VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL VICEPRESIDENTE

**RODRIGO MUDROVITSCH**[[1]](#footnote-2)

***UBATÉ Y BOGOTÁ VS COLOMBIA***

**SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2024**

**(*Fondo, Reparaciones y Costas*)**

# Introducción

1. En el caso *Ubaté y Bogotá vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH” o “Tribunal”) examinó la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención”, “Convención Americana” o “CADH”) y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (“CIDFP”) por la desaparición forzada del señor Jhon Ricardo *Ubaté* y la señora Gloria Mireya *Bogotá*, perpetrado por agentes del Estado durante una operación policial de la *Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Policía* (“UNASE”). Colombia (“Estado”) reconoció su responsabilidad por la desaparición forzada de las víctimas y por las violaciones del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías y a la protección judicial en relación con el señor Ubaté y la señora Bogotá[[2]](#footnote-3), así como por las violaciones del derecho a la integridad personal, a la protección de la familia, a los derechos de los niños y al derecho de circulación y residencia, a las garantías y a la protección judicial en relación con los hijos y familiares de las víctimas[[3]](#footnote-4).
2. Aunque Colombia ha reconocido parcialmente su responsabilidad internacional por lo sucedido, disiento puntualmente de la decisión adoptada por la mayoría de la Corte IDH por abstenerse de ordenar la revisión del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, que tipificó la desaparición forzada en Colombia, rechazando la solicitud de los representantes de declarar la violación del artículo 2° de la Convención Americana en relación con los artículos I.a), I.d), III y XI de la CIDFP[[4]](#footnote-5). En este punto crucial, emito mi voto disidente para enfatizar la importancia de adecuar el tipo penal a los términos establecidos por la jurisprudencia interamericana, la CIDFP y los demás tratados internacionales en la materia, así como para justificar la importancia de la correcta tipificación del delito como medida para evitar su repetición.
3. La reparación del daño es una herramienta fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”), respaldada por el artículo 63.1 de la Convención Americana, que permite implementar medidas que abarcan dos prismas: por un lado, ofrece una indemnización a las víctimas y sus familiares, con el fin de reparar el daño pasado; por otro, se compromete con el futuro al establecer medidas de no repetición, asegurando que la sociedad en su conjunto no vuelva a enfrentar violaciones de la misma naturaleza. Desde esta perspectiva, las medidas de rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, las obligaciones de investigar los hechos e identificar, enjuiciar y, en su caso, sancionar a los responsables, y la indemnización compensatoria ofrecen un amplio repertorio de posibilidades para que la Corte IDH asegure la reparación integral del daño causado a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad.
4. Si bien el acuerdo de reparaciones[[5]](#footnote-6) suscrito entre las partes y ratificado por la Corte IDH representa un notable ejemplo de cooperación entre el Estado y las víctimas en la reparación del daño causado, observo con preocupación la ausencia de medidas de no repetición que contribuyan a evitar que la falta de claridad en la tipificación del delito contenida en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000 se traduzca en nuevas violaciones a los derechos humanos. Así las cosas, el presente voto pretende ante todo examinar cómo el tipo legal de desaparición forzada vigente en el ordenamiento jurídico colombiano tiende a diluir el papel del Estado como autor de este delito para resaltar la importancia de la conformidad normativa del tipo penal como mecanismo profiláctico de no repetición, con el fin de prevenir violaciones a los derechos humanos y proveer instrumentos para que conductas de este tipo sean debidamente investigadas y sancionadas.
5. Así, el presente voto se estructurará en seis partes divididas en los siguientes subtemas, incluyendo esta introducción: **(II)** una breve exposición del marco fáctico del caso; **(III)** el escrutinio estricto de la convencionalidad de las normas penales y el cumplimiento de la prohibición de protección insuficiente; **(IV)** la reafirmación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada; **(V)** la discusión sobre la necesidad de adecuar el tipo penal de desaparición forzada como medida de reparación; y finalmente, mis **(VI)** consideraciones finales.

# El caso en juicio

1. El Sr. Jhon Ricardo Ubaté y la Sra. Gloria Bogotá eran antiguos miembros del *Ejército Popular de Liberación* (“EPL”) y, tras la desmovilización del grupo debido al Acuerdo de Paz de 1991, el Sr. Ubaté empezó a trabajar en la defensa de los derechos humanos, denunciando la violencia causada por los grupos paramilitares y ayudando a las víctimas[[6]](#footnote-7). Hacia las 11 de la mañana del 19 de mayo de 1995, el Sr. Jhon Ricardo Ubaté y la Sra. Gloria Bogotá se encontraban en las inmediaciones de la Clínica Tequendama, en Santiago de Cali, cuando fueron abordados por seis miembros de la UNASE, que les golpearon y les obligaron a subir a un coche[[7]](#footnote-8). Aunque la policía interceptó el vehículo después de recibir un aviso de los vecinos, el coche fue liberado tras informar de que se trataba de una operación de la UNASE. Desde entonces, no se sabe nada del paradero de las víctimas[[8]](#footnote-9).
2. Las investigaciones condujeron a la imputación de agentes de la UNASE y posibles colaboradores por los delitos de “*secuestro simple agravado”*, falso testimonio, prevaricato y falsedad ideológica[[9]](#footnote-10). Aunque existen indicios de que los agentes estatales crearon una falsa versión de lo sucedido para encubrir los hechos, el proceso resultó infructuoso y, el 30 de enero de 2004, el *Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali* pronunció sentencia absolviendo a los acusados[[10]](#footnote-11), decisión que quedó firme[[11]](#footnote-12).
3. Desde el inicio del proceso penal, la calificación penal de los hechos se convirtió en objeto de discusión. Según alegan los representantes, en un primer momento las víctimas solicitaron que el delito se reclasificara de *secuestro simple* a *secuestro agravado* por tener motivaciones políticas. Para la época del delito, la legislación colombiana contemplaba las modalidades simple[[12]](#footnote-13), extorsiva[[13]](#footnote-14) y agravada del tipo legal “secuestro”[[14]](#footnote-15).
4. Una vez tipificado el delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, los representantes de las víctimas solicitaron que se cambiara el tipo legal imputado (“*secuestro simple”)* por el delito de desaparición forzada debido al carácter permanente de los hechos cometidos contra las víctimas[[15]](#footnote-16). Sin embargo, tanto la primera solicitud en relación con la modalidad agravada como la solicitud de reclasificación del tipo legal de secuestro a desaparición forzada fueron rechazadas por el *Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali* con el argumento de que“*la desaparición forzada no era un tipo penal al momento de la 'detención' de la* víctima”[[16]](#footnote-17).
5. Paralelamente al proceso penal, los tres acusados, que eran miembros del cuerpo de policía, fueron sometidos a un procedimiento disciplinario, cuya sanción fue la destitución del cargo y la inhabilitación para ejercer cargos públicos durante cinco años. Sin embargo, las acciones disciplinarias se consideraron prescritas, a pesar de los numerosos intentos de los representantes de las víctimas por revocar la decisión[[17]](#footnote-18). En el ámbito contencioso administrativo, *el Tribunal Contencioso Administrativo de Descongestión de Cali* declaró la responsabilidad del Estado, a través del Ministerio de Defensa, por los crímenes contra las víctimas, y los familiares fueron indemnizados por daños morales[[18]](#footnote-19).
6. Las gestiones realizadas por los familiares y representantes de las víctimas ante la justicia colombiana estuvieron acompañadas de amenazas y hostilidad a lo largo de la búsqueda de verdad y justicia en relación con la desaparición forzada del Sr. Ubaté y la Sra. Bogotá. En la época, fueron objeto de vigilancia por parte de las fuerzas policiales, intentos de secuestro e incluso amenazas de muerte. La situación de riesgo creada por la incesante persecución llevó a la hermana del Sr. Ubaté y a su hijo a abandonar Colombia y buscar el exilio en Chile[[19]](#footnote-20).
7. Los hechos descritos anteriormente ilustran cómo la inadecuada tipificación de la conducta delictiva como "*secuestro*" y la falta de definición del delito de "desaparición forzada" en el momento de los hechos pusieron en peligro las investigaciones y dieron lugar a la absolución de los acusados. Cabe señalar que sólo cinco años después del atentado contra el señor Ubaté y la señora Bogotá, el delito de desaparición forzada fue introducido formalmente en el ordenamiento jurídico colombiano a través del mencionado artículo 165 de la *Ley 599 de 2000[[20]](#footnote-21) .* La redacción del delito de desaparición forzada quedó establecida en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 165** *Desaparición forzada*. El particular que ~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior

1. Un análisis detallado del tipo penal en cuestión revela varios elementos que merecen atención, en particular los sujetos activos designados por el legislador para este delito. De la redacción original de la disposición, es posible inferir que existían varias categorías de autores para el delito de desaparición forzada, a saber: el particular que pertenecía a un grupo armado al margen de la ley, el servidor público, o el particular que actuaba bajo la determinación o aquiescencia del servidor público. El legislador delimitó la figura del sujeto activo como "un particular perteneciente a un grupo armado al margen de la ley" en el título, al tiempo que añadió una referencia a “un servidor público o un particular que actúe con la determinación o aquiescencia de un servidor público” en el segundo inciso. La redacción original se mantuvo hasta 2002, cuando la Corte Constitucional colombiana examinó la constitucionalidad de la expresión "*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley"* en la sentencia C-317/02[[21]](#footnote-22).
2. El primer argumento utilizado por la Corte Constitucional colombiana fue que la amplia inclusión de los sujetos activos en el delito de desaparición forzada en la legislación nacional se derivaba de preceptos constitucionales, enlos términos del artículo 12 de la Carta Política colombiana, que establece que "*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*". De esta disposición se desprende que la Constitución no especificó un sujeto activo de la conducta, lo que significa que cualquier persona, ya sean agentes del Estado o particulares, puede cometer desaparición forzada. Según la Corte Constitucional colombiana, esta amplitud del sujeto activo se debía al contexto del país, en el que guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares también utilizaban esta práctica para vengarse de sus opositores[[22]](#footnote-23). Apoyada en este argumento, la Corte también alegó que la protección nacional pretendía ser más amplia que la prevista en los instrumentos internacionales porque no limitaba el sujeto activo del delito, “*resultando así la consagración constitucional más garantista que la legislación* internacional”[[23]](#footnote-24).
3. El segundo argumento de los magistrados se apoyó en el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política de Colombia, ya que el trato diferente entre particulares podía dar lugar a penas más benignas para quienes no encajaran en las situaciones previstas inicialmente en el artículo 165 de la *Ley 599 de 2000[[24]](#footnote-25).* En este sentido, la sentencia estableció que los agentes del Estado y los particulares, independientemente de su calificación, podían ser considerados responsables del delito de desaparición forzada con el fin de evitar disparidades entre las penas aplicadas.
4. Así, la Corte Constitucional colombiana afirmó que la expresión “*pertenecer a un grupo armado al margen de la ley*” era inconstitucional porque reducía la protección del artículo 12 de la Carta Política del país[[25]](#footnote-26). La Corte sostuvo que esta restricción excluiría a otros posibles autores del delito, como los particulares que no pertenecieran a ningún grupo, los particulares que pertenecieran a grupos no armados y los particulares que fueran miembros de grupos permitidos por la ley[[26]](#footnote-27).
5. Además, ante la Corte IDH, el Estado colombiano argumentó que el Código Penal interno prevé circunstancias agravantes cuando el delito es cometido por “*quien ejerza autoridad o* jurisdicción”[[27]](#footnote-28), tal como lo establece el párrafo 1° del artículo 166 de *la Ley 599 de 2000[[28]](#footnote-29).* Cabe recordar que el sujeto activo establecido por la CIDFP, por regla general, es el agente estatal o particular que actúa bajo el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano, las definiciones que precisan el sujeto activo no son uniformes. Es preocupante observar que a veces la definición es muy restrictiva, como en el caso del artículo 165, que utiliza el término **“servidor público”** en lugar de agente estatal, y otras veces es muy amplia, como en el caso del artículo 166 de la ley, que incluye los conceptos genéricos de **autoridad o jurisdicción**. En los tres casos, sería necesario realizar un ejercicio hermenéutico para comprender qué tipos de servidores públicos, autoridades o jurisdicciones podrían incluirse dentro de las hipótesis del sujeto activo del delito de desaparición forzada.
6. El texto actual de la tipificación del delito de desaparición forzada en Colombia, aunque no fue abordado en el Acuerdo de Reparaciones firmado entre el Estado y las víctimas[[29]](#footnote-30), fue discutido durante la audiencia pública de este caso[[30]](#footnote-31) y en los alegatos finales escritos de las partes. Durante su testimonio ante la Corte IDH, Sandra del Pilar Ubaté enfatizó la necesidad de revisar el Código Penal colombiano para asegurar que la responsabilidad del Estado no se diluyera en el texto legislativo, ni se minimizara la gravedad de los crímenes cometidos por agentes estatales[[31]](#footnote-32). Los representantes de las víctimas reiteraron que los Estados no pueden invocar el derecho interno, alegando supuestamente un mayor alcance protector del Código Penal, para eludir sus obligaciones internacionales. Además, afirmaron que los delitos de *secuestro, reclutamiento forzado* e incluso la creación de dos tipos penales distintos (desaparición forzada y desaparición por particulares) podrían responder a las preocupaciones de la Corte Constitucional colombiana sobre la sanción de actos realizados por particulares sin vínculo estatal[[32]](#footnote-33).
7. Los representantes de las víctimas expusieron tres argumentos centrales para reforzar la no inclusión de particulares en la lista de autores activos del delito de desaparición forzada, que considero pertinente reforzar en este voto. En primer lugar, afirmaron que uno de los principales aspectos de la definición de desaparición forzada está relacionado con el *derecho a la memoria*, debido a la relevancia axiológica intrínseca de esta terminología, que originalmente se refiere a crímenes de Estado. A continuación, hicieron hincapié en que la dilución del papel del Estado en el texto legal también conduce a *estadísticas inexactas* sobre la ocurrencia de desapariciones forzadas. Finalmente, en palabras de los representantes de las víctimas, "*hay una importancia con relación a las estrategias investigativas que debe emplear un Estado al investigar* ***crímenes del sistema****. La desaparición forzada no es un delito cualquiera, es un crimen que normalmente compete a las empresas criminales del interior del propio Estado por eso las estrategias investigativas son diferentes*"[[33]](#footnote-34).
8. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[[34]](#footnote-35), por su parte*,* afirmó que “*en opinión de la Comisión- conlleva reconocer que, por una parte, se ha extendido la definición de desaparición forzada a particulares que actúen sin colaboración estatal en la hipótesis del artículo 5 de dicho tratado*”[[35]](#footnote-36). En el mismo sentido, el Estado reafirmó que el ordenamiento jurídico interno era más “garantista” que la protección convencional[[36]](#footnote-37). Sin embargo, los representantes de las víctimas refutaron estos argumentos, afirmando que la extensión de la norma no implica necesariamente un aumento de la protección otorgada a los desaparecidos y sus familiares. La introducción de particulares sin vínculos estatales con el crimen permite atribuir las desapariciones forzadas a guerrilleros (incluso desmovilizados) como táctica de intimidación estatal[[37]](#footnote-38). Calificar erróneamente la autoría del crimen debilita el papel del Estado como sujeto activo y contradice los preceptos del artículo 2° de la CIDFP[[38]](#footnote-39).
9. Después de examinar estos elementos de la calificación adoptada en Colombia, es importante señalar que el análisis de la adecuación normativa, que se abordará en los temas siguientes, se justifica además por el hecho de que el magistrado que conoció el caso de la desaparición del señor Ubaté se negó a modificar la calificación jurídica de los hechos a la luz de la legislación vigente, que ya contemplaba el tipo penal mencionado.
10. Por lo tanto, el disenso desarrollado en este voto busca la readecuación del tipo legal colombiano observando tres elementos centrales, que se detallarán a continuación: (**i**) el escrutinio estricto de la convencionalidad de las normas penales, a través de la máxima de proporcionalidad; (**ii**) la prohibición de protección insuficiente; y (**iii**) el cumplimiento del mandato de la CIDFP de tipificar el tipo penal.

