifestado su intención de adquirir ciertos bienes y/o contratar determinados servicios -ofrecidos en el libre mercado, a todos los consumidores en general, sin especiales restricciones- y éstos les han sido denegados en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, amparándose -los proveedores y/o prestadores de servicios- en la libertad religiosa o de culto.

De esta forma, el presente capítulo ha abordado la cuestión relativa a algunos de los avances y desafíos pendientes respecto a la plena consagración de derechos de las personas LGBTI en Chile; se ha expuesto con cifras el contexto y la necesidad de especial protección de las personas pertenecientes a este grupo vulnerable; y, se han manifestado algunas reflexiones que permiten comprender la necesidad de observar con especial detención -dentro de ese contexto- las situaciones de discriminación que se produzcan respecto de personas LGBTI en Chile.

¹⁰³ *Ibíd.*

V. Estado del debate judicial en derecho comparado: El caso de Reino Unido

A. Cuestiones preliminares

Una vez expuestos los estándares internacionales de derechos humanos, y asimismo, la regulación en el ordenamiento jurídico nacional, referidos tanto al principio – derecho a la igualdad y no discriminación, por una parte, como a la libertad de religión y conciencia, por la otra, y asimismo, los fundamentos prácticos para comprender la necesidad de establecer una especial protección en favor de la población LGBTI, corresponde ocuparse del tratamiento judicial que ha recibido el conflicto entre estos dos derechos fundamentales. Para estos efectos, se hace presente que, en una fase inicial de estudio e investigación de la temática, se revisaron casos de jurisprudencia relevantes sobre la materia, específicamente referidos a denegación de bienes y/o prestación de determinados servicios a personas LGBTI, fundados en el derecho a la libertad religiosa de los proveedores y/o prestadores. Así, atendida la ausencia de jurisprudencia nacional relevante sobre la materia, se revisó literatura del sistema de derecho español y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin encontrar hallazgos relevantes de derecho privado referidos al conflicto jurídico objeto de estudio. En efecto, los principales casos judiciales se vinculan a situaciones referidas a autoridades o bien, a funcionarios públicos, que se niegan a celebrar y/o realizar determinadas actuaciones públicas o bien, a prestar determinados servicios públicos, en ejercicio de un derecho a la objeción de conciencia basado en sus creencias religiosas. En concreto, se presentan algunos casos de funcionarios que se han negado a celebrar uniones civiles o derechamente, matrimonios, entre personas del mismo sexo, en aquellos casos en que una determinada religión no reconoce ni valida dichas uniones, cuestión que escapa el ámbito del presente estudio¹⁰⁴.

Atendido lo expuesto, para efectos prácticos, se ha elegido el caso de Reino Unido, por diversos factores: mayor grado de desarrollo jurisprudencial que ha tenido el caso de

¹⁰⁴ Por ejemplo, en el caso de España, la sentencia que desestima el Recurso Ordinario Nº 69/2007, de 11 de mayo de 2009, dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, interpuesto por un Juez Encargado del Registro Civil, quien solicita se le exima por razones de conciencia de carácter religioso de la tramitación de los expedientes de matrimonios entre personas del mismo sexo. En lo sustantivo del fallo, interesa lo expuesto en el Fundamento de Derecho Noveno, que en síntesis expone que la cuestión de fondo es el principio que somete al Juez a la Ley en cualquiera de sus cometidos y que convierte dicha intervención en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Dicho principio fundamental se vería cuestionado desde el momento que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de funciones judiciales (registrales), que se encuentran establecidas en normas legales válidas y técnicas, con absoluta desvinculación de toda práctica religiosa.

conflicto de derechos que se analizan, específicamente en el ámbito privado (relaciones entre particulares y no entre funciones públicos y particulares); el contexto sociocultural del país; y, en particular, el grado de representatividad de ciertos grupos religiosos en el país (por ejemplo, cristianismo y catolicismo), en contraste con el reciente reconocimiento civil de derechos LGBTI, hacia la década de los sesenta, con el establecimiento del *Sexual Offences Act*, de 1967, norma que despenalizó las prácticas homosexuales consentidas entre personas adultas, mayores de edad y en el ámbito privado.

Por su parte, se revisará el *Equality Act*, de 2010, normativa antidiscriminación que consagra de modo explícito una protección para las categorías protegidas referidas a la “religión o creencia”, “orientación sexual”, “cambio de sexo” y el “sexo”. Se hace presente la importancia de dicho análisis, atendido que dicha norma contempla normas específicas relativas a la prestación de bienes y servicios entre particulares.

A continuación, se hará una breve referencia a la *Equality and Human Rights Commission*, institución nacional de derechos humanos, con competencia en Inglaterra, Gales y parte de Escocia, encargada del monitoreo, implementación y el cumplimiento de la normativa referida a igualdad y derechos humanos como asimismo, la promoción de los derechos humanos afines, y especialmente, aquellos consagrados en el *Equality Act*, de 2010.

Por último, dentro del análisis del presente capítulo, se revisarán cuatro sentencias destacadas que grafican la forma que los Tribunales han ponderado los derechos fundamentales en tensión y que muestran algunas soluciones jurídicas que se han ofrecido a los litigantes para resolver el conflicto de derechos, conforme las reglas legales aplicables en la especie. Dichos fallos han sido seleccionados ya que abordan servicios de distinta naturaleza (prestación de servicios profesional de consejería, alojamiento y confección de pasteles); las soluciones han sido diversas (en tres de los cuatro casos las Cortes resolvieron a favor de la igualdad y no discriminación de personas LGBTI); y, además, en uno de los casos (*Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*), se plantea una discusión paralela y pertinente -a nuestro juicio-, referida a la libertad de expresión del prestador del servicio.

B. Equality Act, de 2010

B.1. Antecedentes históricos y de contexto

A continuación, se revisará una panorámica general de los antecedentes de contexto e históricos que permiten comprender la promulgación de esta norma antidiscriminación en Reino Unido. La importancia de desarrollar brevemente esta sección se vincula con los hechos que también rodearon la promulgación y dictación de la norma antidiscriminación nacional (Ley N° 20.609) y, por tanto, que permiten identificar puntos de contacto entre ambas legislaciones.

Desde ya se debe indicar que, desde un punto de vista de aplicación territorial, la norma analizada tiene aplicación en Inglaterra y Gales, y con algunas excepciones menores en Escocia.

Ahora bien, desde una mirada histórica, la ley sobre igualdad de Reino Unido responde a un desarrollo relativamente reciente, dado que al menos, hasta la década de 1960, se permitían prácticas y actitudes discriminatorias dentro del ordenamiento jurídico, particularmente aquellas del medio social del cual provenían los jueces, actores fundamentales en el desarrollo del sistema del *common law*. En este sentido, se ha sostenido que existen tres hitos claves¹⁰⁵ que permitieron el establecimiento de una normativa sobre igualdad y no discriminación. En primer término, a través del Parlamento, ya sea mediante la promulgación de normas, el seguimiento de campañas o bien, a través del lobby realizado por aquellos sectores de la sociedad afectados por el trato discriminatorio¹⁰⁶. Por su parte, en el caso del sector público, la mayor influencia viene dada como una respuesta a la crítica social hacia el departamento de policía y otras reparticiones públicas en lo relativo a la muerte de Stephen Lawrence (caso del homicidio de un estudiante de 19 años de raza negra, mientras esperaba un bus en la zona de Eltham, en el Sureste de Londres)¹⁰⁷. El caso adquiere relevancia pública debido a la investigación e

¹⁰⁵ Khan, Sarfraz; (2012) "1. Introduction and Background" en Wadham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S., (ed.), *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010*, Segunda Edición (Reino Unido, Oxford University Press), p. 2.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 3-4. Resulta interesante destacar que en este punto, que al igual que en el caso de Reino Unido, la legislación antidiscriminación chilena -Ley N° 20.609- también contempla dentro de sus antecedentes de hecho directos, el caso de homicidio de Daniel Zamudio en marzo de 2012, como una respuesta del aparato público hacia casos de discriminación con consecuencias fatales para la víctima.

informe realizado por Sir William Macpherson, mediante el cual se propusieron 70 recomendaciones de cambios a la policía inglesa, así como la puesta en práctica y la necesidad de una reforma legislativa integral. La cuestión relevante que destaca el informe se vincula con la descripción que hiciera su autor respecto de la institucionalidad policial, describiendo a dicha entidad y a otras instituciones nacionales como “*institucionalmente racistas*”). Finalmente, jugaron un rol fundamental las Directivas dictadas por la Unión Europea, las cuales resultaban vinculantes para Inglaterra conforme el Tratado de Roma, suscrito por dicha nación¹⁰⁸.

Así, en ese contexto de evolución jurídico-política, los gobiernos de la reforma laboral, en el período entre 1960 a 1970, comenzaron a introducir leyes que otorgaban protección a ciertos grupos especialmente vulnerables a discriminación, específicamente vinculados a las categorías protegidas referidas a “raza”, en una primera aproximación, y luego al “sexo”, tomando como referencia el *Equal Pay Act* (1963), y los *Civil Rights Acts* (1964 y 1968), promulgados por Estados Unidos¹⁰⁹. Por su parte, también jugó un papel preponderante en el contexto normativo existente para la dictación de una ley antidiscriminación, la participación de Inglaterra en la Comunidad Económica Europea, cuyo tratado fundante establecía como principio para los Estados partes “*mantener el principio referido a que los hombres y las mujeres debían recibir igual sueldo si realizaban un mismo trabajo*”. De esta forma, el Parlamento de Reino Unido promulgó las siguientes normas: los *Race Relation Acts* (en 1965, 1968 y 1976); el *Equal Pay Act* (1970) y el *Sex Discrimination Act* (1975)¹¹⁰. Así, a mediados de 1970, la legislación referida a discriminación contemplaba regulación para las siguientes materias: se definían los conceptos de discriminación directa e indirecta, victimización e incitación; se extendía la aplicación de las normas a las áreas de empleo, educación, formación y la provisión de bienes y servicios; y, se crean las primeras Comisiones (*Equal Opportunities Commission* y *Commission for Racial Equality*), antecesoras de la *Equality and Human Rights Commission*, encargadas, en síntesis, de velar por el cumplimiento de las normas antidiscriminación promulgadas, conducir investigaciones e iniciar procedimientos legales de acuerdo a sus propias atribuciones¹¹¹.

Posteriormente, respecto de las personas en situación discapacidad, no fue sino hasta el año 1995 que se dictó legislación específica sobre la materia, mediante la promulgación de la *Disability Discrimination Act*.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p.5.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 2.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 3.

Asimismo, como una respuesta a la crítica social realizada hacia el Gobierno, en el caso del homicidio de Stephen Lawrence, la Administración estableció expresamente los denominados “*deberes del sector público*”, los que corresponden a deberes específicos referidos a dicho sector, cuyos principales objetivos comprenden eliminar la discriminación ilegal, promover la igualdad de oportunidades, las buenas relaciones entre personas de razas diversas, y asimismo, ejecutar acciones en orden a dar cumplimiento a dichos deberes¹¹².

Finalmente, nos referiremos a las principales Directivas dictadas por la Unión Europea, que sirvieron de fundamento para el establecimiento de una legislación antidiscriminación en el Reino Unido, especialmente: las relativas a la igualdad salarial (75/117/EEC), y aquella referida a la igualdad de trato en el trabajo (76/207/EEC), en relación al género; una Directiva referida al Género (2006/54/EC); una Directiva referida a la raza (2000/43/EC); la *Employment Equality Framework Directive* (2000/78/EC), que tuvo por objeto combatir la discriminación basada en discapacidad, religión o creencia, orientación sexual y edad en el lugar de trabajo. La dictación y aplicación de dichas Directivas contribuyó asimismo para la dictación de normativa específica en Reino Unido, con el objeto de dar protección a grupos determinados, destacando las siguientes normas: *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* (2003), *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* (2003) y *Employment Equality (Age) Regulations* (2006)¹¹³.

