

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

INTERSEXUALIDAD Y LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17.
RETOS PENDIENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
Olga Lucía Camacho

INTERSEX AND THE LAW: HOW CAN THE LAW PROTECT
INTERSEX RIGHTS?
Luiza Drummond Veadó

EDUCAÇÃO, DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO DE LGBTI
E O ARTIGO 12.4 DA CADH
Sergio Gardenghi Suiama

MATRIMONIO, UN CONCEPTO JURÍDICO DINÁMICO.
ENTRE EL PERFECCIONISMO MORAL Y EL ENFOQUE IGUALITARIO
Eduardo Elías Gutiérrez López
Raymundo Gutiérrez López

VIABILIDAD DE UNA CONVENCIÓN PARA LA
ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA
POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO
Cristhian Manuel Jiménez

EL MATRIMONIO IGUALITARIO: EL CASO DE HONDURAS
Y UNA PERSPECTIVA KANTIANA
Leonardo Rivera Mendoza

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO,
¿ES UN DERECHO RECONOCIDO Y TUTELADO
POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?
Carlos Enrique González Aguirre

LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 SOLICITADA
POR COSTA RICA: EL RESULTADO DE UNA
CONSULTA ESTRATÉGICA
William Vega-Murillo
Esteban Vargas-Mazas

REVISTA IIDH

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

66

Julio - Diciembre 2017

66

Julio - Diciembre 2017

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos 11

Olga Lucía Camacho Gutiérrez

Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights? 37

Luiza Drummond Veadó

Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH..... 59

Sergio Gardenghi Suiama

Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario ... 81

Eduardo Elías Gutiérrez López
Raymundo Gutiérrez López

Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género 101

Cristhian Manuel Jiménez

El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana 125

Leonardo Rivera Mendoza

Matrimonio entre personas del mismo, ¿es un derecho reconocido y tutelado por el tribunal europeo de derechos humanos?	153
---	-----

Carlos Enrique González Aguirre

La opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica	171
---	-----

William Vega-Murillo

Esteban Vargas-Mazas

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 66 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos académicos y las reflexiones de ocho autores y autoras de Latinoamérica sobre el impacto y la aplicación de la reciente opinión consultiva OC-24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en lo concerniente a identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

En un contexto en el cual las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) continúan siendo una población sujeta a la discriminación y la violencia, la opinión consultiva OC-24 de la CorteIDH –emitida en noviembre de 2017 y solicitada por el Estado de Costa Rica– es de gran relevancia para los sistemas jurídico-políticos de nuestro continente ya que se constituye en el principal precedente acerca de la interpretación y el alcance de los derechos de las personas LGBTI en relación con las obligaciones estatales de cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

Si bien en la región se han observado avances importantes en la generación de legislación y políticas públicas para la protección de las personas LGBTI, estos no son aún suficientes para garantizarles una vida libre de violencia y exclusión. Los estereotipos y la discriminación aún permean a nuestras

sociedades en el ámbito público y privado, convirtiéndose en obstáculos para la garantía de sus derechos.

Por lo tanto, a partir del importante paso que implica un precedente interamericano en la materia, el IIDH ha abierto este espacio editorial e investigativo para difundir reflexiones jurídicas y sociales que –desde el ámbito académico– incidan en la promoción de acciones que contribuyan a avanzar hacia el reconocimiento de la diversidad. En ese sentido, el IIDH abrió una amplia y exitosa convocatoria cuyo resultado fue el de una gran cantidad de artículos recibidos. Sin ser posible incluir todos los interesantes aportes, se han seleccionado algunos que suman ampliamente al debate.

Al respecto, en la presente Revista podremos leer en el artículo “Intersexualidad y la opinión consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos” que Olga Lucía Camacho Gutiérrez realiza un análisis, en el contexto de la violencia médica, de las razones por las cuales la intersexualidad se encuentra en la actualidad en un escenario constante de censura y discriminación orientada por el sistema sexo-género.

Por su parte, Luiza Drummond Veado en “Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights?” nos presenta un estudio acerca del concepto de persona intersexual, el movimiento social en torno al mismo, la manera en que este se enmarca en las legislaciones nacionales y el derecho internacional, así como los derechos y el reconocimiento de esta comunidad.

En “Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH”, cuyo autor es Sergio Gardenghi Suiama, se realiza una importante reseña acerca de los derechos a la

educación y no discriminación de las personas LGBTI a la luz de los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos.

“Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario” –de Eduardo Elías Gutiérrez López y Raymundo Gutiérrez López– es el artículo en el cual se estudian los antecedentes y las mutaciones del concepto dematrimonio, en el contexto jurídico mexicano, y la resistencia presentada por las autoridades federativas a modificar su regulación.

En el trabajo titulado “Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género”, Cristhian Manuel Jiménez nos brinda un análisis de las perspectivas, la viabilidad y la necesidad de elaborar una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género, en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas.