# El escrutinio estricto de convencionalidad de las normas penales y prohibición de protección insuficiente

1. La decisión de la mayoría de abstenerse de realizar el control de convencionalidad del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, en mi opinión, es inadecuada. Aunque la sentencia declaró una violación del artículo 2 debido a la negativa de los tribunales colombianos a reclasificar el delito de “*secuestro simple*” como “desaparición forzada” –lo que equivale a una **falla del Estado** en aplicar una norma existente en su propio ordenamiento jurídico– el Tribunal no examinó si la clasificación de la desaparición forzada, en sí misma, era compatible con la Convención.
2. Los argumentos presentados a continuación guiarán el razonamiento expuesto a lo largo del voto a partir de dos perspectivas principales: la primera se refiere a la necesidad de un escrutinio estricto de la convencionalidad de las normas penales, tanto para prevenir abusos como para evitar vacíos de protección; y, la segunda, para asegurar el cumplimiento del mandato de tipificación establecido por la CIDFP, del cual Colombia es parte.
3. Como hemos visto, el caso *sub judice* enfrentó a la Corte IDH con el lamentable escenario de violaciones a los derechos humanos como consecuencia de dos desapariciones forzadas, cuya impunidad se prolonga por incontables años, ambos crímenes dentro de un contexto de violaciones contra defensores de derechos humanos. Esta sentencia se suma al repertorio jurisprudencial conformado por innumerables decisiones sobre el mismo tema en condiciones similares, configurando un patrón sistemático de actuación estatal que requiere una respuesta internacional más asertiva dirigida a garantizar medidas de no repetición que no se limiten a las víctimas de este caso, sino que beneficien a la sociedad en su conjunto.
4. La aplicación de esta norma convencional no se basa, sin embargo, en la protección o sanción irrestricta de todos y cada uno de los obstáculos al ejercicio de los derechos humanos. Es aceptable que los Estados tengan cierta discrecionalidad para adoptar medidas internas a la luz de los parámetros jurisprudenciales y normativos interamericanos. Sobre este tema, sin embargo, es importante destacar que la discrecionalidad reservada a los Estados para ajustarse a las normas internas no debe convertirse en una protección insuficiente o deficiente, ya que los Estados deben salvaguardar la dignidad humana no sólo absteniéndose de violar los derechos humanos, sino también comprometiéndose a protegerlos adecuadamente.
5. La mera existencia *formal* de una infracción penal correspondiente a una determinada conducta que constituye una violación de los derechos humanos puede no ser suficiente para establecer que el Estado ha cumplido con su deber de protección. Debe añadirse a la ecuación un análisis *material* del tipo. Entre los diversos elementos que deben observarse se encuentra la descripción precisa de la conducta delictiva, con el fin de evitar ambigüedades, juicios arbitrarios e incertidumbres sobre la correcta tipificación del delito[[39]](#footnote-40), que debe ajustarse a los parámetros internacionales.
6. Como expliqué en una ocasión reciente, el Derecho penal regula las transgresiones jurídicas socialmente más lesivas y que exigen la categoría más severa de respuesta por parte del Estado, la pena. Esta singularidad cualitativa del ámbito penal -derivada de la existencia de la pena como consecuencia jurídica- repercute directamente en las técnicas jurídicas de control por parte de las autoridades encargadas de verificar y validar la conformidad de la norma con el orden constitucional o convencional[[40]](#footnote-41). De hecho, las normas penales deben ser sometidas a un escrutinio estricto de su **convencionalidad** porque son la *ultima ratio* entre los mecanismos represivos de que dispone el Estado. La singularidad de la consecuencia jurídica impone, por otra parte, un escrutinio más riguroso de las condiciones previas de la consecuencia.
7. Reconocer la necesidad de un escrutinio estricto de la normatividad penal -es decir, de los elementos del tipo penal- no debe confundirse, sin embargo, con una exigencia de contención irreflexiva del poder punitivo, sino que significa que el principio de proporcionalidad debe ocupar obviamente un lugar central en este análisis, ponderando, por un lado, la naturaleza específica de los derechos potencialmente afectados por la persecución penal, la protección de bienes jurídicos esenciales para las personas y la sociedad y, por otro, el riesgo que supone para la libertad del ciudadano que puede ser sometido a la pena.
8. Así pues, tal propuesta de escrutinio estricto debe abarcar los dos aspectos de la proporcionalidad: la prohibición del exceso y la prohibición de la protección insuficiente. Examinar sólo uno de ellos es no apreciar la relación entre el derecho penal y los derechos humanos en su totalidad. Además, no se puede hablar de exceso o insuficiencia del derecho penal *tout court*, ya que estas directrices dependen siempre de los estándares internacionales de derechos humanos. Así, los principios de legalidad e irretroactividad penal, por ejemplo, descartan posibles casos de exceso punitivo, mientras que el deber de protección establece las circunstancias en las que el legislador debe establecer la respuesta penal adecuada a conductas especialmente lesivas para los derechos humanos.
9. En el reciente voto conjunto en el caso *Huilcaman Pailama vs. Chile*, por ejemplo, tuvimos la oportunidad de abordar los límites de este escrutinio estricto de la convencionalidad de la norma penal desde la perspectiva de la prohibición del exceso, ante el examen de tipos penales excesivamente amplios que favorecían la persecución arbitraria y discriminatoria de las víctimas. Este caso revela el otro aspecto del principio de proporcionalidad aplicado en materia penal, al llevar ante la Corte IDH la discusión sobre los riesgos que la deficiente proposición normativa de los crímenes de lesa humanidad puede acarrear para los derechos humanos.
10. De este modo, la acción legislativa del Estado debe superar la lógica de un garantismo meramente negativo y considerar plenamente los dos aspectos del principio de proporcionalidad en sentido amplio: la prohibición al exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de la protección insuficiente (*Untermaßverbot*)[[41]](#footnote-42). Ambas establecen límites legales para que el Estado evite abusos en dos extremos igualmente peligrosos para los derechos humanos: la exageración y el déficit.
11. La prohibición al exceso se incumple cuando una determinada medida estatal viola -de manera inadecuada, innecesaria o desproporcionada en sentido estricto- la obligación de los Estados de respetar los derechos. En tales casos, el Estado actúa "más allá" de los límites de la proporcionalidad al perseguir exageradamente determinados fines en detrimento de su deber de cumplir directamente las normas convencionales establecidas. La prohibición al exceso se manifiesta, pues, a través de la invalidación de normas, decisiones o prácticas ilegítimas, inadecuadas, innecesarias o irrazonables que entran "excesivamente" -y, por tanto, desproporcionadamente- en conflicto con el derecho de un individuo a un comportamiento negativo o positivo por parte del Estado. El juicio de proporcionalidad de un acto determinado se examina analizando la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.
12. La prohibición de la protección insuficiente se incumple cuando se produce una omisión del Estado (total o parcial) que vulnera -de forma desproporcionada- la obligación de los Estados de garantizar los derechos. En tales circunstancias, el Estado omite actuar de un modo que “no alcanza” lo que sería proporcionado hacer, al no actuar de un modo adecuado, necesario y proporcionado en sentido estricto para garantizar que no se vulneren los derechos de las personas. Esta prohibición del déficit se refiere, en este sentido, a las omisiones del Estado a la hora de garantizar los “derechos de protección” de la persona humana, a saber, el derecho “a ser protegido por el Estado frente a la injerencia de terceros” que puedan violar sus derechos[[42]](#footnote-43). Si la prohibición al exceso implica que el Estado sobrepasó en la persecución de un fin legítimo -violando directamente un determinado derecho más allá de lo que es adecuado, necesario y razonable-, la prohibición del déficit o insuficiencia significa que el Estado no ha ido lo suficientemente lejos en la protección de un derecho -proporcionando medidas que se quedan cortas con respecto a lo que sería adecuado, necesario y razonable para prevenir las violaciones de ese derecho.
13. Para ello, el Estado debe estar suficientemente comprometido con la protección de los derechos humanos, lo que se materializa sobre todo en la adaptación del Derecho interno a las exigencias de la Convención y de otros tratados. Según Canaris, la prohibición de la protección insuficiente (*Untermaßverbot*) no es más que la garantía de que los derechos se protegen de la forma adecuada y necesaria a la luz de los *estándares* mínimos deprotección, rechazando cualquier restricción, cambio injustificado o inferior a las garantías mínimas que ofrecen estos parámetros[[43]](#footnote-44).
14. Esta posición también concuerda con el voto que proferí en el caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia* (2023) en los siguientes términos:

Esta última, bajo la influencia de la dogmática constitucional alemana, parte de la premisa de que los derechos fundamentales manifiestan una dimensión subjetiva, en la que destaca el aspecto de la libertad del ciudadano frente al Estado, y una dimensión objetiva, anclada en el entendimiento de que tales normas encarnan estándares y valores indisponibles para el Estado. La primera, conocida desde el constitucionalismo liberal, se basa en una pretensión de abstención a favor del individuo, defendiéndolo de intervenciones que adoptan la forma de acciones. La segunda, en cambio, orienta la actuación de todos los poderes públicos y proporciona las herramientas necesarias para que, en determinadas situaciones, sea posible **afirmar que existe un déficit de actuación estatal en la protección de un derecho (con independencia de que exista un titular subjetivamente identificable); con ello, se presta también a apoyar la adopción de medidas positivas, resultantes del cumplimiento del mandamiento de la prohibición de protección insuficiente**. La dimensión objetiva -en su multifuncionalidad- refleja también el reconocimiento de que los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por omisión, al tiempo que proporciona los medios para combatirla (énfasis añadido)[[44]](#footnote-45).