Teniendo presente el contexto normativo indicado, posteriormente, en 2005, se presentó el *Equality Bill* al Parlamento, en el marco del proceso denominado por el Gobierno del “*Equality Review*” y un “*Discrimination Law Review*”, fundado en la necesidad de modernizar la legislación relativa a igualdad en el país, y además, el establecimiento de un nuevo organismo público que procurara su promoción y cumplimiento: la “*Comisión de Igualdad y Derechos Humanos*” (*Commission for Equality and Human Rights*). Esta nueva entidad pública especializada comenzó a funcionar en octubre de 2007, teniendo por objetivo principal -en materia de discriminación- la protección, cumplimiento y promoción de la igualdad en relación a la edad, discapacidad, género, raza, religión y creencia, orientación sexual y cambio de sexo. Asimismo, el mismo año se establece un nuevo departamento dependiente del Gobierno: la *Government Equalities Office* (*GEO*). Todo el despliegue del aparato estatal a esta fecha, mediante la presentación del proyecto de ley, así como el establecimiento de entidades públicas especializadas en materias de discriminación, va

¹¹² *Ibíd.* pp 3-4.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 5.

dando cuenta de la importancia y el grado de compromiso de las autoridades para trabajar contra la discriminación¹¹⁴.

En relación a la tramitación legislativa de la norma, destaca el hecho que en la “Cámara de los Comunes de Reino Unido” (*House of Commons*), un Comité especializado (*Public Bill Committee*) examinó en detalle el proyecto, recibiendo en audiencias a diversas agrupaciones, entre las que interesan a la presente investigación: grupos de representantes de la comunidad LGBT y asimismo, grupos religiosos, tales como el *General Synod of the Church of England*. Asimismo, destaca la diversidad de los integrantes de este Comité (así por ejemplo, fue integrado por Diane Abbott, la primera mujer de raza negra elegida en el Parlamento; Evan Harris, Presidente Honorario de la Campaña Demócrata Liberal por los derechos de las lesbianas y gays; y, John Mason, un miembro activo cristiano de una congregación Bautista, entre otros). En el contexto de dicho análisis legislativo, dentro de las múltiples aristas y temáticas de debate sostenidos por los integrantes del Comité, surgió la reflexión en torno al problema de fondo que enfrenta la presente investigación: ¿resulta ilegal discriminar a personas LGBT en base a las propias creencias religiosas?, y de ser aquello efectivo, ¿existiría una suerte de jerarquización de las víctimas de discriminación, debiendo necesariamente tener que ceder el derecho a la propia religión y creencia frente a otras categorías de discriminación, como por ejemplo, ante las personas LGBT?¹¹⁵. El asunto no fue resuelto en términos absolutos a través de la aprobación del proyecto final y el debate -tanto a nivel de litigación como de política pública-continúa abierto hasta la actualidad.

B.2. Características protegidas

El *Equality Act* de 2010 logra sistematizar en una norma única, todas aquellas categorías -dispersas en las normas antecesoras- respecto de las cuales se prescribe la prohibición expresa de discriminación y, asimismo, establece una aproximación única respecto de la discriminación, salvo algunas excepciones. En términos de técnica legislativa, la norma actualizada trata en capítulos separados las categorías protegidas y las conductas prohibidas en torno a las mismas, cuestión que mejora la comprensión y entendimiento de la ley. Las categorías protegidas por la ley comprenden: edad,

¹¹⁴ *Ibíd.*, pp. 6-7.

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 8.

discapacidad, cambio de sexo, matrimonio y unión civil, raza, religión o creencia, sexo, orientación sexual y embarazo y maternidad¹¹⁶.

En lo que interesa a esta investigación, la sección 12 del *Equality Act* trata sobre la categoría referida a “orientación sexual”, la que comprende la orientación sexual de una persona (entendida ésta tanto como la atracción sexual, así como el comportamiento del individuo) hacia una persona del mismo sexo, personas del sexo opuesto, o bien, personas de cualquiera de ambos sexos. Por lo anterior, la norma establece protección contra la discriminación sufrida por personas, por el sólo hecho de identificarse como gays o lesbianas, heterosexuales o bisexuales, y asimismo, respecto de aquellos casos en que dichas personas manifiestan su orientación sexual, incluyendo: la apariencia de la persona, los lugares que éstas visitan o las personas con quienes éstas comparten. Cabe advertir que, respecto de las personas transexuales, se establece una categoría protegida específica denominada “cambio de sexo” bajo la cual éstas obtienen protección específica, salvo que el acto de discriminación denunciado bajo la norma se conecte directamente con la orientación sexual del individuo¹¹⁷.

La sección 7 del *Equality Act* consagra la característica protegida denominada “cambio de sexo”, la que incluye aquellas situaciones en que la persona propone someterse, está actualmente sometiéndose, o bien, se someterá a futuro a un procedimiento (o parte de un procedimiento) con el objetivo de obtener el “cambio de sexo”, ya sea mediante el cambio fisiológico o de otros atributos del sexo biológico. Sobre el particular, y en conexión con la actual regulación chilena referida a la identidad de género, en el caso del Reino Unido, el *Equality Act* de 2010 brinda una protección bastante amplia¹¹⁸, ya que no exige que la persona se someta actualmente a un procedimiento médico necesariamente para obtener la protección bajo esta categoría. En síntesis, la norma se enfoca en el proceso personal del individuo de transitar desde el sexo biológico de nacimiento, hacia el género de su preferencia¹¹⁹.

¹¹⁶ Karim, Razia; Maynard, Esther (2012) “2. Protected Characteristics” en Wadham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S., (ed.), *Blackstone’s Guide to The Equality Act 2010*, Segunda Edición (Reino Unido, Oxford University Press), p. 15.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 29.

¹¹⁸ La norma anterior, esto es, el *Sex Discrimination Act* (1975), extendía la protección a aquellas personas que se hubieren sometido o bien pretendían someterse a un proceso de “cambio de sexo” pero exigía además que éstas estuvieran bajo supervisión médica.

¹¹⁹ Desde el punto de vista de las denominadas “categorías sospechosas”, en el ámbito nacional, el inciso primero del artículo 1º de la Ley Nº 20.609, establece expresamente la “identidad de género”. Dicha característica -para efectos de protección bajo la actual ley antidiscriminación- debiera ser interpretada en armonía con lo dispuesto en la Ley Nº 21.120, que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, publicada en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2018, incisos

Por último, la Sección 10 del *Equality Act* establece como característica protegida la “religión o creencia”. La ley no define expresamente los conceptos de religión o creencia, por lo que los autores estiman que en esta sección la norma toma como referencia el contenido del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El concepto de religión abarca ampliamente cualquier religión (por ejemplo: cristianismo, islamismo, judaísmo, hinduismo, entre otras), pero además incluye la ausencia de una religión. Por su parte, la creencia comprende cualquiera sea ésta, de tipo religioso o filosófico (incluyendo, por ejemplo, el ateísmo y secularismo) y, asimismo, la falta de una creencia por parte del individuo. Por último, algunos de los factores considerados por la norma para determinar si una determinada creencia constituye o no una religión, incluyen: la existencia de un acto colectivo de adoración o devoción, la existencia de un sistema estructurado de creencias; y, asimismo, la existencia una creencia profunda que afecte la forma de vida de las personas, entre otros¹²⁰.

B.3 Regulación de la prestación de servicios en el *Equality Act*

A continuación, la parte 3 del *Equality Act* trata sobre la discriminación referida a servicios y funciones públicas, consolidando y armonizando en un solo cuerpo normativo la legislación previa sobre dichas materias. Respecto al concepto de “servicios”, aún cuando la ley no establece una definición expresa, se ha entendido que dicho término comprende los servicios proveídos al público (o a una parte del público), sea que ello fuere o no a cambio de un pago¹²¹. Asimismo, en armonía con la legislación previa existente sobre estas materias, se ha indicado que este concepto también resulta aplicable al uso y disposición de instalaciones. Sólo a modo de ejemplo, tomando como referencia el *Sex Discrimination Act* (1975), se ha planteado que queda incluido dentro del ámbito de aplicación del *Equality Act*, bajo el concepto de servicios, lo siguiente: acceso y uso de algún lugar al cual todos los miembros del público, o alguna parte de éste, se permite su entrada; acomodaciones

segundo y tercero del artículo 1º que prescriben: “(...) *la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento. Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos*”.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 26.

¹²¹ Ardill, Nony (2012) “5. Services, Public Functions, and Transport” en Wadham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S., (ed.), *Blackstone’s Guide to The Equality Act 2010*, Segunda Edición (Reino Unido, Oxford University Press), pp. 77-78.

en hoteles u otras instalaciones similares; instalaciones bancarias o del área de seguros; instalaciones para entretenimiento o recreación; instalaciones para el transporte o viajes; y, los servicios ofrecidos por cualquier profesión, entre muchos otros¹²²¹²³. En general, la ley prohíbe al prestador del servicio discriminar a una persona en términos de denegar el referido servicio al individuo cuando éste lo ha requerido. Sobre este punto se debe hacer presente que la protección establecida en la norma se extiende a todas las etapas en la relación establecida entre el prestador y el consumidor, no limitándose exclusivamente al momento de denegación inicial en la provisión del servicio (lo anterior incluye, adicionalmente, la calidad del servicio que es proveído a una determinada persona)¹²⁴.

Por su parte, dentro de las múltiples excepciones legales establecidas para la sección referida a servicios y funciones públicas, cabe destacar que, bajo la normativa, -a modo de excepción general- un prestador de servicios no contraviene la ley si es que hace algo a lo cual se encuentra obligado por otra ley distinta (esta excepción aplica para las dos categorías analizadas: religión o creencia y orientación sexual)¹²⁵. Otra de las excepciones que cobra relevancia bajo esta norma es aquella que permite a una organización religiosa, o bien, a una persona que actúe a su nombre o bajo su auspicio¹²⁶, a discriminar basada en la religión o creencia o en orientación sexual, restringiéndose exclusivamente a los siguientes casos: la membresía a la organización, la participación en las actividades de la organización, la provisión de bienes, servicios o las dependencias utilizadas o referidas al curso de actividades realizadas por dicha organización; y, el uso o disposición de recintos que sean de dominio o que fueren controlados por la organización¹²⁷. Con todo, cabe advertir que esta excepción no aplica respecto de casos de discriminación basados en orientación sexual, que fueren imputables a una organización religiosa que hubiere celebrado un contrato con una Autoridad Pública para proveer servicios o realizar una función pública a nombre de dicha Autoridad¹²⁸. Por último, este tipo de contra excepciones puede cobrar relevancia al momento de establecer criterios de solución en el caso de

¹²² *Ibíd.*, pp. 79.

¹²³ Adicionalmente, sobre este punto, el *Statutory Code of Practice on Services, Public Functions and Associations* (“*Services CoP*”), establece que dentro de los servicios también se incluyen en la norma aquellos referidos a: baños, departamentos del gobierno y sus agencias, restaurantes, bares, oficinas de correo, servicios públicos (luz, agua, gas), aeropuertos, parques públicos, estadios, centros de descanso, teatros, cines, tiendas comerciales, servicios de gasolina, hospitales y clínicas, entre otros.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 81.

¹²⁵ Schedule 22, paragraph 1(1) del Equality Act 2010.

¹²⁶ Schedule 23, paragraph 2(4) del Equality Act 2010.

¹²⁷ Schedule 23, paragraph 2 (3) del Equality Act 2010.