Leonardo Rivera Mendoza nos presenta “El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana”, donde profundiza acerca de los problemas que surgen al tratar el tema del matrimonio igualitario a la luz de la reciente opinión consultiva OC-24/17 de la CorteIDH, el concepto de Immanuel Kant al respecto y la situación jurídica del Estado hondureño sobre el tema.

En el texto titulado “Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es un derecho reconocido y tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Reflexiones en torno a la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia”, Carlos Enrique González Aguirre nos expone un estudio enmarcado en la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la luz de la sentencia emitida por este en el caso Chapin y Charpantier contra Francia, respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo que es –sin duda– uno de los debates de mayor abordaje en los últimos años.

Por su parte, William Vega-Murillo y Esteban Vargas Mazas –autores de “La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica”– analizan el uso de la función consultiva de la CorteIDH para suprajudicializar la megapolítica respecto al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como el de los demás derechos de las personas LGBTI y otras categorías en Costa Rica.

Agradecemos a las autoras y los autores sus valiosos artículos y aportes. Esperamos que los mismos sean de relevancia, tanto para el estudio y la investigación de las personas lectoras como para la reflexión jurídica de todos los actores del sistema interamericano de derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH

*Sergio Gardenghi Suizama**

Introdução

O artigo 12.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - que trata do direito dos pais a que seus filhos recebam educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções¹ – vem sendo invocado no Brasil para impedir que escolas públicas e privadas abordem temas relacionados aos direitos ao reconhecimento e à não-discriminação de LGBTI. Leis estaduais e municipais foram aprovadas nesse sentido, e um modelo de “notificação” que circula na Internet² ameaça com ações judiciais os professores que “apresentem, ministrem, ensinem ou informem” sobre qualquer assunto relacionado ao que o documento denomina (mas não define) de “ideologia de gênero”, bem como a “temas relacionados a comportamentos sexuais especiais”, sem o prévio e expresso consentimento do pai notificante.

* Mestre em direito e *Human Rights Fellow* pela Universidade de Columbia, Nova York. Procurador da República, coordena o Grupo de Trabalho sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal brasileiro.

1 Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, art. 12: “Liberdade de consciência e de religião. (...) 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.

2 Disponível, dentre outros *sites*, em <http://www.escolasempartido.org/artigos-top/552-modelo-de-notificacao-extrajudicial-arma-das-familias-contra-a-doutrinação-nas-escolas>, acesso em 12/02/2018.

Humanos (Corte IDH), do Parecer Consultivo OC-24/17, sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo³, na linha do que já fora decidido nos Casos *Atala Ríffo e crianças Vs. Chile*⁴ e *Duque Vs. Colômbia*⁵, representa, sem dúvida, um grande avanço no Sistema Interamericano em termos do reconhecimento do direito à igualdade de gênero e orientação sexual. Todavia, nem a OC, nem a jurisprudência da Corte abordam, especificamente, o direito à proteção de alunos e docentes LGBTI contra a discriminação no ambiente escolar⁶. Ademais, como ressaltou o Estado solicitante na consulta formulada:

[O] reconhecimento dos direitos humanos derivados da orientação sexual e da identidade de gênero se caracterizam como um processo diferente nos vários Estados integrantes do Sistema Interamericano. É possível vislumbrar um amplo espectro de casos, desde países que reconheceram de maneira plena os direitos às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, e intersex, até aqueles Estados membros que, nos dias de hoje, mantêm vigentes leis proibitivas contra qualquer forma de convivência e expressão contrária à heteronormatividade, ou que foram omissos no reconhecimento dos direitos relativos a estas populações⁷.

Especificamente sobre o artigo 12.4 da CADH, não há jurisprudência da Corte IDH a respeito do possível conflito entre o direito dos pais a que seus filhos recebam educação moral e

3 Corte IDH. Parecer Consultivo OC 24/17, de 24 de novembro de 2017.

4 Corte IDH. *Caso Atala Ríffo e crianças Vs. Chile* (Mérito, Reparações e Custas), sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239.

5 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colômbia* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C Nº 310.

6 Muito embora a OC 24/17 mencione o *bullying* transfóbico como forma específica de violência, como se verá adiante.

7 Corte IDH. OC 24/17, citada, par. 41, tradução do autor.

religiosa em consonância com suas próprias convicções, e o direito à não-discriminação de LGBTI em ambiente escolar. A questão que se coloca é: os pais de um aluno que se sintam incomodados com abordagens pedagógicas que reconheçam a pluralidade de identidades, configurações familiares e expressões de gênero e de orientação sexual poderiam invocar validamente o art. 12.4 da CADH para impedir que tais temas sejam tratados na escola? Seriam os titulares do pátrio poder de um aluno menor de 18 anos igualmente titulares de um direito individual potestativo, oponível contra professores e dirigentes de qualquer escola pública, privada ou confessional, consistente na faculdade de proibir a veiculação de conteúdos relacionados à sexualidade e ao reconhecimento de gays, lésbicas, bissexuais, intersexuais e transgêneros? Como resolver a aparente colisão entre o direito previsto no art. 12.4 e os direitos à igualdade, à não-discriminação e à identidade de gênero, reconhecidos pela Corte IDH na OC-24/17?