1. Es importante destacar que la existencia autónoma del principio de prohibición de la protección insuficiente pone de manifiesto que no sólo es necesario cumplir con el deber de protección *per se,* sino también otorgar un determinado *nivel de* protección establecido por los requisitos mínimos previstos en los tratados y en la jurisprudencia internacional[[45]](#footnote-46). En otras palabras, el control de convencionalidad basado en la prohibición de protección insuficiente no puede llevarse a cabo mediante la mera apreciación de la existencia o inexistencia de una medida estatal dirigida a proteger determinados derechos. Hacerlo sería un examen meramente protocolario de la convencionalidad. La efectividad de estos derechos se verifica precisamente cuando la existencia de una determinada medida proporciona un instrumento de protección materialmente *suficiente*.
2. El nivel de exigencia impuesto por el principio de prohibición de la protección deficiente *-ya sea para prevenir tipos legales genéricos, como el presente caso, o para evitar penas que no alcanzan la gravedad del delito* - debe medirse en función del potencial lesivo de la violación de los derechos humanos de que se trate. Situar el nivel de suficiencia de la protección de un determinado derecho depende, por tanto, de un examen cuidadoso de la naturaleza y el contexto de las violaciones que deben combatirse.
3. Esta consideración es especialmente relevante en la intersección entre los ámbitos del derecho penal y del derecho internacional de los derechos humanos, donde a menudo se producen algunas de las violaciones más graves de los derechos humanos. Al menos desde el final de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional ha convenido en que la impunidad de los crímenes contra la humanidad puede constituir una indeseable invitación a la reincidencia y una grave afrenta al derecho de las víctimas a acceder a la justicia. Este postulado exige una especial atención al principio de prohibición de protección insuficiente cuando se trata de infracciones penales de esta naturaleza.
4. Este es el caso de la desaparición forzada, cuya prohibición trasciende la idiosincrasia de los ordenamientos jurídicos locales y adquiere el carácter de *ius cogens*, es decir, de imprescriptibilidad imperativa nacida de la propia conciencia jurídica universal, de auténtica *mala in se*. Esta peculiar configuración del delito obliga al legislador y a los órganos de control a atenerse estrictamente a los parámetros y elementos esenciales que guían su persecución y represión penal.
5. Esto no significa en modo alguno erosionar las garantías penales y judiciales básicas del individuo para hacer posible el castigo. La salvaguarda intransigente de los derechos de los acusados no implica desacuerdo alguno con el *escrutinio estricto* que debe darse al examen de los tipos de crímenes contra la humanidad.
6. Así, cualquier control de convencionalidad basado en la proporcionalidad, concretamente en la prohibición de la insuficiencia, debe considerar la forma específica en que se produce la violación que debe combatir el Estado. Tal análisis sólo es posible mediante una adecuada consideración de los autores de tales violaciones, de la situación específica de las víctimas, así como de los instrumentos de que dispone el Estado para su protección.
7. En cuanto a los autores, es importante subrayar que el deber del Estado de proteger suficientemente los derechos humanos contra injerencias indebidas de "terceros" debe entenderse en sentido amplio en relación con el autor. No se trata sólo de proporcionar protección suficiente a las víctimas frente a actos de agresión perpetrados por terceros. Garantizar una protección suficiente de los derechos humanos es, por tanto, una obligación del Estado, independientemente de la naturaleza específica del autor, ya sea un agente estatal o un particular.
8. Sin embargo, hay casos en los que garantizar la protección a un nivel suficiente requiere medidas centradas en los actos de agentes específicos. En otras palabras, una protección *dispersa* de los derechos, frente a autores distintos o indeterminados, puede constituir una medida insuficiente según la materia que se examine, porque la cualidad del autor (el sujeto activo) puede suponer un aumento correlativo del contenido antijurídico de la propia conducta, en la medida en que una clase de personas asume una relación especial con el bien jurídico protegido por la norma. Son lo que la dogmática jurídico-penal denomina delitos especiales, específicos o propios (la denominación cambia según los países). Si no se presta la debida atención a los agentes concretos capaces de causar una determinada infracción, no se protege suficientemente a las víctimas que potencialmente sufren como consecuencia de la actuación de esos agentes. Por lo tanto, al examinar la suficiencia de una determinada medida de protección estatal o una posible omisión en este sentido, debe prestarse atención a las fuentes reales de la violación. Como se demostrará, este es el caso de las violaciones derivadas de la desaparición forzada, en las que la protección suficiente significa protección específicamente contra actos de agentes estatales o de personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o consentimiento.
9. En relación con las víctimas, la adecuación de los estándares a los parámetros internacionales debe ser más rigurosa cuando la violación está impregnada de reincidencia en el contexto histórico que la generó o, de forma transversal, cuando existen violaciones múltiples o interseccionales de los derechos humanos. Examinar la suficiencia de la protección proporcionada por el Estado presupone considerar el impacto de la falta de protección sobre el proyecto de vida de los afectados, especialmente de aquellos que pertenecen a grupos especialmente vulnerables[[46]](#footnote-47). Las leyes nacionales, cuando posibilitan tales violaciones, aunque nominalmente interioricen los supuestos convencionales, deben tener en cuenta el contexto de la violación analizada, es decir, la suficiencia de las medidas de protección de los derechos tanto en abstracto como en concreto. En palabras del fallecido juez Cançado Trindade, siempre que sea necesario, debe procederse a la “*revisión o revocación de leyes nacionales – particularmente las de excepción – que no se conformen con sus estándares de protección*"[[47]](#footnote-48).
10. En ocasiones, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos, corresponde a los Estados reforzar la importancia de prohibir determinadas conductas, especialmente aquellas que atentan gravemente contra la dignidad humana. Partiendo de esta premisa, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece, como regla general, en su artículo 1.d), que los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean necesarias para dar cumplimiento a los compromisos allí asumidos.
11. Más concretamente, el PIDCP, al reafirmar en su preámbulo que la práctica sistemática de la desaparición constituye un crimen de lesa humanidad, estipula en su artículo III que los Estados Parte deben comprometerse a adoptar medidas legislativas para tipificar como **delito** ladesaparición forzada de personas[[48]](#footnote-49).
12. La disposición refleja la percepción expresada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de que, aunque la legislación nacional ya preveía la criminalización de actos que implicaban la desaparición forzada de personas, la Corte IDH exige que los Estados Parte adopten parámetros penales separados y específicos para definir la desaparición forzada[[49]](#footnote-50). Así, tanto su preámbulo como su artículo III determinaron la necesidad de que el delito de desaparición forzada fuera tipificado dentro de los parámetros exactos adoptados por la Convención.
13. Se trata, por tanto, de un verdadero mandato expreso para criminalizar estas conductas. Esta determinación de producir una ley penal interna simboliza la confianza en los sistemas nacionales de justicia penal como espacios de protección de derechos, y la CIDFP crea un *deber* para los Estados Parte -aunque reserva la observancia de los procedimientos constitucionales de cada país- de legislar sobre la base de los parámetros mínimos allí indicados. El Estado Parte, por tanto, no está autorizado a desarrollar una actividad legislativa autónoma en cuanto a la fijación de fines o señalamiento de medios[[50]](#footnote-51), pues éstos ya han sido determinados por la CIDFP.
14. De esta manera, el marco normativo ofrecido por la CIDFP, junto con la vasta jurisprudencia interamericana en la materia, opera en la práctica como un criterio orientador que debe guiar el estricto escrutinio de convencionalidad de la norma penal que tipifica la desaparición forzada, ofreciendo el instrumento jurídico necesario para superar cualquier vacío punitivo y evitar la impunidad, así como la guía para el examen de conformidad de las normas internas por parte de los jueces nacionales e internacionales.
15. Si bien aún existe cierto margen de creatividad para los legisladores nacionales en el cumplimiento de esta obligación, ya que el mandato de tipificación expresado en el CIDFP no enuncia todos los requisitos para la elaboración de un tipo penal, el estatuto internacional establece algunos elementos extrínsecos e intrínsecos del tipo cuya incorporación al ordenamiento jurídico es indispensable para que la obligación se considere satisfactoria y debidamente cumplida.
16. Entre los elementos extrínsecos se encuentran las obligaciones de (i) tipificar la desaparición forzada de personas; (ii) imponer una pena proporcional a la gravedad del delito; y (iii) que el delito se considere permanente o duradero. De estos, sólo el segundo requisito confiere cierta discrecionalidad al legislador, que puede fijar el quantum de la pena que considere adecuado, siempre que tenga en cuenta la gravedad del delito de desaparición forzada de personas.
17. Los otros dos requisitos, sin embargo, no dejan margen de maniobra al legislador nacional. El delito debe ser obligatoriamente permanente y su prescripción legal debe cumplir con todos los elementos intrínsecos del tipo contenido en la CIDFP, en los términos de su artículo II: "la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". Se observa así que la inclusión del delito de desaparición forzada es una obligación del Estado, lo cual ya desde la sentencia en el caso *Gómez Palomino vs. Perú[[51]](#footnote-52)* ha sido entendido así por esta Corte*.*
18. Existe también otro argumento relevante en la discusión, relacionado con el aspecto político-criminal de la correcta tipificación del delito de desaparición forzada. La existencia del delito autónomo de desaparición forzada ayuda -y a veces es el instrumento que permite- la correcta gestión de la administración de justicia en estos casos, permitiendo, por ejemplo, la extracción de estadísticas claras sobre la ocurrencia de este delito y la identificación de investigaciones que requieren métodos y estrategias diferentes.
19. Estos aspectos fueron señalados por el Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas ("CDF") en sus observaciones presentadas en respuesta al informe presentado por el Estado de Colombia al Comité. Cabe mencionar que el CDF también considera, en línea con la conclusión adoptada en la Sección II.a de este voto, que “*incluir a actores no estatales en la definición del delito de desaparición forzada diluye la responsabilidad del Estado y que la definición amplia de desaparición forzada del artículo 165 del Código Penal podría tener consecuencias en otros planos*”[[52]](#footnote-53).En otra ocasión más reciente, el CDF recomendó expresamente la revisión del artículo 165 del Código Penal colombiano para “asegurar su plena concordancia con el artículo 2 de la Convención [CIDFP]”[[53]](#footnote-54).
20. Al mismo tiempo, el precepto secundario del delito también está sujeto a la prohibición de protección insuficiente. En el caso del delito de desaparición forzada, aunque no existe una pauta cuantitativa *como se ha explicado anteriormente*, la CIDFP exige que el *quantum de* la pena por el delito sea proporcional a su gravedad. En este caso, el mandato expreso de tipificación de la Convención ya prohíbe la protección insuficiente, por lo que los legisladores nacionales tienen prohibido imponer penas en abstracto inferior a las que serían proporcionales al delito, teniendo en cuenta los parámetros internacionales.
21. Se puede observar que las leyes nacionales que se apartan de los parámetros mínimos determinados por el CIDFP no cumplen plenamente con el mandato expreso de criminalización contenido en el mismo y son insuficientes para alcanzar los objetivos de la Convención, por lo que deben ser declaradas inconstitucionales.
22. A la vista de lo anterior, el caso concreto también exige un escrutinio estricto de la convencionalidad desde la perspectiva de la prohibición de protección insuficiente. Este principio es una faceta esencial del postulado de proporcionalidad para valorar los comportamientos positivos adoptados o no por los Estados para garantizar los compromisos que han asumido internacionalmente. La mera promulgación formal de cualquier prohibición no cumple por sí misma este requisito sustantivo. El artículo 1.d) de la CIDFP y, más ampliamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 2 de la Convención, introducen un imperativo de protección para los Estados que han ratificado el tratado en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno[[54]](#footnote-55). Esta obligación establece que los órganos internos y las autoridades estatales deben controlar la convencionalidad de sus normas y prácticas, ya sea para insertar los preceptos fundamentales o para suprimir y ajustar las normas internas que estén en contradicción con la Convención. Este comportamiento debe observar tanto los parámetros internacionales mínimos de protección de los derechos humanos como la perspectiva axiológica obtenida de una lectura sistemática del marco jurídico de los derechos humanos, como se demostrará a continuación.

# La adecuación del delito de desaparición forzada a las normas internacionales

1. Esta sección estará dedicada a analizar las razones por las cuales considero que la tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico colombiano no se ajusta plenamente a los estándares internacionales y, por lo tanto, debe ser objeto de una reforma legal acorde con los estándares normativos internacionales y la historia de la jurisprudencia interamericana. La sección se dividirá en tres partes: **(a)** en la primera, visitaré los trabajos preparatorios de la CIDFP para revisar las razones históricas que llevaron al establecimiento de un régimen jurídico para la represión de la desaparición forzada centrado en la actuación de agentes estatales; **(b)** en la segunda parte, me detendré en los elementos que configuran este delito, con énfasis en la participación de agentes estatales; **(c)** en la tercera, haré un recorrido por la jurisprudencia interamericana sobre el control de convencionalidad de los tipos penales de desaparición forzada.

## Origen y contexto histórico del CIDFP

1. Con el auge de los regímenes autoritarios en América Latina en la segunda mitad del siglo XX, la práctica de las desapariciones forzadas se asimiló como una política de Estado, orientada a reprimir a los opositores, sembrar el miedo y eliminar la disidencia. Este contexto particular del Cono Sur hizo que los primeros esbozos de regímenes jurídicos para combatir las desapariciones forzadas también tuvieran su origen en el continente.
2. Amparados por esta memoria, la posición de los agentes estatales en la caracterización de la desaparición forzada ha sido objeto de atención desde los debates que tuvieron lugar en las primeras iniciativas de la comunidad internacional para hacer frente a la represión y prevención de este delito. La primera iniciativa fue liderada por organizaciones de la sociedad civil latinoamericana y culminó con la adopción de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992)[[55]](#footnote-56). Dos años más tarde, la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (1994) inauguró el régimen jurídico de carácter imperativo, cuyos efectos se irradian a todo el continente americano. La protección universal, aunque tardía, se confirmó casi diez años después con la adopción de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006), aunque el *Comité de* *Derechos* Humanos (*Human Rights Comittee*), ya había concedido protección individual a varios casos presentados a través de comunicaciones individuales, en virtud del artículo 5° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[[56]](#footnote-57).
3. La CIDH fue la primera organización internacional que se pronunció y denunció las desapariciones y torturas sistemáticas *cometidas* por agentes gubernamentales en la región latinoamericana. A partir de 1974, la CIDH puso en conocimiento de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ("OEA") los hechos relacionados con la práctica de la desaparición forzada. En su informe de 1977, destacó la naturaleza brutal e inhumana de este delito.

Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. **Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados “desaparecidos”. Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención**. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos (énfasis añadido).[[57]](#footnote-58)

1. En 1987, la Asamblea General de la OEA adoptó la Resolución AG/RES 890 (XVII-0/87)[[58]](#footnote-59), destacando la gravedad de la desaparición forzada y sugiriendo la necesidad de un tratado interamericano específico sobre el tema.

Several military dictators have used this method in recent years, especially starting in the seventies, although it is important to stress that disappearances have occurred even under some legitimate governments. (…) In those reports, the Commission has expressed its view on this very serious violation of human rights. Thus, it has pointed out that in many cases in the various countries the government systematically denies the detention of persons, despite convincing proof from complainants to support their allegations that such persons have been deprived of their liberty by police or military authorities, and in some cases, that these persons are or have been held at particular detention facilities.

(…) The Commission will not propose at this time the text of a draft convention on this important topic. It considers that before submitting a detailed draft of articles, the governments of the member States should make known their political will in order to promote this initiative. For these reasons, the Commission will confine itself at this time to submitting some very general concepts on the topics and subjects that should be included in the planned convention if the General Assembly should decide, as the Commission hopes, to endorse that initiative. In the Commission’s opinion, the convention should stress, either in its preamble or in its first article, that its purpose is to prevent and punish the practice of forced disappearances. **The Convention, which must necessarily include the concept of forced disappearance, should describe that practice.** In this regard, it should be recalled that the Commission, in previous reports and resolutions, has had occasion to go more deeply into the status of disappeared detainees, and has described them as persons who have been apprehended by armed personnel (sometimes uniformed, who usually have stated that they belonged to some kind of public authority), in significant and coincident operations both in the manner of deployment and in the form of execution, and that after detention, those persons have disappeared, without any report whatever of their whereabouts**. In other words, forced or involuntary disappearance can be defined as the detention of a person by agents of the State or with the acquiescence of the State, without the order of a competent authority, where the detention is denied, without there being any information available on the destination or whereabouts of the detainee** (énfasis añadido).

1. En 1988, mediante la Resolución AG/RES No. 950 (XVIII-0/88)[[59]](#footnote-60), la Asamblea General de la OEA propuso un primer borrador de lo que se convertiría en la CIDFP, teniendo en cuenta los documentos de las Naciones Unidas ("ONU") y los debates jurídicos sobre la desaparición forzada. El borrador también se vio influenciado por la histórica decisión de la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), en la que la Corte confirmó la gravedad de la práctica y la necesidad de un enfoque integral para abordarla. Finalmente, en 1994, durante su 24ª Sesión Ordinaria en Belém do Pará, Brasil, la Asamblea General de la OEA adoptó la Resolución AG/RES 1256 (XXIV-O/94), que culminó con la aprobación de la convención.
2. Por lo tanto, la CIDFP nació de la urgencia de responder a uno de los métodos más atroces de represión estatal utilizados en América Latina a finales del siglo XX, estableciendo un marco jurídico fundamental para la protección de los derechos humanos en la región. Representó un compromiso colectivo de los Estados miembros de la OEA para garantizar que los delitos de desaparición forzada se abordaran adecuadamente, proporcionando justicia y reparación a las víctimas y previniendo futuras violaciones.
3. Como se explorará con más detalle en las siguientes secciones de este voto, se puede observar que, desde el inicio de la CIDFP, la definición de desaparición forzada fue concebida y diseñada desde y alrededor de la figura del Estado, motivada por el contexto de América Latina en ese momento. Los siguientes extractos muestran cómo la Asamblea General de la OEA, desde el principio, hizo del Estado el agente activo de este delito.

**Resolución AG/RES nº 890 (XVII-0/87)**

(…) For there to be a forced disappearance of a person, there must first have beenanarbitrary arrest. The arrest of the person, although usually done in secret, **is carried out by government agents, either uniformed or in civilian clothing, who are members of police organizations or the armed forces, or paramilitary forces acting under the operational control of the police or armed forces.** This is important because such disappearances do not include kidnapping of a person by common criminals, for example, for ransom. **In some cases, the perpetrators are members of paramilitary or parapolice groups. The seriousness of this type of crime is that the perpetrators enjoy immunity, because they have the tolerance or the protection of government agencies. In these cases, the perpetrators act, for all legal purposes, as agents of the State, in view of the acquiescence of the government**.