¹²⁸ Schedule 23, paragraph 2 (10) del Equality Act 2010.

conflicto de derechos, especialmente en el ámbito de la discriminación entre privados, particularmente, para aquellos casos de servicios que puedan reconducirse a funciones propias del Estado¹²⁹.

C. Equality and Human Rights Commission

Finalmente, corresponde hacer una breve referencia a la entidad pública encargada del monitoreo y cumplimiento del *Equality Act* de 2010 (entre otras normas referidas a igualdad y derechos humanos en Inglaterra, Gales y parte de Escocia). Esta entidad inició su trabajo en octubre de 2007 y tuvo como antecesoras a la “*Commission for Racial Equality*”, “*Equal Opportunities Commission*”, y la “*Disability Rights Commission*”¹³⁰.

La Comisión, que se encuentra acreditada como Institución Nacional de Derechos Humanos para Reino Unido, tipo A¹³¹, cuenta con facultades para investigar, notificar actos ilegales, ejecutar planes de acción, lograr acuerdos, hacer presentaciones ante las Cortes, llevar adelante conciliaciones, prestar asistencia legal, revisar judicialmente casos y otros procedimientos legales, algunos deberes propios del sector público y otorgar avisos de evaluación y cumplimiento de la normativa sobre igualdad y derechos humanos.

Resulta relevante hacer presente que Reino Unido cuenta con una institución pública especializada, con competencias específicas referidas a la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente, de aquellas obligaciones legales que se establecen en el *Equality Act*, de 2010, según fuere revisado en el presente capítulo, cuestión que evidencia el alto interés que existe por parte del país en obtener el cumplimiento de la norma antidiscriminación vigente en las relaciones entre los diversos individuos que integran la sociedad.

¹²⁹ Ver capítulo VI.

¹³⁰ Craig, Glynis (2012) “9. *Enforcement*” en Wadham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S., (ed.), *Blackstone’s Guide to The Equality Act 2010*, Segunda Edición (Reino Unido, Oxford University Press), p. 193.

¹³⁰ *Ibíd.*, pp. 79.

¹³¹ Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI). Sub-Committee on Accreditation (SCA). Chart of the status of national institutions accredited by the global alliance of national human rights institutions accreditation status as of 04 march 2019. (Fecha de consulta: 19 de agosto de 2019). Disponible en:

[https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20\(04%20March%202019\).pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20(04%20March%202019).pdf).

D. Análisis de Jurisprudencia

D.1. McFarlane v. Relate Avon Limited. Corte de Apelaciones (Sección Civil), Reino Unido

D.1.i. Hechos

El señor Gary McFarlane prestó servicios como consejero de la empresa *Relate Avon Limited*, entidad privada que ofrece servicios de consejería para parejas. La empresa y su equipo de profesionales son miembros de la ex Asociación Británica de Terapia Sexual y Relacional (BASRT)¹³², entidad que tiene un Código de ética y principios de buenas prácticas en la prestación de servicios profesionales que la empresa y sus trabajadores aceptan. El demandante es cristiano practicante, y cree que la Biblia enseñaría que la actividad sexual entre personas del mismo sexo sería un pecado y que él no debe hacer nada que apoye directamente ello¹³³. El demandante trabajó para la empresa desde 2003 hasta 2018. Inicialmente, McFarlane tuvo algunos problemas con asesoramiento a parejas del mismo sexo. Luego de conversar dicha materia con su supervisor, el reclamante aceptó que la acción de asesorar parejas del mismo sexo no implicaba para éste la aceptación de dicho tipo de relaciones, y, por tanto, continuó prestando funciones a la empresa. Con todo, el demandante declaraba no presentar objeción de conciencia para atender a parejas del mismo sexo, salvo que se presentaran casos de parejas con problemas de actividad sexual.

El año 2007, McFarlane solicita a su empleador que se le exima de atender a parejas del mismo sexo, que requiriesen terapia psico-sexual, cuestión que fue rechazada por el Gerente General de la empresa. El Gerente manifestó su preocupación por la imposibilidad de filtrar clientes (atendida la naturaleza de los servicios) para evitar que McFarlane tuviera que prestar ese tipo de terapia a parejas LGBTI.

De esta forma, el empleador le notificó por escrito al trabajador que, tras análisis de su conducta, entendía que éste se negaba a prestar servicios a personas del mismo sexo (que presentaran problemas de actividad sexual), cuestión que eventualmente constituía

¹³² Actualmente corresponde al College of Sexual and Relationship Therapists (COSRT).

¹³³ Sentencia Caso N° A2/2009/2733, N° de cita neutral: [2010] EWCA Civ 880, Corte de Apelaciones (División Civil), Apelación de sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, McFarlane v. Relate Avon Limited, 29 de abril de 2010, párrafo 4. (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019). Disponible en: <<https://www.secularism.org.uk/uploads/mcfarlane-v-relate-avon-ltd.pdf>>

un trato discriminatorio y contrario a la política de igualdad de oportunidades de la empresa. De este modo, se le requirió a McFarlane que confirmase por escrito que éste seguiría prestando consejería a parejas del mismo sexo en casos que incluyeran terapia psico-sexual, bajo apercibimiento de aplicar una sanción disciplinaria. Éste respondió por escrito que no tenía ninguna reserva en prestar asesoría a parejas LGBTI. No obstante ello, su decisión respecto a brindar terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo se encontraba pendiente, ya que en la especie, no se le habría asignado un caso de dicha naturaleza. Dicha conducta fue entendida por el empleador como una negativa del demandante a confirmar que llevaría a cabo las funciones para las cuales fue contratado, por lo que el trabajador fue suspendido de sus funciones, encontrándose pendiente la investigación disciplinaria interna ya referida. En el contexto de dicho procedimiento, el demandante reconoció que existía un conflicto entre su creencia religiosa y prestar el servicio de terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo. Por su parte, tras sostener una reunión con su empleador, el demandante indicó que realizaría terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo de ser requerido por la empresa, y que en el evento de que se presentare un problema u objeción de conciencia para el caso concreto, éste plantearía dicha cuestión directamente ante el supervisor. El supervisor directo de McFarlane comunicó al Gerente su preocupación por la actitud del consejero, manifestándole que dicho trabajador, o estaba confundido entre su creencia y sus obligaciones laborales, o bien, estaba siendo poco honesto con la empresa. Atendido lo expuesto por McFarlane durante la investigación, el empleador decidió despedir al terapeuta por falta grave, ya que en definitiva el trabajador - pese a declararlo- no tendría ninguna intención real de brindar terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo, incumpliendo con ello la política de igualdad suscrita con la empresa.

McFarlane demandó ante el Tribunal Laboral, alegando discriminación directa e indirecta, despido injustificado e improcedente. El Tribunal determinó que el trabajador no sufrió discriminación directa a consecuencia de su creencia religiosa conforme la legislación vigente. En definitiva, no fue despedido a causa de su religión, sino que más bien, atendido que existía la creencia y convicción de que éste no cumpliría las políticas de igualdad de la empresa. Respecto a la discriminación indirecta, se indicó que si bien, el requisito para los trabajadores de la empresa de que cumplieran con su política de igualdad en la atención de clientes, pondría eventualmente en desventaja a una persona que compartiera las creencias religiosas de McFarlane, no obstante ello, el objetivo de dicho requisito cumplía con un fin legítimo, consistente en la prestación de una amplia gama de servicios de

asesoramiento y consejería a todos los sectores de la comunidad, independientemente de su orientación sexual. Por lo anterior, el Tribunal estima que el despido fue un medio proporcional para alcanzar dicho objetivo legítimo. Posteriormente, el reclamante apeló ante el Tribunal de Apelación Laboral, siendo rechazada la principal alegación del reclamante, que intentaba demostrar que no era legítimo distinguir entre objetar una creencia religiosa y objetar un hecho concreto que manifiesta dicha creencia religiosa, declarando que ese enfoque era compatible con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, McFarlane solicitó permiso para apelar ante el Tribunal de Apelación, como última instancia, cuestión que finalmente fue rechazada por el Tribunal Supremo el 29 de abril de 2010.

D.1.ii. Razonamientos destacados del Tribunal

La Corte comparte lo razonado por el Tribunal de Apelación Laboral, especialmente, en lo referido a la eventual discriminación indirecta, a causa de la creencia religiosa del reclamante. En ese sentido, el empleador en este caso debía demostrar que la aplicación de su práctica -acorde con lo dispuesto en la normativa interna aplicable- (en este caso, el párrafo 3(1) (b) de las *Employment Equality Regulations 2003*), en concreto, la insistencia para sus empleados de cumplir con la política de la empresa de igualdad de oportunidades (especialmente en el trato hacia clientes con orientación sexual diversa), era un medio proporcional para alcanzar un objetivo legítimo. Así, nos parece razonable lo sostenido por la Corte, en cuanto se estima que la prestación de una amplia gama de servicios de asesoramiento y consejería a todos los sectores de la comunidad, independientemente de su orientación sexual constituía precisamente un objetivo legítimo al cual el empleador tenía derecho durante el desarrollo de su actividad económica¹³⁴.

En este orden de ideas, resulta interesante que el fallo asimismo destaque el razonamiento sostenido en el caso *London Borough of Islington v Ladele*¹³⁵, que versaba sobre hechos similares. En dicho caso la Corte indicó que una vez que se acepta que el objetivo de proveer el servicio sobre una base no discriminatoria (incluida la orientación

¹³⁴ *Ibíd.*, párrafo 9.

¹³⁵ *London Borough of Islington v Ladele* [2009] ICR 387. En dicho caso, una funcionaria pública objetaba el matrimonio igualitario, de acuerdo con sus creencias religiosas. Atendido ello fue sancionada disciplinariamente por la autoridad local por negarse a celebrar ceremonias de unión civil entre parejas del mismo sexo. La funcionaria presenta un caso por discriminación en el trabajo en razón de su creencia religiosa.

sexual de los usuarios), era legítimo, luego el prestador del servicio (la funcionaria) debía prestar los servicios (celebrar los acuerdos de unión civil)¹³⁶. Otra cuestión que relevó posteriormente la Corte de Apelaciones fue el hecho que, en ese caso, la Sra. Ladele cumplía una función pública y lo requerido correspondía a una tarea secular que formaba parte de esa función pública (cuestión que distingue a dicho caso con el de McFarlane, ya que en este último la naturaleza del servicio prestado es privado). No obstante lo anterior, en lo que interesa al presente análisis, en dicha oportunidad la Corte ponderó el hecho que la objeción a prestar el servicio por parte de Ladele, se basaba en su percepción respecto del matrimonio, cuestión que -a juicio del Tribunal- no era una parte central de su religión¹³⁷¹³⁸. En ese mismo sentido, el requerimiento de la autoridad local de celebrar las uniones civiles, en ningún momento impedía a Ladele de adorar a su divinidad del modo que ella quisiera¹³⁹. Por otra parte, en el caso McFarlane, no obstante tratarse de una contratación de naturaleza privada, quedó demostrado que el reclamante accedió voluntariamente a cumplir la política de la empresa sobre igualdad de oportunidades en el trato hacia los clientes, por lo que resultaba esperable que el Tribunal desestimara las alegaciones sobre discriminación basadas en una eventual objeción de conciencia religiosa, para no otorgar terapia psico-sexual a parejas del mismo sexo.

También se debe recoger del fallo la distinción que realiza la Corte entre la protección legal que debe recibir el derecho a tener y expresar una creencia, por una parte, y por la otra, la protección legal respecto de la “sustancia” o el contenido propiamente tal de dicha creencia. De esta forma, el Tribunal sostiene que el *common law* y el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protegen vigorosamente el derecho de los cristianos (en este caso) a tener y expresar dicha creencia; sin embargo, y por contraste, no se protege la sustancia o contenido de dicha creencia, en cuanto estos últimos aspectos se construyen sobre la base de preceptos religiosos¹⁴⁰. En síntesis, la Corte sostiene que la ley debe salvaguardar el derecho a tener y expresar las creencias religiosas, pero, asimismo, la legislación debe evitar cualquier protección referida al contenido de dicha

¹³⁶ Op. Cit. párrafo 10.