A questão posta não é um simples exercício teórico pois, como já referido, grupos conservadores têm efetivamente obtido sucesso em impedir a inclusão, nos currículos e programas escolares, de temas relacionados à sexualidade humana e à proteção de crianças e adolescentes LGBTI. Assim é que, no Brasil, na última versão da Base Nacional Comum Curricular, foram excluídas todas as referências a gênero e orientação sexual do documento que determina o que deve ser abordado nas classes em cada ano das educações infantil e fundamental. A omissão do governo federal brasileiro em garantir proteção a LGBTI foi, inclusive, objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5668), na qual se pede que o Supremo Tribunal Federal reconheça o dever constitucional das escolas públicas e particulares de prevenir e coibir o *bullying* homofóbico e transfóbico, bem como de respeitar a identidade de crianças e adolescentes LGBT no ambiente escolar.

Ora, uma vez que a CADH vem sendo invocada como fundamento da pretensão de tais grupos conservadores, é relevante analisar a questão a partir de uma visão sistêmica da proteção internacional dos direitos humanos (DH). É o que o presente artigo pretende fazer.

I. Direitos de LGBTI no âmbito do Sistema Interamericano de DH

Na OC-24/17, a Corte IDH de início registrou que as pessoas LGBTI estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação baseadas na percepção de sua orientação sexual e identidade ou expressão de gênero, tanto na esfera pública quanto nas relações privadas. Mulheres lésbicas e jovens LGBTI encontram-se especialmente expostos ao risco de violência física, psicológica e sexual no âmbito familiar e comunitário, acrescenta a OC⁸. Estas múltiplas formas de discriminação, prossegue a Corte:

“[P]odem ter efeitos em nível individual, mas também no plano social, já que as pessoas LGBTI que têm vedado seu acesso a direitos básicos como o trabalho, a saúde, a educação e a moradia vivem em situações de pobreza, privadas de toda oportunidade económica. Tanto é assim que, segundo foi constatado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos – ACNUDH, as taxas de pobreza, a falta de uma moradia e a insegurança alimentar são mais elevadas entre as pessoas LGBTI”⁹.

8 *Ibid.*, par. 36.

9 *Ibid.*, par. 41, tradução do autor.

De modo geral, a resposta dos Estados a essas formas de violência não é adequada, registra a OC, pois os fatos não são usualmente investigados, seus autores não são responsabilizados e tampouco existem mecanismos de apoio às vítimas¹⁰.

A Corte IDH recorda, em seguida, que a interpretação das normas dos tratados deve ser feita a partir de um modelo baseado nos valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, considerando o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa humana¹¹.

Especificamente, observa a Corte IDH que a orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo direito à igualdade declarado no art. 1.1 da CADH¹². Tal posição já fora explicitamente afirmada no Caso *Atala Rizzo e crianças Vs. Chile* e está, no mais, em consonância com a manifestação de outros organismos internacionais, inclusive a Corte Europeia de DH e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os DH, como recorda a OC.

Com relação à identidade de gênero, a OC afirma ser ela um “elemento constitutivo e constituinte da identidade das pessoas”¹³. Em consequência:

“O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado resulta de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, tortura, maus tratos, direito à saúde, à

10 *Ibid.*, par. 38

11 *Ibid.*, par. 56.

12 *Ibid.*, pars. 68 a 80.

13 *Ibid.*, par. 98.

educação, emprego, moradia, acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e de associação”¹⁴.

A contrario sensu, como bem nota a Corte:

“A falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero contribui para reforçar e perpetuar comportamentos discriminatórios contra elas. O não reconhecimento também pode aprofundar a vulnerabilidade destas pessoas a crimes de ódio, ou à violência transfóbica e psicológica, a qual constitui uma forma de violência baseada em razões de gênero, guiada pela vontade e o desejo de castigar as pessoas cuja aparência e comportamento desafiam os estereótipos de gênero. Do mesmo modo, a falta de reconhecimento de sua identidade de gênero pode implicar em violações a outros direitos humanos, por exemplo, torturas ou maus tratos em centros de saúde ou de detenção, violência sexual, denegação do direito de acesso à saúde, discriminação, exclusão e *bullying* em contextos de educação, discriminação no acesso ao emprego ou atividade profissional, moradia e acesso à seguridade social”¹⁵.

Neste parágrafo da OC 24-17, como se vê, a Corte IDH menciona especificamente o *bullying* transfóbico em ambiente escolar como forma de violência derivada da falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero. A referência se estende, por certo, a quaisquer situações de violência física e psicológica enfrentadas na escola por crianças e adolescentes que não se ajustam às noções tradicionais de gênero, as quais obrigam as pessoas a atuarem conforme os padrões heterossexuais dominantes.