(…) The foregoing shows that the basic characteristic of forced disappearance of person is that each individual case is part of a deliberate and conscious policy **adopted by the government at some level of authority** having the capacity not only to give this kind of order and have it carried out, but also to ensure the impunity of those who are to implement it. The definition must not, therefore, include isolated cases where the whereabouts of a detainee is unknown, particularly if it can be shown that **the government involved** has made efforts to investigate the case and inform family members of it and punish officials responsible for the situation.

**Resolución AG/RES nº 950 (XVIII-0/88)**

**Article 2 defines forced disappearance on the basis of the criterion generally accepted by the bodies that have been concerned with describing the phenomenon**. In the opinion of the Commission, as pointed out in its earlier report, for there to be a forced disappearance, there must first have been an abduction or an arbitrary arrest. The abduction or the arrest of the person, although usually done in secret, **is carried out by government agents, either uniformed or in civilian clothing, who are members of police organizations or the armed forces, or by paramilitary forces acting under the operational control of the police or armed forces**. This is important because such disappearances do not include kidnapping of a person by common criminals, for example, for ransom. **In some cases, the perpetrators are members of the paramilitary or parapolice groups. The seriousness of this type of crime is that the perpetrators enjoy immunity since they are tolerated by government agencies. In these cases, for all legal purposes, the perpetrators are acting as agents of the state, in view of its consent or acquiescence**. The other essential element necessary to describe this phenomenon is that once the abduction or detention has occurred and a reasonable amount of time has elapsed, the government authorities provide no information which allows a determination of the whereabouts or fate of the abducted or arrested person.

It should be noted that that provision of forced disappearances when they stem from a deliberate, systematic policy adopted by the government of a state and affect a considerable number of people, Article 25 proposes that under such circumstances that practice should be considered an urgent problem of general interest to the American states, which may lead to the convocation of a Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs. It should be noted that that provision does not refer to individual cases of forced disappearance–which are covered by the three preceding articles–but to a general situation characterized by the following: a) the existence of a policy, that is, a deliberate and systematic decision, which also implies application of a method previously agreed on; **b) adoption of that decision by the highest authorities of the State so that the resulting actions may be imputed to the State;** and c) the existence of a significant number of victims of the practice, which excludes isolated cases of disappearance, although those cases may meet the other requirements (el subrayado es nuestro).

1. A partir de ese momento, se entendió con meridiana claridad que la desaparición forzada era un crimen de Estado, que nacía de una decisión política deliberada de las autoridades, aunque fuera llevada a cabo por grupos no vinculados directamente con el gobierno. Esta particularidad que marca su ocurrencia, refleja, como se observó en su momento, la necesaria imputación del resultado de la acción criminal al Estado, en la persona de los agentes involucrados o de quienes actuaron bajo su control u omisión.

## Caracterización del delito de desaparición forzada

1. *Ubaté y Bogotá vs. Colombia* desafortunadamente no es un caso separado sobre desaparición forzada, ni en Colombia, ni en el repertorio jurisprudencial de la Corte IDH. Su contexto es compartido por muchos otros casos. Entre ellos, para citar sólo algunos de los ejemplos más recientes, se encuentran: *Vereda La Esperanza vs. Colombia* (2017), *Isaza Uribe y otros vs. Colombia* (2018), *Villamizar Durán y otros vs. Colombia* (2018) y *Movilla Galarcio y otros vs. Colombia* (2022). En todos estos casos, las violaciones se sitúan en un escenario de conflicto civil armado en el país, marcado por la existencia de "*grupos de autodefensa*" impulsados por agentes estatales para combatir a guerrillas pertenecientes, por ejemplo, a las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo* (FARC-EP) o al *Ejército Popular de Liberación* (EPL). Como se describe en el caso *Isaza Uribe y otros vs. Colombia* (2018), las autodefensas, a partir de 1985, subvirtieron sus objetivos iniciales y se convirtieron en grupos paramilitares con armamento, logística y apoyo proporcionado por las Fuerzas Públicas[[60]](#footnote-61).
2. En varias ocasiones, la Corte IDH ha encontrado que las autoridades apoyaron o colaboraron con la acción no estatal o incluso omitieron permitir o facilitar crímenes perpetrados por estos grupos al margen de la ley[[61]](#footnote-62). En el caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia* (2017), por ejemplo, se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de quince personas, entre ellas tres niños, y la muerte de una persona en la región Vereda La Esperanza entre el 21 de junio y el 27 de diciembre de 1996. Entre los responsables de estas acciones se encontraban miembros del grupo paramilitar "*Autodefensas del Magdalena Medio (ACMN)*", que operaban con la tolerancia y colaboración de agentes estatales[[62]](#footnote-63).
3. Como subraya la sentencia en este caso, la escasa presencia de los poderes públicos en las zonas periféricas o la pérdida del monopolio estatal de la violencia son los principales factores que refuerzan la actividad paramilitar, ya sea por la autonomía concedida a estos grupos o por el control que ejercen sobre el territorio en el que actúan[[63]](#footnote-64).
4. La Corte IDH ya ha examinado no sólo las acciones de estos grupos, sino también las actividades de la propia UNASE, integrada por miembros del Ejército Nacional, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Sus violaciones a los derechos humanos fueron analizadas en *Omeara Carrascal y otros vs. Colombia* (2018)[[64]](#footnote-65) y *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (2005)[[65]](#footnote-66) , así como en el presente caso.
5. Tampoco se puede ignorar el contexto de las víctimas en este caso. El señor Jhon Ricardo Ubaté y la señora Gloria Bogotá eran ex guerrilleros del *Ejército Popular de Liberación* (EPL). Tal y como se refleja en la sentencia del caso *Movilla Galarcio y otros vs. Colombia* (2022), a pesar de que el EPL firmó un Acuerdo de Paz con el gobierno colombiano en 1991, muchos excombatientes fueron hostigados y sufrieron violaciones de sus derechos humanos[[66]](#footnote-67). Estos hechos demuestran que el contexto de peligrosidad dentro del conflicto armado es crucial para entender la recurrencia de los crímenes de desaparición forzada. Estas prácticas criminales, así como las ejecuciones extrajudiciales, los malos tratos y la tortura, fueron ampliamente utilizadas para reprimir a grupos como la guerrilla, los sindicalistas, los campesinos y los movimientos asociados a partidos etiquetados como “comunistas”.
6. Este mecanismo empleado por el Estado, directa o indirectamente, no fue utilizado al azar. La propia Corte IDH ya ha reconocido que esta práctica tenía como objetivo perseguir a los opositores políticos del actual gobierno, encubriendo sus actos mediante el ocultamiento de pruebas, lo que forma parte del propio delito de desaparición forzada[[67]](#footnote-68). La motivación deliberada del Estado al emplear estas prácticas era crear un efecto intimidatorio y promover la eliminación física de los disidentes. Por si fuera poco, la impunidad de los acusados prevaleció debido a la colaboración entre agentes estatales que desempeñan un doble papel en el crimen: actúan como autores y como investigadores[[68]](#footnote-69).
7. El ejemplo de los casos colombianos, dada su relevancia para la controversia que nos ocupa, no puede llevar a la conclusión de que se trata de un problema peculiar del país. La recurrencia del tema en la jurisprudencia interamericana, si bien muestra la lamentable difusión de la práctica en el continente americano, ha permitido al Tribunal ir perfeccionando sus *estándares* en materia de abordaje de la desaparición forzada.
8. Inaugurando simbólicamente el litigio propio de la Corte IDH, el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) marca el primer paso en la larga trayectoria de desarrollo de estándares mínimos para combatir la desaparición forzada en el continente americano. En aquella ocasión, se debatió la responsabilidad internacional del Estado hondureño en relación con la desaparición forzada del estudiante Velásquez Rodríguez por parte de agentes estatales, que formaban parte de la Dirección Nacional de Investigaciones de las Fuerzas Armadas de Honduras. A raíz de esta sentencia inaugural, los casos *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras* (1989) y *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989) también trataron el mismo tema de las desapariciones forzadas en el país centroamericano.
9. Estas decisiones permitieron a la Corte IDH delinear con mayor precisión los límites conceptuales de la desaparición forzada y su carácter diferenciado de otros delitos comunes, reflejando un modo particular de interacción entre los humanos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal, cuyas distinciones fueron reafirmadas en sentencias posteriores[[69]](#footnote-70). La desaparición forzada, como una de las formas más graves de violación de los derechos humanos y como un factor que afecta a múltiples y graves bienes jurídicos de la máxima relevancia, constituye un punto de contacto fundamental entre ambas áreas, del que se derivan enfoques diferentes y complementarios.
10. Como ha reconocido la Corte IDH, mientras que el derecho internacional de los derechos humanos opera bajo el supuesto de la responsabilidad internacional exclusiva del Estado, sin preocuparse de identificar individualmente a los responsables en el ámbito internacional, el derecho penal se centra en sancionar a los particulares por la comisión de conductas ilícitas por la lesión que causan a determinados bienes jurídicos. Esto implica que el Estado tiene el deber de identificar y reprimir adecuadamente a los autores de delitos contra los derechos humanos, como la desaparición forzada, tarea que queda fuera del ámbito de la jurisdicción internacional de derechos humanos.
11. En relación con la valoración de la prueba, por ejemplo, las distinciones entre ambos ámbitos se acentúan aún más, ya que el examen realizado por los Tribunales Internacionales no incorpora la estricta presunción de inocencia adoptada en el derecho penal interno, puesto que los Estados no son tratados como sujetos de un proceso penal ante la Corte IDH. En contextos de violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos, como en el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), se han admitido pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, ya que el Estado no puede ampararse en la incapacidad de la víctima de probar sus alegaciones para quedar impune[[70]](#footnote-71).
12. Además de estas distinciones, el derecho internacional de los derechos humanos también destaca por su papel en la vigilancia del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, incluso a nivel legislativo, como el deber de incorporar los delitos contra los derechos humanos en su legislación nacional[[71]](#footnote-72). Entre los delitos que deben tipificarse en la legislación nacional se encuentra el delito de desaparición forzada, como se verá con más detalle en la siguiente sección.
13. De la especial gravedad de este crimen[[72]](#footnote-73) y de la correlativa importancia de su adecuada persecución dan fe los diversos mecanismos que existen en el sistema universal para prevenir su ocurrencia, como el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[[73]](#footnote-74), el artículo 7.1.i) del Estatuto de Roma[[74]](#footnote-75) y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[[75]](#footnote-76). Como ya hemos visto, este crimen internacional se caracteriza también por su imprescriptibilidad[[76]](#footnote-77) y su naturaleza *de ius cogens[[77]](#footnote-78).* La supresión de la prescripción para castigar crímenes de esta naturaleza hace imposible que los efectos del tiempo favorezcan la impunidad, ya que incluso después de largos períodos de tiempo, el acusado puede seguir siendo investigado y castigado por la comisión del crimen.
14. El carácter imperativo que confiere el rango *de ius cogens* implica que la prohibición de la desaparición forzada tiene el carácter de una “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite excepción y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general de la misma naturaleza”[[78]](#footnote-79). Más que eso, significa reconocer que el repudio de tal atrocidad es el resultado no sólo de obligaciones explícitamente contraídas en tratados internacionales, sino también de la propia conciencia jurídica universal, constituyendo un deber intemporal de los Estados, exigible en cualquier momento y circunstancia. Ya se ha dicho: se trata de una *mala in se*.
15. El reconocimiento de esta característica de la prohibición de la desaparición forzada de personas tiene también consecuencias prácticas, entre las que se encuentra la ilegitimidad de las legislaciones nacionales, actos administrativos o pronunciamientos judiciales que autoricen tales actos[[79]](#footnote-80). Como efecto secundario, no sólo la autorización de tales actos, sino también su insuficiente protección, tal y como se ha analizado en el apartado anterior de este voto, vulnera el estatus de *ius cogens* de esta prohibición.
16. Estas características se hacen aún más pertinentes en el continente americano, marcado por la práctica generalizada y sistemática de este delito, especialmente en contextos políticos de desprecio a los derechos humanos. En estos períodos, las autoridades recurrieron a la desaparición forzada como forma de combatir a los grupos políticos opositores y causar temor entre los familiares de las víctimas[[80]](#footnote-81). En el Sistema Interamericano, la protección prioritaria contra este tipo de delito se encuentra respaldada por la amplia jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDFP, que establece en su artículo II los elementos mínimos para tipificar el delito en la legislación nacional.
17. Debido a la importancia que tiene para los derechos humanos la represión de este delito, la Corte IDH ha enfatizado la distinción entre la desaparición simple, en la que simplemente se desconoce el paradero del individuo, y la desaparición forzada, en la que intervienen varios factores complejos[[81]](#footnote-82). La propia Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-400/03, al pronunciarse sobre la continuidad en el pago de salarios a trabajadores secuestrados o desaparecidos, delimitó las diferencias entre ambos delitos en el ordenamiento jurídico colombiano[[82]](#footnote-83). Según el Tribunal, “*el delito de secuestro se caracteriza por el carácter transitorio de la privación de la libertad* (…) *al autor le interese que se conozca su acto pues ese es el primer paso con miras a la realización de las exigencias que tiene en mente*”[[83]](#footnote-84).
18. La desaparición forzada, a su vez, supone la convergencia de una serie de elementos interrelacionados que son fundamentales para su configuración, a saber: (i) la privación de libertad; (ii) la intervención directa, el apoyo o la aquiescencia de agentes estatales; y (iii) la negativa a reconocer la detención o revelar el paradero de la persona desaparecida[[84]](#footnote-85). Como ya ha advertido la Corte IDH, los hechos de la desaparición forzada no deben analizarse de forma aislada[[85]](#footnote-86). Los componentes del tipo legal interactúan entre sí en dos fases de ejecución. La primera comienza con la privación de libertad de la víctima y la segunda se consuma a través de la negación o ausencia de información sobre el paradero de la víctima hasta el esclarecimiento de los hechos, y lo cierto es que la actuación estatal arroja luz sobre ambas fases[[86]](#footnote-87). La complejidad de la desaparición forzada se sustancia precisamente en la característica de ocultar o destruir pruebas sobre la posible privación de libertad, ejecución o paradero de la persona desaparecida, lo que reduce significativamente las posibilidades de encontrar pruebas contra los responsables[[87]](#footnote-88).
19. Esta segunda fase del delito hace que la desaparición forzada se diferencie de otros tipos de delito, como la ejecución extrajudicial, por la negativa del Estado a proporcionar información sobre el paradero de la víctima o a reconocer que la víctima está bajo el control de agentes estatales o particulares que actúan con su aquiescencia. El motivo de esta negativa suele ser causar incertidumbre sobre la vida de la persona desaparecida e intimidar[[88]](#footnote-89). Además, a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada es permanente o perdura en el tiempo[[89]](#footnote-90).
20. Este carácter permanente significa que el delito persiste mientras no haya información sobre el paradero de la víctima, tal como se describe en el artículo III del CIDFP[[90]](#footnote-91). Esta hipótesis fue discutida en el *caso Blake vs. Guatemala* (1998), que fue uno de los primeros casos juzgados por la Corte IDH. Los hechos se refieren a la desaparición del Sr. Blake por agentes de la Patrulla Civil guatemalteca en 1985, y el descubrimiento de sus restos sólo en 1992. Aunque el Estado alegó que no aceptó la jurisdicción de la Corte IDH hasta 1987, ésta se declaró competente para pronunciarse sobre la falta de investigación del paradero de la víctima debido al carácter permanente del delito, que se esclareció años después de la desaparición[[91]](#footnote-92).
21. La desaparición forzada se caracteriza también por su carácter pluriofensivo, es decir, implica la lesión simultánea de varios bienes jurídicos. El primero es la libertad, incluso en los casos en que su privación es inicialmente legal, cuando se lleva a cabo en el contexto del delito de desaparición forzada, constituye una violación del derecho a la libertad personal. La integridad personal de la víctima también se ve comprometida por el aislamiento prolongado y la detención en régimen de incomunicación, que pueden caracterizar un trato cruel o inhumano. El derecho a la vida también se ve afectado, ya que la práctica de la desaparición a menudo implica la ejecución de la víctima[[92]](#footnote-93). Incluso sin la presunción de muerte de la persona desaparecida, la propia naturaleza del delito la coloca en una situación agravada de vulnerabilidad que conlleva el riesgo de una violación generalizada de sus derechos, incluido el derecho a la vida[[93]](#footnote-94). Por último, se pone en peligro el derecho de la víctima a su personalidad jurídica, la desaparición forzada supone negar la existencia misma del individuo como sujeto de derechos, colocándolo en un auténtico limbo jurídico[[94]](#footnote-95), ya que se le priva de la protección garantizada por la ley y se le coloca en una situación de indeterminación permanente[[95]](#footnote-96).
22. Estos elementos conducen a otro aspecto esencial para la configuración de la desaparición forzada, que es la **participación estatal**. Debe recordarse que la pluralidad de acciones típicas que integran este delito tiene sentido bajo el supuesto de su unidad delictiva. Es decir, no es posible separar los elementos del tipo y examinarlos aisladamente: la *ratio* político-criminal que orienta su persecución deriva de la concurrencia de sus elementos constitutivos. Esto significa que la privación de libertad y la negativa a reconocer el paradero de la víctima sólo pueden entenderse adecuadamente en conjunción con la participación -en cualquier forma y sin distinción de acciones u omisiones, con independencia del órgano o nivel jerárquico de que se trate[[96]](#footnote-97)- de agentes estatales o de terceros que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia.
23. Es importante resaltar aquí que la responsabilidad estatal se entiende en un sentido amplio. En el *caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú* (2018), la Corte IDH aclaró que en los casos en que la víctima se encuentra bajo custodia estatal, el Estado cumple el rol de garante y, por lo tanto, tiene la obligación de brindar información sobre la privación de libertad de la persona interesada[[97]](#footnote-98). Del mismo modo, en los casos en que el delito ha sido cometido por agentes no estatales, el papel desempeñado por el Estado debe considerarse desde una perspectiva diferente. En un voto conjunto con la Jueza Verónica Gómez[[98]](#footnote-99), tuve la oportunidad de analizar las condiciones para que el Estado sea considerado internacionalmente responsable cuando la desaparición es llevada a cabo por terceros, de acuerdo con los principios establecidos en el derecho internacional:

24. La Declaración define los términos “autorización”, “apoyo” y “aquiescencia”. Conforme a esas definiciones, “autorización” significa que el Estado, a través de sus agentes, ha dado permiso oralmente o por escrito a personas o grupos de personas para cometer una desaparición; “apoyo” significa que el Estado ha brindado algún tipo de asistencia a personas o grupos de personas que cometieron una desaparición forzada, entre otras cosas mediante el intercambio de información y la provisión de medios –tales como infraestructura, financiamiento, armas, capacitación o logística— no necesariamente con el objetivo específico de cometer una desaparición forzada.

25. En el caso de la “aquiescencia”, ésta significa que el Estado ya sea tenía conocimiento, tenía razones para saber o debería haber sabido de la comisión o del riesgo real e inminente de la comisión de una desaparición forzada por parte de personas o grupos de personas, pero ya sea: (a) aceptó, toleró o dio su consentimiento expreso o implícito, a esta situación; (b) deliberadamente y con pleno conocimiento –por acción u omisión— no tomó medidas para prevenir la desaparición e investigar y sancionar a los perpetradores; (c) actuó en connivencia con los perpetradores o con total indiferencia frente a la situación de las potenciales víctimas de hecho facilitando la actuación de los perpetradores; o (d) creó las condiciones que permitieron la comisión de la desaparición. En estos casos, el Estado tiene la carga de probar que no hubo aquiescencia de su parte y debe demostrar qué medidas y acciones concretas ha tomado para prevenir, investigar, juzgar y sancionar la desaparición, así como la efectividad de estas medidas en la práctica.

1. Como he intentado ilustrar más arriba, los trabajos preparatorios de la CIDFP muestran claramente que la preparación del tratado se inspiró en la premisa fundacional de otorgar un papel central a los agentes estatales. La desaparición forzada es un delito que difiere en su naturaleza de los delitos ordinarios: es una especie de "delito que implica la participación necesaria del Estado". No se trata de un fenómeno espontáneo de la delincuencia ordinaria, ni de un acto que se produce por razones triviales, sino de una conducta que conlleva una motivación política muy bien definida: limar asperezas en la sociedad, atemorizar y eliminar la disidencia. Esto significa que, incluso cuando es perpetrado por individuos que no forman parte formalmente de la estructura burocrática del Poder Público, su práctica está conscientemente alineada con los designios del Estado en un momento político determinado.
2. Los grupos paramilitares y las milicias, que figuran en el vasto repertorio jurisprudencial como una de las principales causas de desapariciones, no actúan de acuerdo con fines exclusivos. Sus víctimas no son elegidas al azar, sino que son seleccionadas entre los individuos considerados *enemigos a* los ojos de las facciones que ocupan el poder del Estado. No por otra razón, se trata de un crimen cuya práctica está asociada a contextos en los que el Estado de Derecho es inexistente o, en general, débil.
3. La ocultación de la verdad, que comienza con la desaparición física del individuo y abarca también la destrucción de pruebas, la obstrucción de las investigaciones y la ausencia de una resolución judicial efectiva requiere un esfuerzo conjunto que sólo es posible con el compromiso positivo o la negligencia flagrante de los funcionarios del Estado. La participación directa o indirecta de agentes estatales, por tanto, no es un componente secundario, accesorio o meramente acompañante, sino la razón de ser misma de la desaparición forzada, el factor que denota la especial gravedad de este delito. Ahí radican las motivaciones del delito y todo el brutal conjunto de mecanismos que permiten llevarlo a cabo. Descartarlos de su tipificación legal, aunque bajo la justificación bien intencionada de ampliar el alcance de la protección penal, puede implicar el desafortunado borrado del propósito político-criminal que históricamente ha orientado la persecución del delito de desaparición forzada como crimen de Estado y el consecuente desvanecimiento de las fronteras con otros delitos comunes.
4. Estos *estándares*, en su conjunto, se materializan a nivel convencional en forma de obligaciones legislativas para los Estados, que son los encargados de tipificar el delito de desaparición forzada de acuerdo a todas las características intrínsecas y extrínsecas establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el papel central que se otorga al agente estatal como sujeto activo de la conducta típica. En el siguiente apartado analizaré con más detalle cómo la Corte IDH ha examinado el cumplimiento de estas obligaciones.

## La adecuación del delito de desaparición forzada a los parámetros jurisprudenciales

1. En el voto que dicté conjuntamente con los jueces Ricardo Pérez Manrique y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso *Córdoba vs. Paraguay* (2023)[[99]](#footnote-100), analizamos en el contenido imperativo del artículo 2° de la Convención Americana. En esa ocasión, la Corte IDH discutió si la ausencia de legislación específica en Paraguay para regular el proceso de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes violaba esta disposición. La Corte IDH concluyó que la protección de los niños en el país era insuficiente debido al vacío normativo existente.
2. El artículo 2° de la Convención es enfático al establecer el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades de este instrumento. De esta disposición emanan dos obligaciones específicas: la primera exige a los Estados que adopten las medidas apropiadas para garantizar la plena efectividad de estos derechos, y la segunda exige a los Estados que deroguen cualquier disposición que viole o contribuya a la infracción de las disposiciones convencionales. La elección de las medidas a adoptar dependerá de las necesidades de cada caso y de las peculiaridades que concurran.
3. En el voto del caso *Córdoba vs. Paraguay* (2023), exploramos las cuatro formas de violación del artículo 2° de la Convención, que incluyen (i) la inconstitucionalidad de ciertas leyes por su mera vigencia, como en el caso de las leyes de autoamnistía para crímenes de lesa humanidad, (ii) la violación por aplicación de normas incompatibles con la Convención, (iii) la violación por adopción de prácticas incompatibles, y (iv) la violación por ausencia o insuficiencia de regulación.
4. En el presente caso, considero que se discute la cuarta forma de violación del artículo 2° de la Convención. En este supuesto, la infracción se produce por ausencia o insuficiencia de regulación adecuada en dos supuestos: el primero consiste en la total omisión legislativa respecto al reconocimiento de la desaparición forzada en el momento de los hechos, tal y como se identifica en la Sentencia; el segundo, en la deficiente tipificación adoptada desde el año 2000, que es objeto del presente voto y que, por las lagunas de protección que genera, supone también una violación de la Convención por insuficiencia normativa.
5. La cuestión de la ausencia o inadecuada definición del crimen de desaparición forzada en los sistemas jurídicos latinoamericanos ya ha sido objeto de varias declaraciones emblemáticas de la Corte IDH. En sus precedentes, la Corte ha examinado históricamente la presencia o ausencia de los elementos constitutivos del delito. El ojo perspicaz del Tribunal no ha pasado por alto la centralidad con la que debe ser tratada la participación de agentes estatales. Así, los casos que se ilustran a continuación muestran que la Corte tiene la práctica de exigir a los Estados un estricto apego a los *estándares* detipicidad, especialmente en relación con la participación directa o indirecta de miembros del Poder Público.
6. Tal fue la situación en el *caso Gómez Palomino vs. Perú* (2005). Al examinar el caso, la Corte IDH consideró que el delito tipificado en el artículo 320 del Código Penal peruano exigía que la conducta estuviera “debidamente probada” y consideraba únicamente al “funcionario público” como sujeto activo del delito, sin incluir la participación de particulares que actuaran con el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado[[100]](#footnote-101).
7. Al analizar esta cuestión, la Corte IDH afirmó que el Código Penal peruano no cubría todas las formas de participación criminal establecidas en los estándares internacionales[[101]](#footnote-102). Además, la redacción de la disposición era deficiente porque no incluía la conducta estatal de “negar el reconocimiento de la privación de libertad o proporcionar información sobre el paradero de la persona desaparecida”, lo que obligaba al Estado a adecuar la legislación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La Corte IDH también señaló que una de las características de la desaparición forzada es la naturaleza clandestina del delito, lo que hace problemático las palabras “debidamente probado”, que hace recaer la carga de la prueba sobre las propias víctimas o sus familiares, incluso cuando el Estado tiene el control de la información crucial en su territorio. Ante estos elementos, la definición del delito de desaparición forzada en Perú fue considerada inadecuada a la luz de los estándares internacionales y, como medida de reparación, la Corte IDH ordenó su modificación, en los siguientes términos[[102]](#footnote-103):

149. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de conformidad con los criterios establecidos en los párrafos 90 al 110 del presente fallo.

1. La definición de desaparición forzada en Perú volvió a ser objeto de debate en los casos *Anzualdo Castro vs. Perú* (2009), *Osorio Rivera y familiares vs. Perú* (2013) y *Tenorio Roca y otros vs. Perú* (2016). El primero trata sobre la desaparición forzada del estudiante Kenneth Ney Anzualdo Castro por agentes estatales *del Servicio de Inteligencia del Ejército* Peruano, acusado de cometer actos terroristas. El segundo caso trata sobre la desaparición forzada del señor Jeremías Osorio Rivera por miembros de la patrulla *Ejército de la Base Contrasubversiva de Cajatambo*. El tercer caso, por su parte, se refiere a la desaparición forzada del Sr. Rigoberto Tenorio Roca tras su detención en un cuartel de la *Marina de Guerra del Perú* en 1984. En todos estos casos, la Corte IDH hizo hincapié en la necesidad de reformar la citada disposición legal, que no se ajustaba a los estándares internacionales[[103]](#footnote-104).

1. En virtud de la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en los Casos *Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú,* emitida el 14 de mayo de 2019[[104]](#footnote-105), la Corte IDH constató que el Estado peruano ha incorporado las reformas sugeridas en las cuatro sentencias mediante el Decreto Legislativo N° 1351, publicado en enero de 2017, en los siguientes términos:

**Artículo 320 - Desaparición forzada de personas**

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).

La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:

a) Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.

b) Padece de cualquier tipo de discapacidad.

c) Se encuentra en estado de gestación

1. Por lo tanto, las tres medidas de reforma ordenadas fueron adoptadas por el Estado ampliando la autoría del delito, incorporando la conducta de negar el reconocimiento de la privación de libertad o proporcionar información sobre el paradero, y eliminando las palabras “debidamente probada”[[105]](#footnote-106). De esta manera, la Corte IDH reconoció que “*el Estado ha dado cumplimiento total a la medida de reparación relativa a adoptar las medidas necesarias para reformar su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas*”[[106]](#footnote-107).
2. La definición de desaparición forzada también fue discutida en relación con Venezuela por la Corte IDH en el caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela* (2005). En esa ocasión, la Corte IDH examinó la desaparición forzada de Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández. Al momento de la sentencia, se desconocía el paradero de las tres víctimas.
3. Como parte de las medidas de reparación, la Corte IDH solicitó que se modificara el delito de desaparición forzada en la legislación venezolana de la siguiente manera[[107]](#footnote-108):

105. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales de protección de la persona en relación con la desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, **con la finalidad de que su legislación penal abarque la sanción “de personas o grupos de personas que actúen con “la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, y no limitarlo a “la autoridad pública” o “persona al servicio del Estado”.** Además, Venezuela deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la protección a una víctima de desaparición forzada sea efectiva ante **la privación de libertad, “cualquiera que fuere su forma”, y no limitarla a privaciones “ilegítimas” de libertad**" (énfasis añadido).