¹³⁷ *Ibíd.* párrafo 12.

¹³⁸ El criterio referido a la afectación de la esencia o núcleo del derecho que es limitado (en este caso, la libertad religiosa) también se ha propuesto como criterio u orientación para resolver estos casos. Ver capítulo VI.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 21.

creencia, que se base únicamente en las “credenciales” religiosas. Ambos principios son condiciones necesarias de un régimen libre y racional¹⁴¹.

D.2. Bull y otro v. Hall y otro (Corte Suprema del Reino Unido)

D.2.i. Hechos

Los señores Preddy y Hall son una pareja homosexual unida civilmente. En septiembre de 2008, el Sr. Preddy hace una reserva telefónica para hospedarse en el Hotel Privado *Chymorvah*, en Marazion. Se realiza la reserva de una habitación con una cama matrimonial por dos noches. Por su parte, el matrimonio de los Bull es dueño y administra el referido hotel. Estos últimos se definen como una pareja de cristianos devotos que cree que *“la única relación sexual ordenada por la divinidad es aquella entre un hombre y una mujer casados”*¹⁴². El año 2008, la página web de reservas en línea del hotel tenía un formulario que indicaba lo siguiente: *“En Chymorvah tenemos algunas reglas, por favor tener presente que, por un profundo respeto hacia el matrimonio, preferimos reservar las habitaciones matrimoniales sólo a parejas heterosexuales casadas (...)”*¹⁴³. De esta forma, aquellas habitaciones con dos camas separadas o bien, las habitaciones con una cama, se ofrecían sin condiciones de estado civil ni orientación sexual a los huéspedes.

Al momento de hacer la reserva, el Sr. Preddy no advirtió dicha cláusula, ya que reservó telefónicamente, y por su parte, la Sra. Hall tampoco preguntó si la reserva se haría para el Sr. Preddy y su esposa, como hubiere consultado habitualmente. Así, al momento que los huéspedes llegaron al hotel, fueron atendidos por el Sr. Quinn, familiar del matrimonio, quien le informó en ese momento a la pareja que las habitaciones matrimoniales sólo se ofrecían a parejas casadas. Atendido ello, el Sr. Preddy explicó que él se encontraba unido civilmente con el Sr. Hall. Sin embargo, desde el hotel les explicaron que los dueños eran cristianos, que no creían en la unión civil, y que el matrimonio era sólo entre un hombre y una mujer, por lo que no podrían respetar la reserva telefónica realizada. Se deja constancia que, aunque dicha información no fue comunicada de modo degradante a los huéspedes, ello se realizó en presencia de otros pasajeros del hotel. Para la pareja,

¹⁴¹ *Ibíd.*, párrafo 23.

¹⁴² Sentencia Caso [2013] UKSC 73, Corte Suprema del Reino Unido, Bull and another v. Hall and another, 27 de noviembre de 2013, párrafo 9. (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019). Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0065-judgment.pdf>

¹⁴³ *Ibíd.*

la negativa a respetar la reserva resultó bastante dolorosa, se retiraron de dichas dependencias y encontraron cupo en otro hotel de la zona. Además, el depósito pagado por la reserva fue devuelto a la cuenta de los huéspedes.

La pareja presentó un reclamo ante la *Equality and Human Rights Commission*. Se presentó una carta ante los dueños del hotel, antes de iniciar acciones legales. Los dueños negaron cualquier tipo de conducta discriminatoria en contra de la pareja, basada en la orientación sexual de ésta, reclamando que las normas internas sobre no discriminación (*Regulations*) deben ser aplicadas de una forma compatible con el derecho a manifestar la religión (artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En dicha oportunidad, se ofreció el reembolso de aquellos gastos adicionales en que incurrió la pareja al momento de buscar alojamiento alternativo y además, una pequeña suma de dinero a título compensatorio, por el inconveniente sufrido. La pareja rechazó los ofrecimientos extrajudiciales de los dueños del hotel.

El caso fue presentado ante la Corte de Bistol County, que determinó que la negativa a permitir que la pareja ocupara la habitación matrimonial que había reservado se fundaba en la orientación sexual de los reclamantes, y constituía discriminación directa a la luz de la *Regulation 3(1)*. En subsidio de ello, al menos se configuraba discriminación indirecta, ya que la conducta de los demandados (negar la habitación matrimonial a la pareja) resultaba injustificada en los términos de la *Regulation 3(3)*. Se otorgó una suma a cada uno de los reclamantes por concepto de daño moral. Posteriormente, se apeló de esta decisión y la Corte de Apelaciones, por la unanimidad de sus miembros, desestimó la apelación. A juicio de la Corte, en este caso se configuraba discriminación directa basada en la orientación sexual de los reclamantes y, por tanto, injustificada. En efecto, la política de reserva del hotel correspondía a una manifestación de las creencias religiosas de los dueños en razón de lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Europeo. No obstante ello, la limitación impuesta a través de las *Regulations* resultaba necesaria en una sociedad democrática para lograr el objetivo de protección de los derechos de otros. La Corte Suprema ratifica los fallos anteriores.

D.2.ii. Razonamientos destacados del Tribunal

El caso resulta interesante en la medida que entrega un nuevo elemento a la discusión de fondo. En particular, los demandados incorporan el estado civil de la pareja (no casados) -y, en definitiva, de los clientes- como fundamento para decidir denegar el

servicio. En concreto, y en su apelación a la sentencia de primera instancia, los demandados afirmaron ante la Corte que éstos hubieren aplicado el mismo criterio si se tratase de una pareja heterosexual no casada. En efecto, el matrimonio aceptaba que, si bien la política del negocio, podría configurar discriminación indirecta, ésta se encontraba justificada en su derecho a la libertad de religión. En ese sentido, la obligación de no discriminación basada en orientación sexual contenida en las *Regulations* les imponía una carga desproporcionada sobre su derecho a la libertad religiosa, por lo que dicha normativa interna era incompatible con el artículo 9 del Convenio Europeo. La cuestión relevante sobre la cual se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema se vincula derechamente con el nuevo elemento en juego en el presente caso: la Corte debe decidir si el requisito o exigencia de estar casado para acceder a la prestación del servicio constituía discriminación directa o indirecta, concluyendo en votación de mayoría (3 a 2) que el hecho de denegar a una pareja unida civilmente el servicio, basado en que éstos no se encuentran casados, constituye discriminación directa contra éstos.

En este caso destaca el voto principal de Lady Hale, para quien se puede argumentar que el criterio del matrimonio no se puede dissociar de la orientación sexual de las personas, precisamente, dado que, en la actualidad, en Reino Unido, las personas heterosexuales se pueden casar a diferencia de las personas homosexuales¹⁴⁴. Asimismo, cobra relevancia el hecho que la pareja se encontrara unida civilmente. Lo anterior, ya que el concepto de matrimonio aplicado por los dueños del hotel, coincidía con el concepto de matrimonio cristiano tradicional referido a la unión entre un hombre y una mujer. Ello queda de manifiesto en la declaración explicitada en la política del hotel que hacía referencia a “parejas heterosexuales casadas”. Asimismo, se explicitaba en el formulario en línea contenido en la página web, y por último, queda en evidencia al momento en que la persona que recibe a la pareja les explica la existencia del problema con la reserva, sólo una vez que éstos le indican que son una pareja civilmente unida¹⁴⁵. Asimismo, la Corte observa con dificultad que, el hecho de discriminar entre una persona casada y una persona unida civilmente, no pueda ser otra cosa que un acto de discriminación directa basado en orientación sexual. Lo anterior, teniendo presente que, bajo la legislación inglesa, el matrimonio sólo se permite entre un hombre y una mujer y la unión civil sólo entre personas del mismo sexo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Bull and another v. Hall and another, párrafo 20.

¹⁴⁵ *Ibíd.* párrafo 25.

¹⁴⁶ *Ibíd.* párrafo 29.

Por otra parte, bajo el artículo 9 del Convenio Europeo, el matrimonio de los Bull tiene derecho a sostener la creencia religiosa cristiana, sino que además a manifestarla a través de la adoración, la educación la práctica y observancia de la misma¹⁴⁷. En ese mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente la importancia de estos derechos en una sociedad democrática¹⁴⁸. El matrimonio de los Bull ha sostenido que el Estado ha limitado su derecho a manifestar su religión y de administrar su negocio de acuerdo a sus creencias religiosas a través del *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations*, mientras que, resulta discutible que el matrimonio, en su calidad de ciudadanos, hayan interferido el derecho del Sr. Preddy y el Sr. Hall a disfrutar de su vida privada sin discriminación basada en orientación sexual. En concreto, el Estado no ha interferido en este caso con ese derecho. Por lo anterior, en orden a establecer la responsabilidad del Estado en dicha interferencia al derecho a la vida privada de los apelados, sería necesario exigir una obligación positiva del Estado de proteger a estos últimos de interferencias realizadas por ciudadanos¹⁴⁹. Para la Jueza, entonces, la pregunta más bien consiste en si acaso ello resulta necesario en una sociedad democrática, o en otras palabras, si acaso existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se busca alcanzar¹⁵⁰. En ese sentido, en opinión de la Jueza, la limitación al derecho a manifestar la religión sostenida por el matrimonio de los Bull (contenida en la normativa de las *Regulations* que prescribía en este caso concreto la prohibición de discriminación en la prestación de bienes y servicios basado en orientación sexual) era un medio proporcional para alcanzar un objetivo legítimo, y en este caso concreto, dicho objetivo consiste en la protección de los derechos y libertades del Sr. Preddy y el Sr. Hall. Aún más, que dicho objetivo se hubiere podido alcanzar a un costo menor para los derechos a la manifestación de la religión de los Bull, a través del ofrecimiento a la pareja de una habitación con dos camas *twins*, es una cuestión que no surge en el presente caso¹⁵¹.

Así, para la Jueza, la orientación sexual es un componente central de la identidad de una persona, la cual sólo puede desarrollarse a través de relaciones sostenidas con otras personas de la misma orientación sexual¹⁵². En efecto, el fallo sostiene que los

¹⁴⁷ *Ibíd.* párrafo 41.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párrafo 42.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párrafo 45.

¹⁵¹ *Ibíd.*, párrafo 51.

¹⁵² *Ibíd.*, párrafo 52.

heterosexuales siempre han tenido la posibilidad de desarrollarse plenamente (en términos de identidad sexual) a través de la historia. No obstante ello, en el caso de las personas homosexuales no ha sido así, quienes legalmente no han sido reconocidos en sus relaciones ni se les ha permitido la manifestación de dicha identidad por mucho tiempo, constituyendo una verdadera afronta a su dignidad como seres humanos. En ese sentido la jueza estima que no se debe subestimar el continuo legado de siglos de discriminación hacia este grupo, y hasta de persecución, cuestión que no ha cesado en el mundo. Por la misma razón, la Corte Europea de Derechos Humanos exige razones de peso para justificar la discriminación basada en orientación sexual¹⁵³. Lo anterior, a nuestro juicio, resulta relevante y se conecta con aquella sección de la presente investigación que da cuenta de los fundamentos para otorgar especial protección a las personas del grupo LGBT, desde una perspectiva de derechos humanos¹⁵⁴. Fundado en dicha razón, a juicio de la Corte, lentamente se debiera ir aceptando la idea que, admitir que la prohibición impuesta a los dueños de hoteles de discriminar contra homosexuales constituye una limitación proporcionada a su derecho a manifestar su religión¹⁵⁵.