¹⁴ *Ibid.*, par. 101, tradução do autor.

¹⁵ *Ibid.*, par. 134, tradução do autor.

II. O direito dos pais à educação conforme suas convicções morais e religiosas na jurisprudência da Corte Europeia de DH

Como dito, não há no Sistema Interamericano de Proteção dos DH jurisprudência específica acerca do art. 12.4 da CADH. Todavia, no Sistema Europeu, o qual possui previsão similar no art. 2º do primeiro Protocolo Adicional da Convenção Europeia¹⁶ (1952), há um corpo razoável de decisões jurisprudenciais a respeito do conteúdo e da forma de exercício do direito dos pais em matéria de educação.

Segundo a Corte Europeia de DH (CEDH), o direito de que trata a segunda parte do art. 2º do Protocolo deve ser lido em conjunto com o direito à educação, declarado na primeira sentença do mesmo artigo. Isto significa, para a CEDH, que, em matéria de educação, os Estados têm a obrigação de conduzir as atividades em consonância com os princípios de objetividade e pluralismo, estando vedada a doutrinação política, moral ou religiosa (*prohibition of indoctrination*):

“A segunda sentença do artigo 2º do Protocolo n.º 1 não impede os Estados de disseminar, nas escolas públicas, através de ensinamentos dados, informações objetivas estabelecidas no currículo escolar pois, de outro modo, todo ensinamento institucionalizado correria o risco de se tornar impraticável. (...) A segunda sentença do art. 2º implica (...) que o Estado, no cumprimento das funções assumidas a respeito da educação, deve tomar cuidado para que informações e conhecimentos

¹⁶ Conselho da Europa. *Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem n.º 1*, art. 2º: “Direito à instrução. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”.

incluídos no currículo sejam veiculados de forma objetiva, crítica e pluralista. O Estado está proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que pode ser considerado como desrespeitoso com as convicções religiosas e filosóficas dos pais. Este é o limite que não deve ser excedido”¹⁷.

A impossibilidade prática de se oferecer tratamento diferenciado à criança toda vez que um pai assim o exigir foi o motivo alegado pela Corte para adotar o princípio da proibição da doutrinação como parâmetro de interpretação do art. 2º do Protocolo:

“Em particular, a segunda sentença do artigo 2º do Protocolo não impede os Estados de transmitir, direta ou indiretamente, ensinamentos, informações educativas ou conhecimentos de natureza religiosa ou filosófica. Tampouco autoriza os pais a se oporem à integração desses ensinamentos no currículo escolar, pois de outro modo todo o ensino formal correria o risco de se tornar impraticável. Com efeito, parece ser muito difícil que muitos assuntos ensinados na escola não tenham, em maior ou menor extensão, complexidades ou implicações filosóficas. O mesmo é verdade para assuntos de religião, quando se tem em mente o fato de que as religiões formam uma larga e dogmática entidade moral, a qual tem ou pode ter respostas para cada questão filosófica, cosmológica ou de natureza moral”¹⁸.

Neste contexto, segundo a jurisprudência da CEDH, o direito dos pais estará, em geral, atendido se existirem alternativas educacionais em estabelecimentos privados, veiculadoras de

17 CEDH. Caso *Dojan and Others v. Germany*, App. n.º 319/08, decisão de 13/09/2011 (tradução do autor).

18 CEDH. Caso *Jeldsen v. Denmark*, 23 Eur. Ct. H.R. 28, 1976, par. 53 (tradução do autor).

abordagens pedagógicas que levem em consideração as demandas familiares específicas¹⁹. Nos estabelecimentos públicos, o que a proibição contra a doutrinação exige são os requisitos do pluralismo e objetividade do ensino.

Além disso, para a CEDH, o direito dos pais sobre a educação formal de seus filhos deve ser respeitado apenas em relação a “convicções da parte dos pais que não conflitem com o direito da criança à educação”²⁰; os pais, ademais, não tem o direito

19 CEDH. Caso *Jimenez Alonso et Jimenez Merino v. Spain*, 2000-VI Eur. Ct. H.R.

No caso em questão, o peticionário, pai de uma menina de 13 anos, insurgiu-se contra uma cartilha que tratava de gravidez, métodos contraceptivos e doenças sexualmente transmissíveis, dentre outros tópicos. No julgado, a CEDH ponderou que as informações contidas na cartilha eram de caráter geral e que atendiam ao interesse de toda a coletividade, nada tendo que ver com doutrinação (“*That was information of a general character which could be construed as of a general interest and which did not in any way amount to an attempt at indoctrination aimed at advocating particular sexual behaviour. Furthermore, that information did not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents’ own religious or philosophical convictions. Besides that, the Court notes that the Constitution guarantees to all natural and legal persons the right to establish schools in a manner consistent with constitutional principles, and the right to everyone to receive a religious and moral education in accordance with their own convictions. As the High Court of Justice of Cantabria stressed in its judgment, that freedom presupposes ‘in a pluralist society, the right to choose, that right being linked to the freedom to establish schools so that parents can choose one adapted to their beliefs and ideas’*”).