1. El delito de desaparición forzada fue tipificado en la legislación venezolana por la Reforma Parcial del Código Penal en octubre de 2000[[108]](#footnote-109), en los siguientes términos[[109]](#footnote-110):

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se. niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo, el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe tamo cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se, establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, millar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de ese delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

1. En esa ocasión, al igual que en los casos peruanos, la Corte IDH entendió que la autoría del delito no debía limitarse sólo a “autoridades públicas” o “personas al servicio del Estado”, enfatizando la necesidad de incluir también la responsabilidad de “particulares con el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado”, de acuerdo con los estándares internacionales. Otro aspecto destacado por la Corte IDH fue la necesidad de ampliar las formas de detención, evitando que se limiten sólo a prácticas ilegítimas. Sin embargo, Venezuela sigue sin adaptar su legislación[[110]](#footnote-111).
2. Además de los casos peruano y venezolano, la Corte IDH también ha solicitado ajustes normativos al sistema jurídico panameño. En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)*, se responsabilizó al Estado por la desaparición forzada del señor Heliodoro Portugal perpetrada por agentes estatales de la Guardia Nacional. En su momento, el crimen se cometió como represalia por *la* participación de la víctima en el *Movimiento Unidad Revolucionaria*, que se oponía al gobierno militar establecido en el país. Entre las medidas otorgadas por la Corte IDH[[111]](#footnote-112):

259. De conformidad con lo señalado en el Capítulo X de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno y, al respecto, tipifique los delitos de desaparición forzada y tortura, en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos en relación a la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura, a partir del 28 de marzo de 1996 y del 28 de agosto de 1991, respectivamente.

1. En el momento del enjuiciamiento del caso por la Corte IDH, el delito estaba tipificado en el artículo 150 del Código Penal de 2007[[112]](#footnote-113). En su decisión, el Tribunal identificó que el tipo penal era ambiguo y no se ajustaba a los estándares internacionales, además de no incluir los elementos de imprescriptibilidad y carácter permanente o duradero.
2. Tras reformar el Código Penal para adecuarlo a los estándares interamericanos y dar mayor especificidad a los modos de participación estatal en la conducta[[113]](#footnote-114), la Corte IDH reconoció que la legislación panameña "*adopta la totalidad de los elementos incluidos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y ordenados en la Sentencia*"[[114]](#footnote-115).
3. El caso panameño ilustra el riguroso enfoque adoptado por la Corte IDH para garantizar la correcta tipificación del delito de desaparición forzada, eliminando ambigüedades o imprecisiones en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tanto la sentencia dictada en el caso como las dos resoluciones de cumplimiento de la sentencia desempeñaron papeles cruciales en el control del cumplimiento normativo y en evitar que las recomendaciones se aplicaran de forma parcial o inadecuada. *La participación estatal*, en todo caso, es un elemento indispensable para la tipificación del delito, sin el cual la ilegalidad específica de la desaparición forzada pierde su razón de ser, además de alejarse de la lamentable biografía de este delito en nuestro continente.
4. La definición del delito de desaparición forzada en México presentó retos similares a los encontrados en la legislación penal colombiana. El tema fue discutido en la decisión del caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009)[[115]](#footnote-116), en el cual la Corte IDH examinó la desaparición forzada del Sr. Rosendo Radilla por agentes de las Fuerzas Armadas Mexicanas. En la sentencia, el Tribunal señaló que México había tipificado el delito en el artículo 215-A del Código Penal Federal mexicano en los siguientes términos:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el **servidor público** que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención (énfasis añadido).[[116]](#footnote-117)

1. En cuanto a la restricción del sujeto activo al término “servidor público”, la Corte IDH advirtió que:

320. Al respecto, en primer lugar, el Tribunal observa que dicha disposición restringe la autoría del delito de desaparición forzada de personas a “servidores públicos”. En tal sentido, en cuanto al sujeto activo del delito, esta Corte ha establecido que, en términos del artículo II de la CIDFP, la disposición que describe el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.

321. La Corte ha reiterado que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Visto de esta manera, el tipo penal de desaparición forzada de personas del Código Penal Federal mexicano presenta un obstáculo para asegurar la sanción de “todos los autores, cómplices y encubridores” provenientes de “cualesquiera de los poderes u órganos del Estado”. **Para satisfacer los elementos mínimos de la correcta tipificación del delito, el carácter de “agente del Estado” debe ser establecido de la forma más amplia posible. [[117]](#footnote-118)**(énfasis añadido)**.**

1. A partir de este entendimiento, la Corte IDH también enfatizó que la definición no incluía las acciones de particulares con autorización, apoyo o aquiescencia estatal, ni el elemento de “negativa a reconocer la privación de libertad o a proporcionar información sobre el paradero de la víctima”, en los términos del CIDFP[[118]](#footnote-119). Por ello, como medida de no repetición, la Corte IDH ordenó la reforma de esta disposición:

344. En la presente Sentencia la Corte estableció que el artículo 215 A del Código Penal Federal, que sanciona el delito de desaparición forzada de personas, no se adecua plena y efectivamente a la normativa internacional vigente sobre la materia (supra párr. 324). Por tal motivo, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para compatibilizar dicha tipificación penal con los estándares internacionales, con especial atención a lo dispuesto en el artículo II de la CIDFP, de conformidad con los criterios ya establecidos en los párrafos 320 a 324 del presente Fallo. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, el Estado no debe limitarse a “impulsar” el proyecto de ley correspondiente, sino asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno para ello.[[119]](#footnote-120)

1. Respecto al cumplimiento de esta medida, desde la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de mayo de 2011, México ha iniciado negociaciones para modificar esta disposición[[120]](#footnote-121). La Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 24 de junio de 2022 representó un avance histórico debido al dictamen sobre la promulgación de la "*Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de* Personas"[[121]](#footnote-122). La nueva definición del delito de desaparición forzada quedó establecida de la siguiente manera:

Artículo 27. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma -5- a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

Artículo 28. Al servidor público, o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, oculte o se niegue a proporcionar información sobre la privación de la libertad de una persona o sobre el paradero de una persona detenida, u oculte a una persona detenida en cualquier forma se le impondrá la pena prevista en el artículo 30.

1. Así, a partir de estas modificaciones, la Corte IDH concluyó que México cumplió con la medida establecida en la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), ya que se cubrieron todas las modalidades participativas previstas en el CIDFP y además se incorporó el elemento de negación u omisión de información sobre el paradero de las víctimas[[122]](#footnote-123).
2. El último caso que debe examinarse en esta sección es la tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico brasileño. La cuestión fue discutida en el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* (2010), que reconoció la responsabilidad internacional de Brasil por la desaparición forzada de 62 personas de la Guerrilla de Araguaia en el contexto de la dictadura militar en el país[[123]](#footnote-124). Durante su sentencia, la Corte IDH señaló que la definición de desaparición forzada aún estaba pendiente de aprobación legislativa e identificó tres propuestas en curso:

286. El Estado reconoció la importancia de la tipificación del delito de desaparición forzada y señaló que la ausencia de dicha tipificación no impide que esa conducta sea subsumida en otro tipo penal. No obstante, la tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento interno brasileño se encuentra sometida a examen del Poder Legislativo, mediante dos proyectos de ley: **a) No. 4.038/08, presentado en septiembre de 2008, cuyo artículo 33 define el crimen contra la humanidad de desaparición forzada**, y **b) No. 301/07, cuyo artículo 11 también tipifica la desaparición forzada**. Finalmente, el Estado señaló que se encuentra en trámite ante el Congreso Nacional **el proyecto de Decreto Legislativo No. 116 de 2008, el cual ratifica la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**. Informó que el Decreto Legislativo antes citado ya fue aprobado por la Cámara de Diputados y actualmente se encuentra en trámite en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado Federal.

287. De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal exhorta al Estado a continuar con el trámite legislativo y a adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas que sean necesarias para ratificar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas. Por otra parte, de acuerdo con la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, Brasil debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, como esta Corte ha señalado anteriormente, el Estado no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley correspondiente, sino que también debe asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno[[124]](#footnote-125). (Énfasis añadido).

1. En la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, emitida el 17 de octubre de 2014, la Corte IDH identificó que la medida aún no había sido cumplida[[125]](#footnote-126). Aunque el Tribunal valoró positivamente la ratificación del CIDFP por parte de Brasil el 3 de febrero de 2014[[126]](#footnote-127), el tipo penal de desaparición forzada aún no se había incorporado al ordenamiento jurídico brasileño.
2. Al examinar dos de los proyectos de ley sobre el tema[[127]](#footnote-128) en el Poder legislativo brasileño, el Tribunal recordó la necesidad de estricto apego a los criterios de tipificación, especialmente en relación a la participación de agentes estatales en la configuración del delito, señalando que "*el derecho penal interno debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado” y que la limitación del sujeto activo a “funcionarios o servidores públicos” no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta*"[[128]](#footnote-129).
3. Al examinar las medidas de no repetición y la supervisión de su cumplimiento, fue posible verificar el rigor exigido a los Estados por la Corte IDH en relación con la incorporación del criterio de tipicidad relativo a la participación de agentes estatales, con el fin de adecuar la legislación interna a los parámetros internacionales. En la siguiente sección, analizaré la adecuación de la definición en el ordenamiento jurídico colombiano y el potencial efecto de reducir el papel del Estado como autor del delito de desaparición forzada y, en consecuencia, debilitar la protección ofrecida por la legislación.

# La distorsión del delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico colombiano y la necesidad de adaptarlo a los estándares internacionales

1. Con base en los elementos examinados en los subtemas anteriores, es posible ver que los problemas de tipificación de la desaparición forzada en Colombia tienen dos consecuencias graves: (i) la invisibilidad o dilución del papel del Estado en el crimen y (ii) la posibilidad de reconocer los efectos de la prescripción de la desaparición forzada. Ambas podrían poner en riesgo las investigaciones y la garantía del derecho a la verdad.
2. En este subtema, me centraré en tres puntos cruciales: la invisibilidad del papel del Estado en el Código Penal, el uso incorrecto de la terminología "funcionarios públicos" y la ambigüedad relativa a la prescripción.
3. Quisiera destacar que, si bien el eje central de este voto es la revisión imperativa del delito de desaparición forzada en Colombia, también comparto en esta ocasión el entendimiento expresado en mi voto en el caso *Angulo Losada vs. Bolivia* (2022) sobre el uso del derecho penal *como ultima ratio* y la necesidad de cautela frente al uso excesivo *del ius puniendi* estatal[[129]](#footnote-130). Por lo tanto, reafirmo que:

La Corte debe continuar estableciendo, de manera clara y justificada, los casos estrictos en los que el Estado debe acudir a la vía penal para reparar y prevenir violaciones a los derechos humanos, así como cuáles conductas no requieren la movilización del aparato criminal. También deben buscarse alternativas al Derecho Penal que sean capaces de alcanzar eficazmente los objetivos que se persiguen con la medida [...][[130]](#footnote-131).

1. Sin embargo, es esencial garantizar que esta cautela en el uso del derecho penal no se convierta en un aliado de la impunidad o se utilice para encubrir abusos estatales, especialmente en casos de desapariciones forzadas. Hay que limitar a las medidas penales excesivas, pero también hay que prestar atención a la posibilidad de una protección insuficiente: ambos aspectos del principio de proporcionalidad deben valorarse en el estricto escrutinio de convencionalidad del tipo penal. Por otro lado, la existencia de un mandato expreso de tipificación impone el recurso *inmediato* al derecho penal por parte del legislador nacional, medio legítimamente elegido por la CIDFP para proteger este derecho. Por estas razones, expongo las razones por las que considero que la readecuación del tipo penal de desaparición forzada es una medida de no repetición necesaria en este caso.
2. El primer punto de preocupación en relación con el artículo 165 de la Ley 599 de 2000 en Colombia radica en la posición del sujeto activo descrito en la disposición legal. El legislador optó por iniciar el texto del tipo legal con una referencia a los "particulares", dejando a los "servidores públicos" para el primer apartado del tipo penal. La inclusión del particular, cuando actúa sin el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado, sin embargo, invisibiliza la actuación estatal en la configuración de estos delitos, que históricamente han sido concebidos como delitos de Estado —o, como los denominé más arriba, “delitos de necesaria participación estatal”—. De este modo, el protagonismo en dicha sección se otorga sólo al particular, mientras que las modalidades participativas exigidas por el CIDFP se mencionan en un segundo plano, y sólo en el primer apartado, en los siguientes términos: *"a la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior*". Es aceptable que el particular sea el sujeto activo del delito; lo que parece inaceptable es que la dimensión de la acción estatal simplemente desaparezca del tipo, como si fuera un mero puntal prescindible. Como se ha dicho, la participación estatal es, ante todo, el núcleo del delito, el elemento que le confiere especial gravedad.
3. En México, por ejemplo, existe un tipo de desaparición cometida por particulares, que tiene fundamentos similares al delito de desaparición forzada. Sin embargo, reserva la nomenclatura de “desaparición forzada” sólo para los delitos cometidos por agentes del Estado o particulares con el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado[[131]](#footnote-132). Llegado a este punto, merece la pena considerar la importancia del *nomen juris de* un delito.
4. Volviendo de nuevo al caso *Angulo Losada vs. Bolivia*, tuve la oportunidad en esa ocasión de repasar cuestiones similares, a pesar de las considerables diferencias de contexto entre los casos. Partiendo de la percepción fundada —formada por el conjunto de elementos puestos en conocimiento de la Corte IDH— de que la violación sexual incestuosa era un problema estructural en Bolivia, la Corte IDH ordenó, en el contexto de las reparaciones, que el Estado reformara su legislación penal para dotar *de nomen juris* propio a esta práctica, que hasta entonces había sido considerada un mero agravante*.*
5. Analizar el *nomen juris* de determinadas conductas penalmente reprobables no es un mero formalismo o una controversia semántica. Es también una forma de llamar la atención sobre determinadas prácticas por su mayor gravedad[[132]](#footnote-133). Hay claras implicaciones prácticas. Como he argumentado:

La percepción pública de la ilicitud y reprobabilidad de determinadas conductas se ve afectada no sólo por la tipificación del hecho en sí, sino también por la forma en que la legislación penal clasifica y califica determinados crímenes . La creación de un tipo autónomo no es la única herramienta de que dispone el Estado para subrayar la gravedad de una conducta. Entre otros mecanismos, existe la posibilidad de atribuir un nomen juris específico a un crimen en su forma agravada, dando mayor relieve y percepción de gravedad a la modalidad en cuestión.[[133]](#footnote-134)