D.3 Black and Morgan v. Wilkinson. Corte de Apelaciones (Sección Civil), Reino Unido

D.3.i Hechos

Michael Black y John Morgan son una pareja homosexual que no se encuentra unida civilmente. Por su parte, Susanne Wilkinson es dueña y administra un *bed and breakfast* en Cookham, Berkshire. La casa que se utiliza como hospedaje tiene siete habitaciones de las cuales una es utilizada por la Sra. Wilkinson y su marido, dos son utilizadas por los hijos del matrimonio, una habitación se encuentra reservada para familia y amigos, y las tres habitaciones restantes son utilizadas para el negocio de alojamiento. La Sra. Wilkinson se define como una cristiana comprometida con su religión y declara creer que el matrimonio heterosexual monógamo es la única forma correcta destinada para tener relaciones sexuales entre personas. Lo anterior, en contraposición a las relaciones entre

¹⁵³ *Ibíd.* 53.

¹⁵⁴ Ver capítulo V.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, párrafo 53.

homosexuales e incluso las relaciones sexuales heterosexuales fuera del matrimonio, las que considera como conductas erradas¹⁵⁶.

Michael Black contactó a la Sra. Wilkinson a través de un correo electrónico, para reservar una habitación matrimonial. A su vez, ésta le contesta por correo electrónico, ofreciéndole reservar una habitación de dichas características. De este modo, el Sr. Black confirma la reserva y envía un cheque en depósito por la reserva.

El día de la reserva, la pareja se presentó en el *bed and breakfast*, y fueron recibidos por la Sra. Wilkinson, quien reparó en ese momento que la pareja estaba compuesta por dos hombres. Ésta le explicó a la pareja que existía un problema ya que se habría reservado una habitación que tenía cama matrimonial. La dueña le comenta a la pareja que a ella “*no le gustaba la idea de dos hombres compartiendo una misma cama*”. Asimismo, ésta les indica que ella tenía convicciones personales en contra de esta situación y además les informa que, atendido que se encontraba con todas las reservas completas, no podría ofrecerles dos habitaciones individuales. La pareja solicitó el pago del depósito pagado y éste fue reembolsado.

Los reclamantes presentaron el caso ante la Corte de Slough County, por discriminación directa e indirecta en relación al *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*. La Corte determinó que existió discriminación directa en este caso, fundada en orientación sexual. El caso es apelado ante la Corte de Apelaciones de Reino Unido, que confirma el fallo de primera instancia.

D.3.ii. Razonamientos destacados del Tribunal

Uno de los principales elementos que destaca en este caso, en contraste con el caso de *Bull and another v. Hall and another*, se vincula con la naturaleza y el significado del lugar que se ofrece al público para prestar servicios de alojamiento. Según consta en las declaraciones de la dueña, “*en el corazón del negocio se encuentra la relación que se entabla entre ella y los pasajeros*”. Dicho elemento distingue el servicio ofrecido por esta persona en relación al servicio de otros negocios que ofrecen alojamientos, como es el caso

¹⁵⁶ Sentencia Caso N° B2/2012/2896, N° de cita neutral: [2013] EWCA Civ 820, Corte de Apelaciones (División Civil), Apelación de sentencia de la Corte de Slough County, Black and Morgan v. Wilkinson, 9 de julio de 2013, párrafo 3. (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019). Disponible en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/morgan-wilkinson-09072013.pdf>

de los hoteles. En este caso, la reclamante indica que los pasajeros -en definitiva- son invitados a su casa y tratados como un miembro más de su familia durante su estadía¹⁵⁷.

Una de las cuestiones que fuere alegada en su oportunidad por Wilkinson dice relación con el hecho que un *Bed and Breakfast* -a su juicio- no podría ser considerado como un hotel u otro establecimiento similar, sino que más bien se trataba en definitiva de un espacio de su casa. Lo anterior no resulta del todo irrelevante, ya que, de prosperar su tesis, luego resultaban inaplicables las reglas sobre no discriminación basadas en orientación sexual que contenían las *Regulations*. A juicio de la Corte, un establecimiento de *bed and breakfast* es similar a un hotel por cuanto, en ambos lugares se provee alojamiento durante varios períodos de tiempo y los pasajeros reciben a lo menos una comida al día. Por lo anterior, resultan aplicables las normas sobre no discriminación al lugar en que se ofrecían los servicios de alojamiento para este caso particular¹⁵⁸.

Por su parte, la Corte observa que la demandada sostenía que la razón por la cual ésta se negaba a prestar el servicio de alojamiento a la pareja, consistía en que ella objetaba las relaciones sexuales fuera del matrimonio. Wilkinson plantea que el “*comportamiento sexual*” no corresponde a una categoría protegida por las *Regulations*, y que es una cuestión distinta a la “*orientación sexual*”¹⁵⁹. Cabe hacer presente que en el voto principal del Presidente de la Corte, se expresa la dificultad de entender este caso como uno sobre discriminación directa propiamente tal (pero que la Corte comparte, atendido lo resuelto en el caso de *Bull v Hall*). Sobre este punto, el voto indica que la política de la empresa cuestionada, discriminaba contra todas las parejas que no estuvieran casadas, sean estas heterosexuales u homosexuales. Por lo anterior, desde el punto de vista del Juez no resulta relevante para resolver el caso el hecho que las parejas homosexuales no puedan casarse ni tampoco resulta sustancial el hecho que la imposibilidad para casarse sea absoluta, en relación a los homosexuales, pero no en relación a los heterosexuales. El único elemento relevante para evaluar una política que discrimina contra parejas de hecho, es simplemente el hecho de que la pareja esté casada o no, sin importar la razón por la cual la pareja no puede contraer matrimonio¹⁶⁰. Con todo, consistente con el precedente de *Bull v Hall*, la Corte declara que en este caso hubo discriminación directa, siguiendo el razonamiento de dicha sentencia.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, párrafo 2.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, párrafo 12.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, párrafo 16.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párrafo 21.

A continuación, el Presidente de la Corte desarrolla la idea de que más bien, este caso trataría sobre discriminación indirecta. A su juicio, la política de la demandada, consistente en restringir el uso de habitaciones matrimoniales sólo a parejas casadas discrimina en este caso, indirectamente, a las parejas homosexuales, toda vez que pone a estas últimas en una posición de desventaja frente a las parejas heterosexuales, todo ello basado en la orientación sexual de la persona.

El fallo asimismo desarrolla la problemática referida a si acaso la limitación del derecho a la libertad religiosa se encuentra justificada como un medio proporcionado para alcanzar un objetivo legítimo: en este caso, proteger a las personas homosexuales de discriminación basada en orientación sexual. Una de las cuestiones que destaca este voto, dice relación con el hecho y discusión interna (fundamentalmente legislativa) que existió en Reino Unido sobre el balance entre los dos derechos en juego (libertad religiosa versus igualdad y no discriminación). En síntesis, tras una consulta pública sobre el tratamiento que recibirían las organizaciones religiosas en la prestación de bienes y/o servicios en la normativa (las *Regulations*), el Gobierno publicó en su oportunidad un documento en el cual se explica la situación sobre la religión y los *bed and breakfasts*, específicamente, explicándose que “*el Gobierno sostiene que en aquellos casos en que los negocios se ofrecen de modo abierto al público, en un contexto comercial, luego los prestadores deben aceptar al público tal como éste se encuentre constituido*”¹⁶¹. La Corte estima de suma relevancia para este caso que la legislación sobre no discriminación se ocupara expresamente sobre la religión y las creencias (Regulation 14 del *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*). Así, a juicio del Presidente de la Corte, el sentenciador de primera instancia razonó correctamente respecto a la cuestión sobre proporcionalidad que subyace a este caso. Lo anterior, ya que la Corte toma en consideración el hecho que esta materia fue cuidadosamente considerada por el legislador, después de sostener una amplia consulta pública, cuestión que entrega en una primera aproximación una prioridad a la creencia religiosa, pero sólo y restrictivamente en aquellas circunstancias de excepción que prescribe la ley¹⁶². Ahora bien, para establecer la proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad religiosa, el fallo indica que, si el acto en cuestión está íntimamente vinculado con la religión o creencia de la persona, al punto de tratarse de una manifestación de la misma, luego el Tribunal debe cuidadosamente hacer un juicio sobre la importancia o

¹⁶¹ *Ibíd.* párrafo 41. El documento presentado por el Gobierno el año 2007, en respuesta a la consulta pública se denomina: “*Getting Equal: proposals to outlaw sexual orientation discrimination in the provision of goods and services, Government Response to Consultation*”.

¹⁶² *Ibíd.*, párrafo 49.

el significado de dicha manifestación¹⁶³. Otra cuestión clave en el ejercicio de ponderación de derechos en este caso, es que la Corte debe tener en cuenta el efecto que produce en la persona una interferencia (en este caso, la limitación) a su derecho a manifestar una creencia religiosa¹⁶⁴. En este caso concreto, la carga de la prueba de que la medida discriminatoria se encontraba justificada era de la demandada, quien no logró acreditar -en síntesis- que ella sufriría un daño grave si es que se le prohibía denegar habitaciones matrimoniales a parejas del mismo sexo. En un voto concurrente, Lord Justice McCombe agrega que el balance entre derechos descansa en el hecho de permitir que la demandada sostenga sus puntos de vista religiosos y manifestarlos, pero exigiendo a ésta, en el caso que elija administrar un negocio comercial (como ocurre con un *Bed and Breakfast*) que lo haga de una forma tal que no discrimine en contra de las personas homosexuales¹⁶⁵.

D.4 Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others (Irlanda del Norte) Corte Suprema del Reino Unido

D.4.i. Hechos

El matrimonio de los McArthur es dueño y administra una pastelería desde 1992. Tienen 6 tiendas presenciales y además ofrecen sus productos a través de internet, tanto para Reino Unido como la República de Irlanda. Desde 2004, la pastelería es conocida bajo el nombre de *Ashers Baking Company Ltd.* debiendo advertirse que el nombre proviene de una referencia a una cita bíblica¹⁶⁶¹⁶⁷. El matrimonio se define como cristiano, y sostiene la creencia que la única forma de expresión sexual completa que resulta consistente con las enseñanzas bíblicas (y por tanto, aceptables para Dios) son aquellas mantenidas entre un hombre y una mujer dentro del matrimonio; y, que la única forma de matrimonio consistente con las enseñanzas bíblicas (y por tanto, aceptables para Dios) es aquél celebrado entre un hombre y una mujer¹⁶⁸. El matrimonio además se ha comprometido a administrar la

¹⁶³ *Ibíd.* párrafo 53.

¹⁶⁴ *Ibíd.* párrafo 55.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, párrafo 76.

¹⁶⁶ Sentencia Caso [2018] UKSC 49, Corte Suprema del Reino Unido, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, 10 de octubre de 2018, párrafo 9. (Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2019). Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0020-judgment.pdf>

¹⁶⁷ La cita bíblica a la cual haría referencia el nombre de la pastelería es la siguiente: “*Genesis 49:20: Bread from Asher shall be rich and he shall yield royal dainties*”.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

pastelería de acuerdo a sus creencias religiosas. Sin perjuicio de ello, ni sus creencias religiosas ni la vinculación del nombre de la pastelería con el pasaje bíblico han sido publicitados ni hechos saber a través de otras vías al público.

Por su parte, el Sr. Lee es un hombre homosexual que realiza voluntariado en *QueerSpace*, una organización de la comunidad LGBT de Belfast. Si bien no se trata de una organización de activismo, propiamente tal, la entidad apoya la campaña sobre matrimonio igualitario en Irlanda del Norte. El Sr. Lee fue invitado a un evento privado organizado por *QueerSpace*. Para dicho evento, el reclamante decidió llevar un pastel. Se hace presente que el reclamante había comprado anteriormente en una de las tiendas de la pastelería. El reclamante desconocía las creencias religiosas del matrimonio dueño de la pastelería, y a su vez, éstos desconocían la orientación sexual del cliente.