20 CEDH. Caso *Konrad v. Germany*, 2006-XIII Eur. Ct. H.R. 355, 364 (“*[T]he second sentence of Article 2 must be read together with the first which enshrines the right of everyone to education. It is on to this fundamental right that is grafted the rights of parents to respect for their religious and philosophical convictions. Therefore, respect is only due to convictions on the part of the parents which do not conflict with the right of the child to education, the whole of Article 2 of Protocol No. 1 being dominated by its first sentence. This means that parents may not refuse the right to education of a child on the basis of their convictions*”).

de manter seus filhos ignorantes a respeito de outras visões filosóficas e religiosas diferentes das dele próprios²¹.

Como ressaltado pela CEDH no Caso *Konrad vs. Germany*, julgado em 2006:

“[A] Convenção Europeia não garante o direito dos pais de não serem confrontados com opiniões que se opõem às suas próprias (...). Além disso, como ressaltado pelos tribunais alemães, os pais do peticionário estavam livres para educar seus filhos depois da escola e nos finais de semana; assim, seu direito a educar seus filhos em conformidade com suas convicções religiosas não foi restringido de forma desproporcional. A frequência obrigatória no ensino fundamental não retira dos pais do peticionário o direito a exercer, com relação a seus filhos, suas funções como educadores, ou guiá-los segundo suas próprias convicções religiosas ou filosóficas”²².

Neste trecho da decisão, a CEDH estabelece uma diferença que, embora aparentemente óbvia, é de fundamental relevância para a questão aqui enfrentada, a saber, a distinção entre a educação formal, propiciada pela escola, e a educação informal, desenvolvida em ambiente familiar ou comunitário. A primeira, segundo Salomão Ximenes, “é constituída pelo sistema educativo com alto grau de institucionalização, estruturando-se cronológica e hierarquicamente em diferentes níveis, estendendo-se desde a educação infantil aos níveis mais elevados de ensino, com progressão fortemente regulada e mediante certificação de

21 CEDH. Caso *Folgerø v. Norway*, 2007-III Eur. Ct. H.R. 51, par. 89 (“Moreover, it should be noted that (...) the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 does not embody any right for parents that their child be kept ignorant about religion and philosophy in their education”).

22 CEDH. Caso *Konrad v. Germany*, citado, tradução do autor.

desempenho”. A educação informal em sentido amplo, por outro lado, “abrange todo processo formativo que envolva troca de conhecimentos, experiências, valores e atitudes, que ocorre na sociedade, na comunidade e na família como um processo que dura toda a vida”, pois “decorre da capacidade humana de acumular conhecimentos, experiências, habilidades e atitudes e da possibilidade de repassá-los aos demais indivíduos através de práticas educacionais informais”²³.

Reconhecer que o direito fundamental à educação, em sentido amplo, abrange essas duas modalidades de educação (formal e informal) não significa, contudo, dizer que seus regimes jurídicos sejam iguais, sobrepostos ou hierarquicamente organizados. Seguindo a teoria constitucional das posições jurídicas fundamentais²⁴, observa Ximenes que a modalidade de educação informal deve ser respeitada e protegida pelo Estado desde que não viole os parâmetros de direitos humanos e a integridade dos educandos. Já a modalidade formal, escolar – prossegue ele – “deve ser provida pelo Estado, diretamente ou através da regulação da oferta privada, como forma de assegurar a realização dos objetivos públicos na educação escolar”²⁵.

23 Ximenes, Salomão. “O que o direito à educação tem a dizer sobre ‘escola sem partido’?”, in Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação (org.), *A Ideologia do Movimento Escola sem Partido*, Ação Educativa, São Paulo, 2016, pp. 53-54.

24 Sobre o conceito de “posição jurídica”, cf. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 177-185.

25 Ximenes, Salomão. “O que o direito à educação tem a ver...”, p. 54. As recentes iniciativas voltadas a impedir que assuntos relacionados à orientação sexual, identidade e expressão de gênero sejam discutidas em sala de aula objetivam, segundo o mesmo autor, “subverter a diferenciação necessária entre a educação formal, um bem público mesmo quando ofertado pela iniciativa privada (...) e a educação informal, essa sim uma atribuição corriqueira da família e da comunidade, que acontece ainda que de forma inconsciente enquanto dimensão da socialização” (*Ibid.*, p. 54-55).