1. El *nomen iuris “*desaparición forzada” tiene una connotación cultural e histórica muy particular en nuestro continente. Se refiere inexorablemente a conductas realizadas bajo el auspicio del Estado. Su tipificación, más que una forma de prevenir y reprimir el delito, pretende también visibilizarlo como uno de los actos más crueles que puede cometer un Estado contra un individuo.
2. Utilizar la terminología "desaparición forzada" desestimando el papel del Estado en la tipificación jurídica del delito es invisibilizar su aspecto más importante, desatender el núcleo de esta incriminación. Me parece preocupante que, bajo la justificación de “ampliar la protección”, como reclama Colombia[[134]](#footnote-135), el Estado haya sumado a otros sujetos activos como posibles autores del delito y desvirtuado los elementos centrales del tipo, cuya caracterización es también objeto de una detallada regulación internacional. Esta apertura no sólo aumenta la vaguedad del tipo, sino que termina desnaturalizándolo, mezclándolo con delitos de distinta (y menor) gravedad, quitándole a la desaparición forzada la fuerza que debe tener el signo para que cumpla su función de prevención general.
3. Los impactos de esta ampliación del sujeto activo pueden ser diversos, incluyendo la generación de datos distorsionados que dificultan la identificación clara de la responsabilidad del Estado en delitos de esta naturaleza, así como la afectación de la posibilidad de prescripción del delito, planteando incertidumbres sobre la aplicabilidad de la imprescriptibilidad histórica de este tipo de delitos a los delitos de particulares, como profundizaré en los párrafos *siguientes.*
4. Las consecuencias son especialmente evidentes en el ámbito de la investigación. Uno de los principales retos en la búsqueda de la verdad en casos de desaparición forzada es precisamente la participación de agentes estatales tanto en el crimen como en el proceso de investigación, lo que puede facilitar prácticas corruptas y conducir a la impunidad. Por ello, la exclusividad de los sujetos activos, en los términos establecidos en el CIDFP, garantiza que se prevean mecanismos de protección específicos para estos casos con el fin de evitar situaciones de abuso de poder estatal como las mencionadas anteriormente. Esto, insisto una vez más, no significa que las desapariciones llevadas a cabo exclusivamente por particulares no deban ser reprimidas por el derecho penal; ello debe hacerse, sin embargo, bajo un epígrafe distinto.
5. Sobre este punto concreto, cabe mencionar que el Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada ya abordó el papel de los “particulares*" en la Declaración sobre los agentes no estatales en el contexto de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.* En esa ocasión, el Comité aclaró los criterios para que las desapariciones cometidas por “personas o grupos de personas” no vinculadas al Estado se consideren “desapariciones forzadas” en virtud de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
6. El Comité ha detectado un aumento de las denuncias relacionadas con desapariciones perpetradas por agentes no estatales sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado[[135]](#footnote-136). En estos casos, el artículo 3 de la citada Convenciónestablece que "*[l]os Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables*". En este contexto, la Declaración explica que:

[...] Los trabajos preparatorios pusieron de manifiesto opiniones divergentes entre los Estados respecto de si la desaparición perpetrada en tales circunstancias debería denominarse o equipararse a una “desaparición forzada” 12. En consecuencia, **se decidió referirse a tales actos en un artículo aparte y utilizar la expresión “actos definidos en el artículo 2” en lugar de “desaparición forzada”.** Una de las principales preocupaciones era evitar la confusión entre desaparición forzada y otros delitos como secuestro o rapto. Esta preocupación sigue existiendo hoy en día, incluso para el Comité (el subrayado es nuestro).[[136]](#footnote-137)

1. Cabe señalar, por tanto, que los actos llevados a cabo por agentes no estatales sin el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia del Estado no se equipararon al delito de desaparición forzada en el artículo 3° de la Convención. La disposición optó por clasificarlos como “actos definidos en el artículo 2°”. El Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada ha hecho una única excepción para que esta denominación sea equivalente en los casos contemplados en el artículo 5° de la Convención, es decir, cuando se produce un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por parte de agentes no estatales sin el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia del Estado y, por tanto, un crimen contra la humanidad, de conformidad con el Comité y los tratados internacionales en la materia:

17. Con arreglo al artículo 5 de la Convención, la desaparición que sea obra de un agente no estatal que actúe sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado constituye “desaparición forzada” si se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, de conformidad con la definición de crimen de lesa humanidad desarrollada en el derecho penal internacional.

18. Los actos definidos en el artículo 2 cometido por un agente no estatal que actúe sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado se enmarcan en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Convención en cualquiera de las siguientes circunstancias:

**a) Si se cometieron en el contexto de un conflicto armado no internacional, tal como se define en el derecho internacional humanitario;**

**b) Si fueron cometidos por un agente no estatal que ejerce un control efectivo y/o funciones de tipo gubernamental sobre un territorio.**

19. Otros actos definidos en el artículo 2 que se enmarquen en el ámbito de aplicación del artículo 3 pero que no se cometan en ninguna de las circunstancias anteriores se califican generalmente de “secuestro” o “rapto”, o según proceda con arreglo al derecho interno” (énfasis añadido).[[137]](#footnote-138)

1. Por lo tanto, no cabe duda de que los únicos casos en los que el autor de la desaparición forzada puede ser un agente no estatal sin el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia del Estado serían los contemplados en el artículo 5° de *la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.* Por lo tanto, dado que las salvedades adoptadas por la Convención no han sido incorporadas a la legislación penal colombiana, no es posible concluir que todos los tipos de desaparición puedan ser equiparables a la desaparición forzada cuando son realizadas por particulares.
2. Además, el Código Penal colombiano no utiliza expresamente el término “agentes del Estado”. El legislador, por su parte, optó por incluir como sujetos activos del delito al “servidor público”, la “autoridad” o la "jurisdicción". Sin embargo, la propia Corte IDH ya ha señalado que "*la limitación del sujeto activo a “funcionarios o servidores públicos” no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta*"[[138]](#footnote-139). En este punto, el tipo penal es demasiado restrictivo y, una vez más, pero por otras razones, no tiene en cuenta la especificidad de la participación estatal en este delito.
3. Como lo mencioné en párrafos anteriores, la ambigüedad en torno al significado de “servidor público” es preocupante, pues el artículo 20 de la Ley 599 de 2000 conceptualiza el término servidor público para efectos penales y ello podría restringir la responsabilidad penal de particulares no contemplados en la disposición colombiana, así actúen en nombre del Estado[[139]](#footnote-140). Por otra parte, los términos utilizados en el artículo 166 de la Ley 599 de 2000, a saber, "*autoridad*" y "*jurisdicción*", adolecen de vaguedad e imprecisión, lo que imposibilita su aplicación práctica.
4. El segundo elemento que debe ser abordado es la falta de especificación del carácter imprescriptible del delito en el Código Penal colombiano. Como es bien sabido, la desaparición forzada se caracteriza por la permanencia del delito hasta que los restos sean devueltos a los familiares o se esclarezca la información sobre el paradero de la víctima. De esta manera, la ausencia de prescripción impide que el paso del tiempo se convierta en un aliado del imputado para eludir su responsabilidad penal. Este elemento de imprescriptibilidad es fundamental en los delitos de lesa humanidad, ya que la certeza de impunidad por el transcurso del tiempo puede incidir en la falta de eficacia en las investigaciones y en la celeridad de los actos procesales.
5. Como se desprende de la redacción del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, el delito de desaparición forzada en Colombia prescribe a los treinta años, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 83. ARTÍCULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la\*pena fijada en la. ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este Artículo.

**El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado será de treinta (30) años**. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará. a correr desde la perpetración del último acto La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible (énfasis añadido)[[140]](#footnote-141)

1. Esta redacción es ambigua porque prevé expresamente un plazo de prescripción de treinta años para los delitos de desaparición forzada, a pesar de que este delito es reconocido como crimen de lesa humanidad en el derecho internacional y, por tanto, es imprescriptible. En este caso concreto, la supuesta ampliación reclamada por el Estado colombiano se ha traducido en una restricción de la prescripción debido a la ambigüedad terminológica adoptada por la legislación, que supuestamente diferencia entre el delito de desaparición forzada y los crímenes de lesa humanidad.
2. Estos dos factores –la invisibilidad del Estado en la tipificación del delito de desaparición forzada y su prescriptibilidad– debilitan el nivel de protección garantizado por el Estado en relación con los derechos eventualmente afectados por la comisión de este delito. Traducido al léxico asociado al principio de proporcionalidad –y en particular a la prohibición de protección insuficiente– se trata de situación en la que los medios empleados no son adecuados o idóneos para promover los fines legítimos perseguidos. Si bien no ha existido una omisión total por parte del Estado colombiano en este sentido –es cierto que se ha establecido un tipo penal en la dirección correcta–, la persecución del fin perseguido se ha visto seriamente obstaculizada por la ausencia de elementos cruciales en el formato del delito. Un nivel suficiente de protección de los derechos amenazados por las violaciones derivadas de la desaparición forzada, acorde con los estándares internacionales mínimos en la materia, depende en la práctica de estos elementos.
3. Además, incluso si fuera admitido *ex hypothesi* que tal definición era adecuada –lo que no era el caso–, seguiría existiendo una insuficiencia en la protección de los derechos pertinentes. Y ello porque el legislador tuvo fácilmente a su disposición un medio alternativo más idóneo[[141]](#footnote-142) para lograr tal fin: una redacción del tipo que contemplara la centralidad ineludible del Estado en la realización del delito de desaparición forzada, así como una previsión inequívoca en la ley de su imprescriptibilidad. Por lo tanto, debe concluirse que el Estado colombiano ha violado el principio de prohibición de protección insuficiente. En este caso existe una clara insuficiencia normativa.

# Consideraciones finales

1. La decisión en el *caso Ubaté y Bogotá vs. Colombia* amplió el extenso repertorio jurisprudencial de la Corte IDH en materia de desaparición forzada. El reconocimiento sustancial de la responsabilidad parcial del Estado colombiano por la desaparición forzada de las víctimas y por las violaciones del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías y a la protección judicial, así como los delitos contra el derecho a la integridad personal, la protección de la familia, el derecho de los niños y el derecho de circulación y residencia en relación con los hijos y familiares de las víctimas, constituye una valiosa deferencia a la protección internacional de los derechos humanos.

1. Como resultado de este reconocimiento, la Corte IDH estableció importantes medidas de reparación para las víctimas y sus familiares. Sin embargo, se abstuvo de examinar la convencionalidad del artículo 165 de *la Ley 599 de 2000*, que tipifica formalmente el delito de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual disentí parcialmente. A mi parecer, aquí existe una insuficiencia regulatoria de naturaleza material, debido al desvanecimiento de la participación estatal que opera en el tipo penal colombiano.
2. En este voto pude profundizar en la necesidad de adecuar el derecho penal colombiano a los estándares internacionales en la materia. Como señalé, (i) la actual definición del delito en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000 invisibiliza el papel de la participación estatal al enfatizar, en primer plano, el papel aislado del "particular" en detrimento del Estado, desnaturalizando el delito; (ii) la participación de agentes estatales y particulares con apoyo, tolerancia o aquiescencia estatal no recibe la debida centralidad en la definición del delito de desaparición forzada, al ubicarse en la sección primera del Código Penal, convirtiéndola en un elemento secundario del delito; (iii) el Código Penal no utiliza la terminología correcta de "agente estatal" y opta en su lugar por "servidor público", "autoridad" o "jurisdicción", dando lugar a enormes imprecisiones conceptuales que pueden dificultar la operatividad del Código; y (iv) el Código no es asertivo en relación a la imprescriptibilidad. Al revisar la jurisprudencia de la Corte IDH, encontré que, en situaciones similares, el Tribunal analizó la conformidad de los tipos penales de diversos países (o la falta de tipificación), como Perú, Venezuela, Panamá, México y Brasil, exigiendo que se adecuaran estrictamente en la tipificación del delito en el ordenamiento jurídico nacional pudieran desvirtuar el núcleo de la conducta internacionalmente protegida. Este núcleo radica en la participación estatal.
3. Mi principal objetivo al apartarme de la sentencia y proponer estas revisiones normativas es asegurar la plena vigencia de la vasta jurisprudencia de la Corte IDH y de los diversos tratados internacionales específicos sobre desaparición forzada, evitando así la desnaturalización de la naturaleza penal de los delitos internacionalmente protegidos. Para ello, he destacado, a la luz de los estándares interamericanos, el carácter insuficiente, en contravía del principio de proporcionalidad, de la protección ofrecida por Colombia a los derechos humanos afectados por prácticas de desaparición forzada.
4. La participación de las autoridades públicas es la razón de ser de este delito. Esto es lo que sitúa a la desaparición forzada en la grave categoría de crimen contra la humanidad y por lo que su prohibición adquiere la categoría de *ius cogens*. La desaparición forzada hiere la conciencia universal de los derechos humanos de múltiples maneras porque golpea al individuo dos veces, en primer lugar, con la desaparición de su existencia física y en segundo lugar con el intento de borrar su memoria. Este brutal objetivo no podría perseguirse sin el protagonismo o la complicidad del Estado.