Los pasteleros ofrecían un servicio de pasteles personalizados (*"Build-a-Cake" service*), mediante el cual los clientes podían requerir incorporar determinadas imágenes o mensajes en los pasteles. Si bien existía un folleto que publicitaba dicho servicio, en este no se explicitaba ninguna restricción religiosa ni política sobre la materia.

El Sr. Lee solicita la confección de un pastel con un diseño propio de los personajes infantiles "Bert y Ernie", que incluye el logotipo de *QueerSpace* y el mensaje: *"Apoye el matrimonio igualitario"*. La Sra. McArthur ingresó la orden sin realizar observaciones en ese momento, ya que deseaba reflexionar la forma en que explicaría la objeción que tenía en confeccionar el pedido de acuerdo con sus creencias religiosas. El cliente pagó por el pastel. Posteriormente, y tras una conversación entre el matrimonio, la Sra. McArthur explicó por teléfono al cliente que la orden no podría ser procesada debido a que ellos eran cristianos y no podían confeccionar un pastel con el mensaje requerido. La pastelera se disculpó con el reclamante y posteriormente, éste fue reembolsado íntegramente del monto pagado y se le devolvió el diseño entregado.

El caso fue presentado ante un Juez de Distrito, que determinó que existió discriminación directa contra el cliente y asimismo fue ratificado posteriormente por la Corte de Apelaciones. Finalmente, el caso es presentado ante la Corte Suprema de Reino Unido, que revoca las decisiones anteriores.

D.4.ii. Razonamientos destacados del Tribunal

En un primer orden de ideas, se debe destacar que este caso resulta novedoso, toda vez que, además del análisis sobre discriminación basada en la orientación sexual de

las personas, plantea una discusión en relación a la discriminación basada en la opinión política de los individuos. Asimismo, incorpora un razonamiento relativo a la libertad de expresión.

El fallo deja establecido que el Juez de primera instancia (District Judge), no estimó que la pastelería se negara a llevar a adelante la orden de confección del pastel basado en la orientación sexual del Sr. Lee (fuera ésta real o percibida). Más bien, para dicha instancia, la orden fue cancelada por los McArthur porque ellos se oponían al matrimonio igualitario, ya que ellos sostenían, conforme su creencia religiosa, que dicha actividad era pecaminosa y contraria a su creencia. Cualquier persona que hubiere requerido la confección de un pastel con ese mensaje (en particular, una persona heterosexual) hubiere recibido el mismo trato. En definitiva: la objeción se hacía al mensaje, y no al mensajero¹⁶⁹.

Otra cuestión relevante y que es tratada en el fallo, dice relación con el argumento de que este caso trataría sobre “discriminación asociativa”¹⁷⁰. Así, se plantea la cuestión toda vez que, de acuerdo a la norma aplicable (*Regulation 3(1) del Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006*), la redacción de la disposición deja abierta la posibilidad para configurar la hipótesis de que una persona pueda ser tratada de forma menos favorable debido a la “orientación sexual de otra persona”, distinta del reclamante. El tema es relevante, ya que plantea la pregunta referida a la extensión de dicha hipótesis respecto de los sujetos aplicables. Por lo anterior, el fallo releva que en su oportunidad, la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte sostuvo que éste era un caso de discriminación por asociación a la comunidad gay y bisexual y que la característica personal protegida era la orientación sexual de dicha comunidad¹⁷¹. Lo anterior sugiere, conforme indica el fallo de dicha Corte, que la razón para negarse a confeccionar el pastel sería el hecho que el Sr. Lee era probablemente asociado con la comunidad gay. No obstante ello, no se logró mostrar evidencia que acreditara que los McArthur hubieren discriminado en razón de dicha categoría protegida u otra en el pasado. Es más, la evidencia demostraba que el matrimonio empleaba a personas homosexuales, les prestaba servicios y los trataba sin discriminación. En síntesis, en este caso la razón para denegar el servicio consistía en la objeción religiosa al matrimonio igualitario¹⁷². Por lo anterior, a juicio de la Presidenta de la Corte, en este caso la objeción de los McArthur se dirigía al mensaje y no a una persona en particular, y por lo anterior, rechaza el argumento de que se trata de un caso de discriminación fundado

¹⁶⁹ *Ibíd.*, párrafo 22.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, párrafo 26.

¹⁷¹ *Ibíd.*, párrafo 28.

¹⁷² *Ibíd.*, párrafo 28.

en orientación sexual bajo el *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006*.

Por su parte, el fallo se ocupa de la pregunta referida a si en este caso la pastelería habría discriminado al Sr. Lee sobre la base de sus opiniones políticas, al negarse a confeccionar un pastel con un mensaje particular. La Corte plantea que -para estos efectos- el apoyo al matrimonio igualitario podía ser considerado como una opinión política, ya que a la fecha que se presentó el caso, existía debate público en Irlanda del Norte referido a legislar sobre matrimonio igualitario. Además, la legislación no define el concepto de “opinión política”¹⁷³. A juicio de la Corte, siguiendo el mismo razonamiento utilizado para desestimar la existencia de discriminación basada en orientación sexual, en este caso tampoco existió un trato menos favorable basado en la opinión política del Sr. Lee, ya que cualquier otra persona habría sido tratada de la misma forma. La objeción, en este caso, no se fundaba en el hecho que el Sr. Lee, o cualquier otra persona que se asociara con éste sostuviera una opinión política de apoyo al matrimonio igualitario, sino que por el contrario, la objeción se planteaba frente al requerimiento de promover ese mensaje en un pastel. En otras palabras, el trato menos favorable “*lo recibe en este caso el mensaje, y no así la persona*”¹⁷⁴. El fallo asimismo se hace cargo de la cuestión referida a la posibilidad de que, en este caso particular, puede existir una relación mucho más estrecha entre la opinión política de la persona y el mensaje que ésta desea promover, pudiendo sostenerse que ambos son inseparables para efectos de configurar discriminación directa basada en la opinión política de una persona. Ello, a juicio de la Corte, no siempre ocurrirá así, toda vez que la persona que requiera un servicio con un mensaje en particular puede ser indiferente al mensaje en sí mismo¹⁷⁵. Por lo expuesto, la Corte también desestima que en este caso exista discriminación directa basada en opinión política.

Por otra parte, en este caso se presentan cuestiones entre derechos consagrados en el Convenio Europeo, referidos a libertad de pensamiento, conciencia y religión, por una parte, y libertad de expresión por la otra (artículos 9 y 10 del Convenio). Sobre este último punto, la Corte indica que si bien el derecho a la libertad de expresión no incluiría el derecho a “no expresar una opinión”, en los términos del Convenio, no obstante ello, se ha sostenido que sí quedaría comprendido dentro de dicha normativa¹⁷⁶. Lo anterior es importante toda vez que, para la Corte, lo que importa es que en este caso los McArthur, al estar siendo

¹⁷³ *Ibíd.*, párrafo 41.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, párrafo 47.

¹⁷⁵ *Ibíd.* párrafo 49.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, párrafo 52.

requeridos para confeccionar este pastel, en definitiva, estaban siendo requeridos para expresar un mensaje con el cual ellos disientían profundamente¹⁷⁷. En opinión de la Presidenta de la Corte, los McArthur tenían derecho a rehusarse a colocar cualquier mensaje en el pastel (cita ejemplos: negarse a escribir un mensaje de apoyo a vivir en pecado; apoyo a un determinado partido político; apoyo a una denominación religiosa). El hecho que este mensaje particular diga relación con la orientación sexual es irrelevante para este caso¹⁷⁸.

Por último, en una nota final, resulta interesante la referencia que realiza la Presidenta de la Corte al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Masterpiece Cakeshop Ltd v Colorado Civil Rights Commission*, donde -a juicio del Tribunal- se plantea una clara distinción entre negarse a producir un pastel que llevará un determinado mensaje, a cualquier cliente que ordene dicho pastel; y negarse a producir un pastel basado en las características personales del cliente, como ocurriría con el caso norteamericano.

VI. Algunos criterios generales y orientaciones para resolver la tensión entre los derechos en conflicto

La presente sección se ocupará de revisar y analizar algunos criterios generales o más bien, orientaciones para intentar resolver la tensión que se presenta entre igualdad y no discriminación y libertad religiosa. Cabe advertir desde ya que no existen soluciones únicas, imperativas ni permanentes para enfrentar la cuestión. En este sentido, tanto del análisis de la doctrina, como de la revisión del razonamiento jurídico de los fallos citados, se concluye que no existe un criterio único que fluya de modo explícito y que permita, en el contexto de discriminación entre privados (esto es, en el ámbito del derecho del consumo) distinguir claramente entre una eventual discriminación permisible de aquella que no lo es¹⁷⁹.

Para efectos de enfrentar la tensión entre derechos fundamentales, parte de la doctrina ha ofrecido ciertos lineamientos para abordar -al menos teóricamente- aquellos casos referidos a discriminación entre particulares en general, cuestión que resulta aplicable al presente análisis. Así, el autor Díaz de Valdés ha propuesto distinguir: el tipo de acto o conducta en relación a sus consecuencias (¿qué?); las personas involucradas en

¹⁷⁷ *Ibíd.*, párrafo 54.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, párrafo 55.

¹⁷⁹ DÍAZ DE VALDÉS, *ob. cit.* p. 223.

la conducta, así como la relación entre éstas (¿quién?); y, la causa o motivo de la conducta (¿por qué)¹⁸⁰. Adicionalmente, y a nuestro parecer, de modo esencial, resultará crítico para el Juez que enfrente la controversia analizar diversos elementos contextuales al momento de resolver (sólo a modo de ejemplo, sin que ninguno de estos elementos sea exclusivo ni excluyente al momento de ponderar: la legislación interna (desde la Constitución hasta las normas específicas y de inferior jerarquía), el grado de avance del reconocimiento de derechos LGBTI en el país; el estado de la cuestión sobre grupos religiosos en el país, entre muchos otros).

En cuanto al tipo de acto o conducta que debiera ser prohibida en lo relativo a discriminación entre privados, el autor sostiene que existen ciertos tipos de conductas que resultarán más comúnmente reprochables, especialmente, atendidas las consecuencias de las mismas. En concreto, se ha planteado que resultaría razonable, en sociedades democráticas, prohibir aquellos actos o conductas discriminatorias que afecten en esencia la dignidad de las personas o que causen o perpetúen estigmatización hacia éstas, sea en razón de la víctima o de la pertenencia de ésta a determinado grupo¹⁸¹. Creemos que esta primera directriz, aunque en cierta medida subjetiva, permite al sentenciador filtrar aquellas conductas que parecen más graves o relevantes al momento de ponderar los hechos del caso concreto. En particular, en los fallos analizados, por ejemplo, resulta más evidente en aquellos casos referidos a la prestación de servicios de hotelería y/o alojamiento (*Bull y otro v. Hall y otro*; y, *Black y Morgan v. Wilkinson*), que la denegación del derecho a ocupar dichas facilidades, fundado en la orientación sexual de los clientes, y particularmente, en razón de una determinada creencia o entendimiento -más bien subjetivo y personal- de la doctrina religiosa cristiana, referida a las relaciones sexuales entre las personas, fue un elemento ponderado por los Jueces, especialmente, atendido que dicha denegación en la prestación del servicio resultó en una vulneración relevante a la dignidad de las víctimas (y en concreto, sólo se trata de actos que perpetúan la estigmatización histórica hacia personas del colectivo LGBTI)¹⁸².