Em artigo sobre a jurisprudência da CEDH a respeito da proibição da doutrinação, Fernando Méndez Powell pondera que:

“Determinar o que constitui doutrinação em casos específicos pode ser uma questão difícil. No direito internacional, os Estados são demandados a promover certas visões através de seus respectivos sistemas educacionais, tais como os valores democráticos, o respeito aos direitos humanos e a igualdade de gênero e racial. Ainda que tais assuntos possam ser considerados visões políticas ou filosóficas, promovê-los diretamente através da educação não parece ser uma forma proibida de doutrinação. Isto é justificado pelo fato de que visões opostas são tidas como prejudiciais ao avanço dos direitos humanos”²⁶.

O mesmo autor prossegue afirmando que:

“Posições religiosas são delicadas porque o que uma pessoa pode considerar objetivo ou pluralista, outra pode perceber como doutrinação de secularismo, uma posição filosófica ela própria. A Corte Europeia de DH nunca definiu o que ‘objetividade’ e ‘pluralismo’ significam em relação ao princípio da proibição da doutrinação. Todavia, ela considerou que uma violação ocorre quando uma matéria ou elemento do currículo vai além da simples transmissão do conhecimento de uma visão particular. A Corte Europeia de DH também conferiu peso à circunstância se os estudantes aprendem sobre a importância de tolerar e respeitar visões distintas das suas e se eles são estimulados a exercitar o pensamento crítico

26 Powell, Fernando Méndez. “*Prohibition of indoctrination in education: a look at the case law of the European Court of Human Rights*” in *BYU Educ. & L.J.* 597, 2015, pp. 614-615, disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=elj>, acesso em 12/02/2018 (tradução livre do autor do presente artigo).

como indicador de se um propósito de doutrinação tem sido perseguido”²⁷.

A posição referida por Powell foi afirmada pela CEDH no julgamento do Caso *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, de 2009, referente à obrigatoriedade de aulas de ética no ensino médio. Segundo este julgado:

“[E]star aberto a uma pluralidade de ideias e opiniões é pré-requisito de uma educação pública em um Estado democrático e liberal, estando este legitimamente autorizado a buscar evitar a segregação baseada em opiniões religiosas ou filosóficas e a promover a integração das minorias. A habilidade de um aluno de ser tolerante e aberto ao diálogo é um dos mais básicos requisitos para a participação na vida democrática e para a vida em sociedade com respeito mútuo por diferentes crenças e convicções filosóficas”²⁸.

No Caso *Dojan and Others v. Germany*, de 2011, a CEDH finalmente enfrentou a oposição de pais de alunos à veiculação de conteúdos voltados ao reconhecimento de LGBTI. Uma lei do estado alemão da Renânia do Norte-Vestfália estabelecia que um dos objetivos da educação básica era proporcionar aos alunos conhecimentos sobre os aspectos biológicos, éticos e culturais da sexualidade humana, segundo sua idade e maturidade, a fim de garantir-lhes o desenvolvimento de suas próprias concepções morais e uma visão independente sobre suas próprias sexualidades. No caso em questão, a CEDH rejeitou a impugnação formulada pelos pais, fundada no art. 2º do Protocolo, sob o argumento de que:

27 *Ibid.*, p. 615.

28 CEDH. Caso *Appel-Irrgang and Others v. Germany*, 2009-IV Eur. Ct. H.R. 415, 429.

“A educação sexual deve promover a tolerância entre os seres humanos, independentemente de suas orientações sexuais e identidades. Este objetivo se reflete nas decisões dos tribunais alemães no caso em tela, os quais entenderam, em suas cuidadosamente fundamentadas decisões, que a educação sexual para o grupo etário em causa era necessária para permitir que as crianças lidem criticamente com as influências da sociedade, em vez de evitá-las. Tal conteúdo destina-se a formar cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com o fim de integrar as minorias e evitar a formação de ‘sociedades paralelas’ religiosa ou ideologicamente motivadas. A Corte entende que estes objetivos estão em consonância com os princípios de pluralismo e objetividade constantes do art. 2º do Protocolo n.º 1”²⁹.

Deste modo, programas e conteúdos escolares que tenham por objetivo a promoção de uma cultura de respeito e integração de grupos socialmente vulneráveis não podem, na visão da CEDH, ser considerados como doutrinação vedada pelo art. 2º do primeiro Protocolo à Convenção Europeia de DH.

Em síntese, em breve análise da jurisprudência da Corte Europeia de DH a respeito do alegado direito parental à definição de conteúdos pedagógicos escolares³⁰, podemos concluir que:

29 ECHR. Caso *Dojan and Others v. Germany*, citado.

30 Transcrevemos abaixo decisão da CEDH no Caso *Dojan and Others v. Germany*, a qual sintetiza a interpretação dada por aquele tribunal internacional ao direito dos pais em matéria de controle do conteúdo escolar: “*In short, the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 aims at safeguarding the possibility of pluralism in education, a possibility which is essential for the preservation of the ‘democratic society’ as conceived by the Convention. In view of the power of the modern State, it is above all through State teaching that this aim must be realised. (...) It is in the discharge of a natural duty towards their children*