Por otra parte, dentro de este primer lineamiento, también se ha propuesto la prohibición de actos de discriminación que reflejen o refuercen la idea de discriminación sistémica severa, que logre afectar la calidad de ciudadanos libres e iguales de las víctimas

¹⁸⁰ DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit. p. 253.

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 254.

¹⁸² Sobre el particular, por ejemplo, resulta relevante lo razonado por Lady Hale en el párrafo 53 de la Sentencia Caso [2013] UKSC 73, Corte Suprema del Reino Unido, *Bull and another v. Hall and another*.

afectadas. En este caso, se reemplaza el énfasis en la víctima, para atender el adecuado funcionamiento del sistema político general¹⁸³. Sobre este punto, nos parece que presentaría mayor grado de dificultad, en términos probatorios, y de análisis para el Juez, determinar que una conducta discriminatoria entre particulares, en el ámbito del derecho de consumo, pueda extrapolarse hacia una verdadera afectación del sistema político en general, que restrinja (más allá del acceso a un determinado bien y/o servicio requerido), la participación de las víctimas en el sistema político.

A su turno, otra posibilidad más radical consiste en prohibir toda discriminación entre particulares, exceptuando aquellos casos que ello implique la afectación de un derecho fundamental de quien ejecuta el acto o conducta discriminatoria. No obstante ello, dicha postura presenta el problema de establecer un sistema de jerarquía entre derechos o bienes jurídicos¹⁸⁴. Por lo anterior, en dichos términos, no parece adecuado plantear dicho criterio como posible directriz para solucionar este tipo de conflictos, salvo que éste fuere suavizado, aumentando la necesidad de observar un mayor grado de intensidad en la afectación requerida, esto es, una verdadera vulneración al núcleo del derecho, o más bien, sería tolerable la discriminación entre privados, cuando ello sea estrictamente necesario para proteger la esencia de otro derecho fundamental. Con todo, esta alternativa no logra superar el problema que presenta el establecimiento de una verdadera jerarquización de derechos fundamentales¹⁸⁵¹⁸⁶.

A continuación, otro de los elementos expuestos por el autor, para efectos de ponderar los derechos en tensión, hace referencia a la identidad de quién discrimina y la identidad del discriminado. Se ha sostenido que quedaría prohibida la discriminación realizada por aquellos privados que realizan labores que puedan reconducirse a funciones propias del Estado. Por su parte, respecto a la identidad del discriminado, se ha establecido que resultarían prohibidas aquellas conductas que apliquen patrones generalizados de

¹⁸³ DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit. 254.

¹⁸⁴ *Ibíd.* pp. 254-255.

¹⁸⁵ *Ibíd.* p.255.

¹⁸⁶ En el caso *McFarlane v Relate Avon Limited*, resulta interesante la distinción que realiza la Corte entre la protección legal que debe recibir el derecho a tener y expresar una creencia, por una parte, y por la otra la protección legal respecto de la “sustancia” o el contenido propiamente tal de dicha creencia. Así, se sostiene que el *common law* y el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protegen el derecho de los cristianos (en este caso) a tener y expresar dicha creencia. No obstante ello, no se protege la sustancia o contenido de dicha creencia, en cuanto estos últimos aspectos se construyen sobre la base de preceptos religiosos. Por otra parte, en el caso *Black and Morgan v Wilkinson*, la Corte pondera el efecto que produce en una persona la limitación a su derecho a manifestar una creencia religiosa. En ese caso, la demandada no logró acreditar -en síntesis- que ella sufriría un daño grave si es que se le prohibía denegar habitaciones matrimoniales a parejas del mismo sexo.

dominación o exclusión a ciertos grupos esto es, conductas discriminatorias sistémicas¹⁸⁷. Sobre este punto, estimamos pertinente agregar, para el análisis a considerar por parte del juzgador, que se trate de grupos históricamente vulnerables y subordinados, como es el caso del colectivo LGBTI. Esta misma parte de la doctrina estima que existen ciertos ámbitos de relaciones entre privados donde -comúnmente- se prohíbe la discriminación, cuestión que ocurre especialmente en materia comercial, en particular, en las relaciones de consumo, áreas donde existiría una asimetría de poder entre las partes, las cuales podrían estimarse como fundamentales para la “vida comercial” de las personas, y por tanto, donde existiría un bien público comprometido, y consecuentemente, se generaría un mayor impacto en la discriminación sufrida¹⁸⁸. También se han planteado soluciones más debatibles, como argumentar que en el ámbito comercial la discriminación dejaría “*más huellas*” o que sería “*más fácil de probar*”, o bien, por otro lado, que en ese contexto no existirían ámbitos de autonomía tan cruciales para las personas a diferencia de otras áreas, donde la discriminación pudiere ser excesivamente invasiva, todas afirmaciones cuestionables y controvertidas¹⁸⁹.

Otro de los elementos que ha relevado la doctrina para dar solución a esta tensión entre derechos, consiste en considerar cuáles han sido los principales motivos para ejercer o realizar un acto o conducta discriminatorios, cuestión que en síntesis puede resumirse en la consideración hacia los prejuicios, estereotipos, preferencias y convenciones sociales dadas en un determinado caso¹⁹⁰.

Ahora bien, atendido que en Chile no existe una regla constitucional o legal (tan detallada y casuística, como en el caso de Reino Unido y el *Equality Act 2010*, que entrega definiciones y elementos que permiten al juez ponderar los casos de conflictos que se presentan en la especie), queda entregado al juez propiamente tal determinar si la prohibición de discriminación es permitida o no a ciertos actos entre privados. En ese sentido, la doctrina estima que la Constitución sí entrega al juez una herramienta para ponderar los hechos en el caso concreto, en tanto la Carta Fundamental prohíbe la discriminación arbitraria (caprichosa o no racionalmente justificable). Por lo anterior, se postula que el estándar exigido será el de la racionalidad de la conducta, cuestión que es posible de llevar a la práctica mediante la aplicación de un test por medio del cual se verifica

¹⁸⁷ *Ibíd.* p. 256.

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 257.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 258.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 259.

la relación entre la diferencia de trato, la finalidad del acto y el criterio para determinar quién queda sujeto a dicha conducta¹⁹¹¹⁹².

Por su parte, otros elementos de contexto que también deberían ser evaluados por el Juez al momento de resolver una controversia como la analizada comprenden: existencia de una conducta discriminatoria aislada o de un hecho constante y sucesivo en el tiempo; si se trata de un lugar propiamente privado (como el hogar de una persona) o un lugar abierto y de acceso público¹⁹³; si ha existido notoriedad y publicidad del acto discriminatorio, entre otras circunstancias que pudieren presentarse en la especie¹⁹⁴.

De esta forma, la parte de la doctrina analizada estima que, siguiendo el modelo de derecho comparado, el juez puede exigir una mayor justificación cuando el factor utilizado para discriminar tome como base una categoría sospechosa (como podría ser la orientación sexual del cliente) o también, cuando se afecta severamente la dignidad de la víctima a través de la conducta. De esta forma, bajo esta premisa, se otorgaría flexibilidad al juez para poder determinar que un acto discriminatorio basado en el mero prejuicio fuere considerado intolerable y arbitrario, o bien, que la existencia de una relación de poder asimétrico entre las partes convierta un acto que inicialmente fuere permisible, analizado bajo estas reglas y en un determinado contexto, en discriminación arbitraria prohibida en un ordenamiento jurídico democrático¹⁹⁵. Con todo, cabe advertir que ninguna de estas reglas doctrinarias puede ser aplicada de modo absoluto, ni tampoco se plantean soluciones únicas a una tensión histórica entre derechos fundamentales.

Finalmente, revisadas las principales soluciones propuestas por parte de la doctrina para enfrentar la colisión entre los derechos fundamentales en juego, se ofrecerán algunas propuestas de criterios o lineamientos, extraídos desde los casos de derecho comparado investigados, que pudieren considerarse al momento de ponderar entre los bienes jurídicos en conflicto. Así, en un primer orden de ideas, se debe dejar establecido que un sistema de

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 261.

¹⁹² En el caso de Reino Unido, particularmente en el caso de *McFarlane v Relate Avon Limited*; *Bull and another v Hall*; y, *Black and Morgan v Wilkinson*, el principal elemento considerado por la Corte, al momento de evaluar la limitación al derecho a la libertad de religión alegada en cada caso particular, consistió en determinar si la limitación al derecho configura o no un medio proporcional para alcanzar un objetivo legítimo.

¹⁹³ Este punto fue debatido en el caso *Black and Morgan v Wilkinson*, en que la demandada planteaba que las exigencias legales de las *Regulations* no eran aplicables a su negocio (un *bed and breakfast*), que quedaría excluido de la normativa sobre prohibición de discriminación ya que no era asimilable a la categoría de un servicio de hotelería privado. La Corte desestimó la alegación, ya que la materia se encontraba regulada en la legislación.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 261.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

jerarquización de derechos fundamentales resulta cuestionable y criticable a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos. Por lo anterior, y descartada dicha premisa, se propone atender a algunas de las circunstancias que se exponen a continuación.

Uno de los elementos que se debiera considerar, en el caso de la prestación de servicios, consiste en la oferta o no de acceso y uso de algún lugar, al cual se permita el ingreso o su utilización a todos los miembros del público en general (por ejemplo, en el caso de hoteles u otras instalaciones similares). Otra de las cuestiones a revisar -y que ha sido relevada por la jurisprudencia internacional- se relaciona con la idea de que el prestador del servicio hubiere recibido o no fondos públicos para la oferta de determinados servicios a la población. Lo anterior cobra mayor relevancia en aquellos casos de entidades privadas colaboradoras del Estado que, en definitiva, desarrollen funciones propiamente públicas (a modo de ejemplo, se pueden citar los servicios de educación que prestan ciertas entidades (en la medida que éstas reciban fondos públicos para el desarrollo específico de dichas funciones), servicios de salud en algunos casos, servicios de adopción, entre otras hipótesis). Por su parte, otra distinción a realizar consiste en el hecho de atender al objetivo de la prestación del servicio, verificando si éste tiene o no como sustento o base el principio – derecho de igualdad y no discriminación. A su turno, también es posible distinguir cuánto interferirá en el derecho de religión o la creencia el hecho de acceder a la prestación del servicio por parte del proveedor. Sobre este punto, adelantamos desde ya la dificultad que presenta el hecho que, en relación con la libertad de conciencia, al menos para parte de la doctrina nacional que fuere revisada¹⁹⁶, el bien jurídico protegido consiste en el proceso racional, reflexivo, de elaboración intelectual del individuo y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, cuestión que resulta difícil de delimitar según estándares objetivos y que debiera ser revisada caso a caso.

Adicionalmente, otro elemento que pudiere distinguir el sentenciador, consiste en el hecho de determinar si el motivo que funda la objeción del prestador del servicio para denegar dicha acción, constituye o no una parte esencial o relativa al “núcleo” de la creencia o religión analizada. Otro aspecto que pudiere servir de criterio orientador al juez ante el conflicto de los derechos fundamentales analizados, consiste en revisar en qué medida la limitación del derecho a manifestar una determinada religión del proveedor de un servicio, es más o menos proporcional en relación al ejercicio del derecho a la igualdad y no

¹⁹⁶ Revisar capítulo III, sección B, p. 20.

discriminación de las personas LGBTI. Por otro lado, también se debería atender a la naturaleza del lugar en el cual se ofrece la prestación de servicios. Desde ya se anticipa el problema que presenta dicho criterio, ya que sería de aplicación restringida a determinados tipos de servicios (por ejemplo: servicio de alojamiento en hotelería u otros lugares similares). Siguiendo esta línea de razonamiento, podría establecerse como una categoría a revisar y considerar aquella relativa al tipo de negocio, y si éste es o no ofrecido de modo abierto y sin condiciones al público, en un contexto comercial y de libre mercado. Sobre este aspecto, resultará relevante el nivel de información sobre condiciones comerciales que explicita y declare -con el mayor grado de transparencia- el prestador de servicios al público¹⁹⁷.

Asimismo, otra cuestión que debiere considerarse será el mayor o menor grado de daño o afectación sufrido por parte del prestador del servicio al ejercicio de su libertad religiosa en razón de la limitación de su derecho. Por su parte, otra distinción que pudiere resultar útil para el sentenciador apunta responder a la interrogante referida a quién será objeto de la distinción por parte del proveedor: así, por ejemplo, no debiera recibir el mismo tratamiento el hecho de que la distinción o exclusión del servicio recaiga en una persona propiamente tal, considerada especialmente su identidad (y con ello, su orientación sexual), por una parte, y por la otra, que el objeto de distinción o exclusión por parte del proveedor sea algo diverso al individuo (por ejemplo, un mensaje o aviso, como en el caso analizado referido a la confección de pasteles para eventos). Por último, revisados los estándares internacionales sobre derecho humanos, resultará fundamental para una adecuada ponderación de los derechos en juego que el juzgador considere, dentro de un contexto social de democracia, a lo menos, el grado de impacto para la víctima, especialmente teniendo en cuenta algunos principios superiores de derechos humanos referidos a la dignidad del ser humano, la justicia y el mandato de protección hacia grupos históricamente vulnerados y subordinados socialmente, como es el caso de la comunidad LGBTI.

A modo de conclusión, en esta sección se han planteado algunos de los criterios u orientaciones doctrinales que permitirían a los jueces adoptar decisiones fundadas, con cierta coherencia, tomando en consideración tanto los estándares internacionales como el marco jurídico interno, en lo referido al derecho a la no discriminación y el derecho a la

¹⁹⁷ Sobre este punto se debe hacer presente que la legislación nacional consagra el derecho para la consumidores a una información veraz y oportuna respecto de las condiciones de contratación (artículo 3º literal b) de la Ley N° 19.496), norma que debiere ser interpretada a la luz del principio de no discriminación arbitraria que rige en el derecho de consumo (artículo 3º literal c) de la citada Ley).

libertad religiosa y de conciencia. Asimismo, se han propuesto algunas ideas, distinciones y consideraciones que pudieren ofrecer herramientas facilitadoras al sentenciador al momento de ponderar y resolver casos de tensión entre los derechos fundamentales objeto de análisis y así, contribuir en la reducción de espacios de discrecionalidad que posee el juzgador a la luz de la normativa vigente, según se ha revisado.

VII. Conclusiones

A través de la presente investigación, se ha desarrollado una reflexión en torno al conflicto entre dos derechos fundamentales, a saber: la igualdad y no discriminación, por una parte, y la libertad de religión y creencia, por la otra.

Para dichos efectos, se han revisado los estándares internacionales de derechos humanos, consagrados en los principales Pactos Internacionales y Jurisprudencia Interamericana que tratan sobre dichas materias. Adicionalmente, se presentaron datos estadísticos, que permiten ilustrar y comprender la necesidad y urgencia de adoptar medidas de protección especiales y focalizadas en favor de personas LGBTI. A su turno, tras realizar un análisis de sistemas de derecho comparado que se han ocupado sobre la materia, se analizó el caso de Reino Unido, que cuenta con una legislación desarrollada y casuística sobre discriminación, particularmente en lo referido al otorgamiento de bienes y servicios. Además, se revisaron cuatro sentencias judiciales relevantes sobre la materia (una vinculada a despido por denegación de prestación de servicios de terapia psico-sexual a personas del mismo sexo; dos casos vinculados a denegación de servicios de alojamiento u hotelería a parejas del mismo sexo; y, un caso referido a la denegación del servicio de confección de un pastel con un mensaje personalizado, por parte de una persona homosexual). Por último, se presentaron algunos criterios y orientaciones doctrinales para considerar al momento de resolver la tensión entre los derechos fundamentales expuestos. Por su parte, se entregaron algunas reflexiones personales del autor de la investigación que pudieren ser consideradas al momento de ponderar los derechos en tensión.

Ahora bien, tras análisis del tratamiento doctrinal y jurisprudencial que ha recibido este conflicto de derechos, es posible advertir que las soluciones de derecho comparado aportan lineamientos y elementos que debieran ser considerados por los sentenciadores al momento de resolver conflictos de esta naturaleza. Desde ya es posible indicar que no existen soluciones únicas ni imperativas sobre la materia, y que el contexto social en el cual

se resuelvan estos conflictos, que representan un desafío en materia de derechos humanos, puede ser determinante al momento de buscar soluciones prácticas.

En el caso chileno, atendida la inexistencia de una adecuada regulación sobre no discriminación en la prestación de servicios (a diferencia del caso de Reino Unido), la decisión y -mayor o menor- creatividad para resolver, con el mayor grado de objetividad y racionalidad posible queda entregado al sentenciador. No obstante ello, se pueden observar determinadas directrices que permitirían fundar fallos con cierto grado de coherencia y apego a estándares internacionales sobre derechos humanos en la materia.

Resulta interesante el hallazgo que, los cuatro fallos seleccionados, y que constantemente son citados en las sentencias y doctrina inglesa, así como en el derecho internacional de los derechos humanos, plantean conflictos de derechos sostenidos por personas creyentes de la religión Cristiana, y que las creencias sostenidas (principal fundamento para denegar servicios) digan relación con una determinada forma de comprender o entender las enseñanzas bíblicas. Además, al menos en tres de los casos analizados, el principal conflicto que provoca para los prestadores acceder al servicio requerido, se vincula con una determinada concepción de éstos respecto a las relaciones sexo-afectivas consentidas entre personas adultas de una determinada orientación sexual. Por su parte, y en cuanto a la naturaleza de los servicios prestados, se debe consignar que en todos los casos se trata de servicios ofrecidos libremente y sin mayores restricciones al público en general, respecto de los cuales se recibiría un determinado pago. En dicho contexto, se esperaría de parte de los prestadores de servicios -desde una perspectiva de derechos humanos y en contextos actuales de sociedades democráticas-, un tratamiento igualitario y no discriminatorio en las relaciones privadas de consumo.

Por lo anteriormente expuesto, y aún cuando no existan criterios o reglas únicas para resolver este tipo de controversias jurídicas, atendido el especial contexto socio-político que enfrentan las sociedades en la actualidad, urge poner atención a los criterios, lineamientos y directrices citadas, así como la entrega de herramientas jurídicas eficientes y eficaces a los sentenciadores, con el objeto de resolver las contiendas judiciales de un modo racional, objetivo y con apego a estándares de derechos humanos. Lo anterior, realizando al máximo posible los valores dentro de sociedades democráticas, pluralistas e inclusivas a nivel mundial.

Bibliografía

Textos

Álvarez, Juan José; del Pino, Sebastián; Saavedra, María Belén; Vial, Tomás (2017) “Derechos de las personas LGTBI en Chile: una evaluación” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 419-463.

Álvarez, Juan José; del Pino, Sebastián; Vial, Tomás (2015) “Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y falencias” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2015, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 365-385.

Barrientos, Marcelo “Artículo 3º c) Derecho a la no discriminación arbitraria” en De la Maza, I. y Pizarro, C. (Directores), Barrientos, F. (Coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. 1ª. Edición. Santiago: Legal Publishing Chile, 2013. pp.1232.

Bayefsky, Anne F. (1990) “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, Trad. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en *Human Rights Law Journal*, v. 11 n. 1-2, 1-34 pp.

Díaz de Valdés, José Manuel (2019) “Igualdad Constitucional y No Discriminación” (Valencia: Tirant Lo Blanch), pp.68-75.

Gauché, Ximena (2014) “Análisis crítico de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derechos internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, en *Revista Chilena de derecho y Ciencia Política*, v. 5, n. 1, pp. 11-58.

González, Felipe (1996) “Libertad de conciencia y de Religión” en Medina, C. y Mera, J. (edit.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones*

internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico), pp. 127-144.

Movilh. Informe Anual de Derechos Humanos: Hechos 2018, XVII versión, marzo de 2019, pp. 278.

Nogueira, Humberto (2006) “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. En *Ius et Praxis*, Vol. 12, Nº 2, pp. 13-41.

Prieto Ríos, Enrique, Amaya, Álvaro, “Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y la práctica legal en el arbitraje de inversión respecto del derecho internacional de los derechos humanos”, en Cantú, Humberto, *Derechos Humanos y Empresas. Reflexiones desde América Latina*, IIDH, San José, 2017, pp. 405-422.

Saavedra, María Belén; Valdés, Constanza (2018) “Derechos humanos de las personas LGTBI en Chile: desafíos pendientes” en Vial, T., (ed.), Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 211-232.

Shelton, Dinah (2008) “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, 2008. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. pp. 15-39.

Vial, Tomás (2013) “La nueva ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 9, 2013. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2013. pp. 183-191.

Vivanco, Ángela (2006) “Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980”, 2ª. Edición ampliada, Tomo II, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 592.

Wadham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S., (ed.), *Blackstone’s Guide to The Equality Act 2010*, Segunda Edición (Reino Unido, Oxford University Press), pp. 552.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava sentencia desestimatoria del Recurso Ordinario Nº 69/2007. Sentencia de 11 de mayo de 2009.

Sentencia Caso Nº A2/2009/2733, Nº de cita neutral: [2010] EWCA Civ 880, Corte de Apelaciones (División Civil), Apelación de sentencia del Tribunal de Apelación Laboral, McFarlane v. Relate Avon Limited, 29 de abril de 2010.

Sentencia Caso [2013] UKSC 73, Corte Suprema del Reino Unido, Bull and another v. Hall and another, 27 de noviembre de 2013.

Sentencia Caso Nº B2/2012/2896, Nº de cita neutral: [2013] EWCA Civ 820, Corte de Apelaciones (División Civil), Apelación de sentencia de la Corte de Slough County, Black and Morgan v. Wilkinson, 9 de julio de 2013.

Sentencia Caso [2018] UKSC 49, Corte Suprema del Reino Unido, Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others, 10 de octubre de 2018

Instrumentos Internacionales

Carta de Naciones Unidas (1945).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Carta de la Organización de Estados Americanos (1948).

Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" (1988).

Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013).

Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013).

Legislación nacional

Decreto N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 19.496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N° 19.638, Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas. Diario Oficial, 14 de octubre de 1999.

Ley N° 20.609, Establece Medidas contra la Discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

Organismos Internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Estudio sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Expresiones Relevantes. (2012).

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, 37º período de sesiones, 1989.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22, Artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos – Libertad de Pensamiento, de conciencia y de religión. 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20. 42º período de sesiones, E/C.12/GC/20, 2009.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de Conducta para las Empresas. (2017).

Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. 19º período de sesiones, A/HRC/19/41, 2011.

Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género”. 29º período de sesiones, A/HRC/29/23, 2015.

Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'”. 17º período de sesiones, A/HRC/RES/17/4, 2011.

Otros

Instituto Nacional de Derechos Humanos. Resultados de la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2018. Disponible en: < <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/12/Presentacion-INDH-2018-version-larga.pdf>>. Última visita: 31 de mayo de 2019.

Páginas web

Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI). Sub-Committee on Accreditation (SCA). Chart of the status of national institutions accredited by the global alliance of national human rights institutions accreditation status as of 04 march 2019. Disponible en:

<[https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20\(04%20March%202019.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart%20(04%20March%202019.pdf)>. Última visita: 19 de agosto de 2019.

Naciones Unidas, “Vivir Libres e Iguales: qué están haciendo los estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex”. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf>.

Última visita: 6 de mayo de 2019.