- a) a obrigação internacional é atendida quando o sistema de ensino garante a coexistência de escolas públicas, privadas e confessionais, dotadas de relativa liberdade na adoção de métodos pedagógicos e modos de difusão do conhecimento, pois nesse caso os pais podem optar por uma escola que mais se aproxime da forma de pensamento que adotem;
- b) no que se refere ao sistema público de ensino, a obrigação correlata ao direito dos pais volta-se à proibição da doutrinação e à exigência de que o conhecimento seja transmitido de forma objetiva, crítica e pluralista;
- c) o direito à educação da criança e do adolescente, nele compreendido o direito a uma formação escolar que favoreça a autonomia individual, o acesso a múltiplas visões de mundo, o respeito aos direitos humanos e o pensamento crítico tem primazia, em caso de conflito, sobre o direito dos pais a conformarem o sistema educacional às suas concepções morais;
- d) a promoção dos valores universalmente reconhecidos pelos instrumentos internacionais de proteção a DH não constitui “doutrinação” vedada.

– *parents being primarily responsible for the ‘education and teaching’ of their children – that parents may require the State to respect their religious and philosophical convictions. Their right thus corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education. However, the setting and planning of the curriculum fall in principle within the competence of the Contracting States. (...) The Court recalls that it has already examined the German system imposing compulsory elementary school attendance while excluding home education in general. It has found it established that the State (...) had aimed at ensuring the integration of children into society with a view to avoiding the emergence of parallel societies, considerations that were in line with the Court’s own case-law on the importance of pluralism for democracy”.*

III. O art. 12.4 da CADH à luz da OC 24/17

À luz de todo o exposto, vê-se que a atual tentativa de grupos conservadores de impedir a veiculação de conteúdos pedagógicos relacionados ao reconhecimento e proteção de LGBTI não encontra guarida no art. 12.4 da CADH. Com efeito, muito embora não exista jurisprudência específica no Sistema Interamericano sobre o assunto, nem a jurisprudência da Corte Europeia de DH, nem a recente publicação da OC 24/17 corroboram o entendimento de que os países têm o direito de vetar o tratamento de tais conteúdos na escola.

As impugnações até agora apresentadas não estão baseadas em fatos concretos que permitam inferir que há algum tipo de “doutrinação” a respeito da orientação sexual, da identidade ou da expressão de gênero. O que as iniciativas conservadoras (pelo menos as veiculadas no Brasil) buscam é unilateralmente proibir os professores de abordar tais temas, “ainda que de forma ilustrativa ou informativa, seja por qual meio for, vídeo, exposição verbal, música, livro de literatura ou material didático”³¹. A frase “ainda que de forma ilustrativa ou informativa”, presente nos modelos de notificação veiculados, revela o claro propósito de censurar qualquer tipo de referência aos temas que pretende impugnar, e não impedir suposta “doutrinação”.

Em outras palavras, em vez de, no âmbito de uma discussão democrática conduzida no próprio ambiente escolar, pleitear que as questões relacionadas à sexualidade, orientação sexual e identidade de gênero sejam tratadas de forma objetiva, crítica e pluralista, o que grupos conservadores no continente pretendem é unilateralmente impedir qualquer tipo de discussão sobre gênero e sexualidade, ignorando até mesmo o óbvio interesse público na difusão de informações relacionadas à saúde sexual

31 Cf. o modelo de “notificação extrajudicial” referido na nota 3 *supra*.

e reprodutiva de adolescentes e na promoção da igualdade de gênero e orientação sexual no ambiente escolar.

Tal objetivo, como se viu, é incompatível com os direitos à identidade de gênero, à igualdade e à não-discriminação de LGBTI, expressamente reconhecidos pela Corte IDH na OC 24/17. O direito parental previsto no art. 12.4 da CADH não pode, assim, ser invocado para impedir que os sistemas educacionais dos Estados tratem desses temas pois, caso contrário, haveria a perpetuação da discriminação e da violência física e psicológica contra LGBTI, dentro e fora da escola.

A propósito, a referência às normas de interpretação constantes do art. 29 da CADH, feita nos parágrafos 54 a 60 da OC 24/17, é muito apropriada também para a solução do aparente conflito entre o direito parental estabelecido no art. 12.4 e os deveres de proteção estatal de LGBTI em ambiente escolar. Lembra a Corte IDH que, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “as normas [convencionais] devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico ao qual pertencem”³². Observa a Corte IDH, também, que “os tratados de DH são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”³³.

Ora, uma vez que o art. 29 da CADH explicitamente declara que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de “permitir a qualquer (...) grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista”, nem de “excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática

32 Corte IDH. OC 24/17, par. 59.

33 *Ibid.*, par. 58.

representativa de governo”, ou ainda “excluir ou limitar o efeito que possam produzir (...) outros atos internacionais da mesma natureza”, não parece razoável supor que os pais de um aluno possam, validamente, invocar o art. 12.4 da CADH para impedir que escolas públicas e privadas abordem temas relacionados à não-discriminação e ao reconhecimento de LGBTI.

Como registra o Parecer Consultivo:

“Os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades que prejudiquem determinados grupos de pessoas. Isto implica no dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, em decorrência de sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”³⁴.

“Reverter ou mudar situações discriminatórias” exige dos Estados muito mais do que sancionar criminalmente atos concretos de violência física contra LGBTI. Os Princípios de Yogyakarta, que versam sobre a aplicação da legislação internacional de DH em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, estabelecem que os Estados, em sua obrigação de garantir o direito à igualdade e à não-discriminação, devem “implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero”³⁵.

34 *Ibid.*, par. 65, tradução do autor.

35 Comissão Internacional de Juristas. *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero*, 2007, princípio 2, “f”, disponível

No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comitê sobre os Direitos da Criança, todos da ONU, expressaram preocupação com a discriminação contra LGBTI nas escolas e pediram que sejam tomadas medidas para combater atitudes homofóbicas e transfóbicas³⁶. A UNESCO, por sua vez, observa que muitas vezes é no pátio da escola que crianças consideradas diferentes do padrão são vítimas de provocação, e onde também elas sofrem a primeira violência, simplesmente por causa da aparência e de comportamentos que não se encaixam no que o senso comum entende por identidade de gênero heteronormativa³⁷. Isolamento e estigma geram problemas de depressão e outros problemas de saúde e contribuem para a evasão escolar e, em casos extremos, tentativas de suicídio ou até mesmo o próprio suicídio.

Em sentido convergente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os DH, em relatório dirigido ao Conselho de DH da ONU, observa que “o direito à educação inclui o direito de receber informação ampla, abrangente, precisa e adequada à idade sobre a sexualidade humana, de modo a assegurar que os jovens tenham acesso à informação de que necessitam para levar uma vida saudável e para lhes permitir tomar decisões de forma consciente e proteger-se e proteger os outros de infecções

em <https://yogyakartaprinciples.org>, acesso em 14/02/2018.

36 Cf., por exemplo, as Observações finais do Comitê de Direitos Humanos com relação ao México (CCPR/C/MEX/CO/5), par. 21; Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com relação à Polônia (E/C.12/POL/CO/5), pars. 12 e 13; e Comitê sobre os Direitos da Criança, Observação Geral n.º 3 (CRC/GC/2003/3), par. 8; e n.º 13 (CRC/C/GC/13), pars. 60 e 72; e Observações finais do Comitê com relação à Nova Zelândia (CRC/C/NZL/CO/3-4), par. 25; Eslováquia (CRC/C/SVK/CO/2), pars. 27 e 28; e Malásia (CRC/C/MYS/CO/1), par. 31.

37 UNESCO. *Education Sector Responses to Homophobic Bullying*, Paris, 2012, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002164/216493e.pdf>, acesso em 14/02/2018.

sexualmente transmissíveis³⁸. Do mesmo modo, o relator especial da ONU sobre o direito à educação observa que, para ser abrangente, “a educação sexual deve prestar especial atenção à diversidade, pois todos têm o direito de lidar com sua própria sexualidade sem serem discriminados em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero”³⁹.

Conclusão

O art. 12.4 da CADH - que trata do direito dos pais a que seus filhos recebam educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções – não deve ser interpretado isoladamente, mas sim como parte de um todo que é o sistema internacional de proteção a DH. Neste sistema, como ressalta a OC 24/17, “é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio, ou que, de forma inversa, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine no gozo de direitos que se reconhecem a quem não se considera incurso em tal situação”⁴⁰.

Objetivamente, na jurisprudência da Corte Europeia de DH, o direito parental previsto no art. 2º do Protocolo 1 da Convenção Europeia estará atendido sempre que o sistema de ensino garanta a coexistência de escolas públicas, privadas e confessionais, dotadas de relativa liberdade na adoção de métodos pedagógicos

e modos de difusão do conhecimento, pois neste caso os pais podem optar por uma escola que mais se aproxime da forma de pensamento que adotam. No que se refere ao sistema público de ensino, a obrigação correlata ao direito dos pais previsto na Convenção Europeia (e no art. 12.4 da CADH) volta-se à proibição da doutrinação e à exigência de que o conhecimento seja transmitido de forma objetiva, crítica e pluralista.

Conteúdos pedagógicos voltados à formação de cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com o fim de integrar as minorias e a evitar a formação de sociedades paralelas, religiosa ou ideologicamente motivadas, não devem, segundo a CEDH, ser considerados “doutrinação” vedada.

38 Conselho de Direitos Humanos da ONU. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/19/41*, 2011, par. 61.

39 ONU. *Report of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Education, A/65/162*, 2010, par. 23, tradução do autor.

40 Corte IDH, OC 24/17, citada, par. 61.