Rodrigo Mudrovitsch

Vicepresidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE DO VICE-PRESIDENTE

**RODRIGO MUDROVITSCH**

**CASO UBATÉ Y BOGOTÁ VS. COLOMBIA**

**SENTENÇA DE 19 DE JUHNO DE 2024**

**(Mérito, Reparações e Custas)**

1. Introdução
2. No caso *Ubaté y Bogotá vs. Colombia*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH” ou “Tribunal”) examinou a responsabilidade internacional do Estado colombiano pelas violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (“Convenção”, “Convenção Americana” ou “CADH”) e à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (“CIDFP”) em razão do desaparecimento forçado do Sr. Jhon Ricardo Ubaté e da Sra. Gloria Bogotá, perpetrado por agentes estatais durante uma operação policial da *Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Polícia* (“UNASE”). A Colômbia (“Estado”) reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento forçado das vítimas e pelas violações ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias e à proteção judicial em relação ao Sr. Ubaté e à Sra. Bogotá[[142]](#footnote-143), bem como pelas violações ao direito à integridade pessoal, à proteção da família, aos direitos das crianças e ao direito de circulação e residência, às garantias e à proteção judicial em relação aos filhos e familiares das vítimas[[143]](#footnote-144).
3. Embora a Colômbia tenha reconhecido parcialmente a responsabilidade internacional pelo ocorrido, discordo pontualmente da decisão adotada pela maioria da Corte IDH por se abster de determinar a revisão do artigo 165 da Ley 599 de 2000, que tipificou o desaparecimento forçado na Colômbia, indeferindo o pedido dos representantes para declarar a violação do artigo 2º da Convenção Americana em relação aos artigos I.a), I.d), III e XI da CIDFP[[144]](#footnote-145). Nesse ponto crucial, expresso meu voto dissidente para destacar a importância da conformação do tipo penal aos termos estabelecidos pela jurisprudência interamericana, pela CIDFP e pelos demais tratados internacionais sobre a matéria, bem como para justificar a relevância da tipificação correta do delito como medida para evitar sua repetição.
4. A reparação dos danos constitui uma ferramenta fundamental do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH”), respaldada pelo artigo 63.1 da Convenção Americana, que possibilita a implementação de medidas abrangendo dois prismas: de um lado, oferece compensação às vítimas e aos seus familiares, visando reparar danos do passado; de outro lado, compromete-se com o futuro ao estabelecer medidas de não repetição, garantindo que a sociedade como um todo não volte a enfrentar violações de mesma natureza. Sob essa ótica, as medidas de reabilitação, satisfação, as garantias de não repetição, as obrigações de investigar os fatos e identificar, julgar, e, se for o caso, sancionar os responsáveis, e as indenizações compensatórias fornecem um amplo repertório de possibilidades para que a Corte IDH assegure a reparação integral dos danos causados às vítimas, aos seus familiares e à sociedade.
5. Ainda que o acordo de reparações[[145]](#footnote-146) firmado entre as partes e homologado pela Corte IDH represente um notável exemplo de cooperação entre o Estado e as vítimas na compensação dos danos causados, observo com preocupação a ausência de medidas de não repetição que contribuam para prevenir que a falta de clareza da tipificação do delito contido no artigo 165 da Ley 599 de 2000 resulte em novas violações de direitos humanos. Assim, o presente voto visa sobretudo examinar como o tipo legal de desaparecimento forçado em vigor no sistema jurídico colombiano tende a diluir o papel do Estado como o perpetrador do referido crime de modo a enfatizar a importância da conformidade normativa do tipo penal como um mecanismo profilático de não repetição, com o intuito de prevenir violações de direitos humanos e fornecer instrumentos para que condutas do gênero sejam adequadamente investigadas e sancionadas.
6. Desse modo, o presente voto será estruturado em seis partes divididas nos seguintes subtópicos, incluindo a presente introdução: **(II)** breve exposição do marco fático do caso; **(III)** o escrutínio estrito de convencionalidade das normas penais e a observância da proibição da proteção insuficiente; **(IV)** reafirmação dos parâmetros internacionais sobre o desaparecimento forçado; **(V)** discussão sobre a necessidade de adequação do tipo penal do desaparecimento forçado como medida de reparação; e, por fim, exposição das minhas **(VI)** considerações finais.

# Do caso em julgamento

1. O Sr. Jhon Ricardo Ubaté e a Sra. Gloria Bogotá eram ex-integrantes do *Ejército Popular de Liberación* (“EPL”) e, após a desmobilização do grupo em razão do Acordo de Paz em 1991, o Sr. Ubaté passou a exercer atividades de defesa dos direitos humanos, denunciando a violência provocada por grupos paramilitares e auxiliando as vítimas[[146]](#footnote-147). Por volta de 11:00 da manhã do dia 19 de maio de 1995, o Sr. Jhon Ricardo Ubaté e a Sra. Gloria Bogotá estavam nas proximidades da Clínica Tequendama, em Santiago de Cali, quando foram abordados por seis membros da UNASE, que os agrediram e os forçaram a entrar em um carro[[147]](#footnote-148). Embora a polícia tenha interceptado o veículo após a denúncia das pessoas que estavam nas redondezas, a viatura foi liberada depois de informar que se tratava de uma operação da UNASE. Desde então, não se tem informações sobre o paradeiro das vítimas[[148]](#footnote-149).
2. As investigações levaram ao indiciamento de agentes da UNASE e de possíveis colaboradores pelos crimes de “*secuestro simple agravado*”, falso testemunho, prevaricação e falsidade ideológica[[149]](#footnote-150). Embora existam indícios que os agentes estatais criaram uma versão falsa do ocorrido para encobrir os fatos, o processo mostrou-se infrutífero e, em 30 de janeiro de 2004, o *Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali* prolatou sentença absolvendo os acusados[[150]](#footnote-151), decisão essa que transitou em julgado[[151]](#footnote-152).
3. Desde o início da tramitação do processo penal, a qualificação penal dos fatos tornou-se objeto de discussão. Como alegam os Representantes, primeiramente, as vítimas solicitaram a reclassificação de *secuestro simples* para a modalidade *agravada* em razão da motivação política do crime. No momento do crime, a legislação colombiana previa as modalidades simples[[152]](#footnote-153), extorsiva[[153]](#footnote-154) e agravada do tipo legal “sequestro”[[154]](#footnote-155).
4. Após a tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico colombiano, por meio do artigo 165 da Ley 599 de 2000, a representação das vítimas solicitou a modificação do tipo legal imputado (“*secuestro simple”)* para o crime de desaparecimento forçado em razão da natureza permanente dos atos praticados contra as vítimas[[155]](#footnote-156). Contudo, tanto o primeiro pedido em relação à modalidade agravada quanto a solicitação de requalificação do tipo legal de sequestro para desaparecimento forçado foram indeferidos pelo *Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali* sob a alegação de “*que la desaparición forzada no era delito al momento de la ‘detención’ de la víctima*”[[156]](#footnote-157).
5. Paralelamente ao processo penal, os três acusados, que eram membros das forças policiais, foram submetidos a processo disciplinar, cuja sanção era a destituição e a inabilitação para exercer cargos públicos por cinco anos. No entanto, as ações disciplinares foram consideradas prescritas, apesar das inúmeras tentativas dos representantes das vítimas em reverter a decisão[[157]](#footnote-158). Na seara do processo contencioso administrativo, o *Tribunal Contencioso Administrativo de Descongestión de Cali* declarou a responsabilidade do Estado, por meio do Ministério da Defesa, pelos crimes contra as vítimas, e os familiares foram indenizados por danos morais[[158]](#footnote-159).
6. Os esforços empreendidos pelos familiares e pelos representantes das vítimas perante a Justiça colombiana foram acompanhados de ameaças e de hostilidades durante todo o período de busca pela verdade e justiça em relação ao desaparecimento forçado do sr. Ubaté e da Sra. Bogotá. À época, foram submetidos à vigilância por forças policiais, a tentativas de sequestro e até a ameaças de morte. A situação de risco criada pela incessante perseguição levou a irmã do sr. Ubaté e seu filho a deixarem a Colômbia e buscarem exílio no Chile[[159]](#footnote-160).
7. Os eventos descritos acima ilustram como a inadequada qualificação das condutas delitivas como “*secuestro*” e a ausência da tipificação do crime de “desaparecimento forçado” à época dos fatos prejudicaram as investigações e resultaram na absolvição dos acusados. Note-se que somente cinco anos após o atentado contra o Sr. Ubaté e a Sra. Bogotá, o crime de desaparecimento forçado foi formalmente introduzido no sistema jurídico da Colômbia por meio do já mencionado artigo 165 da *Ley 599 de 2000[[160]](#footnote-161)*. A redação do crime de desaparecimento forçado foi fixada nos seguintes termos:

**ARTÍCULO 165**. *Desaparición forzada*. El particular que ~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior

1. A análise minuciosa do tipo penal em questão revela diversos elementos que merecem destaque, em particular, os sujeitos ativos designados pelo legislador para esse delito. Pela redação original do dispositivo, é possível inferir que existiam diversas categorias de sujeito ativo para o crime de desaparecimento forçado, a saber: o particular que pertencesse a um grupo armado à margem da lei, o servidor público, ou o particular que atue sob a determinação ou aquiescência do servidor público. O legislador delineou no caput a figura do sujeito ativo como “particular pertencente a um grupo armado à margem da lei”, ao passo que acrescentou, no inciso segundo, a referência ao “servidor público ou particular que atue com determinação ou aquiescência do servidor público”. A redação original perdurou até 2002 quando a Corte Constitucional colombiana se debruçou sobre a constitucionalidade do termo “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”* no âmbito da sentença C-317/02[[161]](#footnote-162).
2. O primeiro argumento empregado pela Corte Constitucional Colombiana foi o de que a ampla inclusão de sujeitos ativos no crime de desaparecimento forçado na legislação nacional derivava de preceitos constitucionais, nos termos do artigo 12 da Carta Política colombiana, que dispõe que “*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. A partir desse dispositivo, é possível averiguar que o constituinte não especificou um sujeito ativo para a conduta, ou seja, todas as pessoas, sejam elas agentes estatais ou particulares, poderiam cometer o desaparecimento forçado. Segundo a Corte Constitucional colombiana, essa ampla abrangência do sujeito ativo decorreu do contexto do país, no qual membros de guerrilhas, narcotraficantes e paramilitares também utilizavam essa prática para se vingar dos seus opositores[[162]](#footnote-163). Amparado por esse argumento, o referido Tribunal também alegou que a proteção nacional pretendia ser mais abrangente do que aquela prevista nos instrumentos internacionais por não limitar o sujeito ativo do crime, “*resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional*”[[163]](#footnote-164).
3. O segundo argumento dos magistrados foi respaldado pelo princípio da igualdade, consagrado no artigo 13 da Carta Política da Colômbia, visto que um tratamento diferenciado entre particulares poderia resultar em penas mais brandas para aqueles que não se enquadrassem nas situações originalmente previstas pelo artigo 165 da *Ley 599 de 2000*[[164]](#footnote-165). Nesse sentido, a sentença consagrou que agentes estatais e particulares, independentemente das suas qualificações, poderiam ser responsabilizados pelo crime de desaparecimento forçado para evitar disparidades entre as penas aplicadas.
4. Desse modo, a Corte Constitucional colombiana afirmou que a expressão “*perteneciendo a um grupo armado al margen de la ley*” era inconstitucional, pois reduzia a proteção do artigo 12 da Carta Política do país[[165]](#footnote-166). O Tribunal entendeu que essa restrição excluiria a tipicidade em relação aos outros potenciais sujeitos ativos do crime como particulares que não pertencessem a nenhum grupo, particulares que pertencessem a grupos não armados, e aqueles particulares que fossem membros de grupos permitidos por lei[[166]](#footnote-167).
5. Além disso, perante a Corte IDH, o Estado colombiano argumentou que o tipo penal doméstico prevê circunstâncias agravantes quando o crime for cometido por “*quien ejerza autoridad o jurisdicción*”[[167]](#footnote-168), conforme estabelecido no parágrafo 1º do artigo 166 da *Ley 599 de 2000[[168]](#footnote-169)*. É necessário recordar que o sujeito ativo estabelecido pela CIDFP, em regra, é o agente estatal ou particular que atue sob apoio, tolerância ou aquiescência estatal. No entanto, no ordenamento jurídico colombiano, as definições que especificam o sujeito ativo não são uniformes. É preocupante notar que ora a definição é muito restritiva, como no caso do artigo 165 que utiliza o termo **“servidor público”** em vez de agente estatal, e ora é muito ampla, como no caso do artigo 166 da referida lei, que inclui os conceitos genéricos de **autoridade ou jurisdição**. Nas três hipóteses, seria necessário que houvesse um exercício hermenêutico para compreender quais tipos de servidores, autoridades ou jurisdição seriam passíveis de serem abrangidos dentro das hipóteses de sujeito ativo do crime de desaparecimento forçado.
6. O estado da arte sobre a tipificação do delito de desaparecimento forçado na Colômbia, embora não tenha sido abordado no Acordo de Reparações firmado entre o Estado e as vítimas[[169]](#footnote-170), foi discutido durante a audiência pública do presente caso[[170]](#footnote-171) e nos escritos das alegações finais escritas das partes. Durante o seu depoimento perante a Corte IDH, a Sra. Sandra del Pilar Ubaté enfatizou a necessidade de revisão do tipo penal colombiano para assegurar que a responsabilidade estatal não fosse diluída pelo texto legislativo, tampouco a gravidade dos crimes cometidos por agentes estatais fosse minimizada[[171]](#footnote-172). Os representantes das vítimas reiteraram que os Estados não podem invocar o direito interno, alegando supostamente um maior alcance protetivo do tipo penal, para se esquivar das suas obrigações internacionais. Além disso, afirmaram que os crimes de *sequestro,* *recrutamento forçado* e até mesmo, a criação de dois tipos penais distintos (desaparecimento forçado e desaparecimento por particulares) poderiam contemplar as preocupações da Corte Constitucional colombiana em relação à punição dos atos praticados por particulares sem vínculo estatal[[172]](#footnote-173).
7. Os representantes das vítimas sustentaram três argumentos centrais para reforçar a não inclusão de particulares no rol de sujeitos ativos do crime de desaparecimento forçado, os quais julgo pertinente reforçar no presente voto. Em primeiro lugar, afirmaram que um dos principais aspectos da tipificação do desaparecimento forçado está relacionado ao *direito à memória,* em virtude da relevância axiológica intrínseca a essa terminologia, a qual originalmente se refere aos crimes de Estado. Em seguida, enfatizaram que a diluição do papel do Estado no texto legal também provoca *imprecisão das estatísticas* relacionadas à ocorrência do desaparecimento forçado. Por fim, nas palavras dos representantes das vítimas, “*hay una importancia con relación a las estrategias investigativas que debe emplear un Estado al investigar* ***crímenes del sistema****. La desaparición forzada no es un delito cualquiera, es un crimen que normalmente compete a las empresas criminales del interior del propio Estado por eso las estrategias investigativas son diferentes*”[[173]](#footnote-174).
8. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos[[174]](#footnote-175), por sua vez, se manifestou alegando que “*en opinión de la Comisión- conlleva reconocer que, por una parte, se ha extendido la definición de desaparición forzada a particulares que actúen sin colaboración estatal en la hipótesis del artículo 5 de dicho tratado*”[[175]](#footnote-176). Em sentido semelhante, o Estado reafirmou que o tipo legal doméstico era mais “garantista” do que a proteção convencional[[176]](#footnote-177). No entanto, os representantes das vítimas refutaram essas alegações, afirmando que a extensão da norma não implica, necessariamente, um aumento da proteção conferida aos desaparecidos e seus familiares. A introdução dos particulares sem vínculo estatal ao crime permite que desaparições forçadas sejam atribuídas aos guerrilheiros (inclusive, os desmobilizados) como tática estatal de intimidação[[177]](#footnote-178). A descaracterização da autoria do crime enfraquece o papel do Estado como sujeito ativo e contradiz os preceitos do artigo 2º da CIDFP[[178]](#footnote-179).
9. Após examinar esses elementos sobre a tipificação adotada na Colômbia, é relevante destacar que a análise de adequação normativa, que será abordada nos próximos tópicos, é ainda justificada pelo fato de o magistrado que conheceu do caso do desaparecimento do Sr. Ubaté ter se recusado a modificar a qualificação jurídica dos fatos à luz da legislação vigente, que já contemplava a referida figura delitiva.
10. Portanto, a divergência inaugurada pelo presente voto busca a readequação do tipo legal colombiano pela observância de três elementos centrais, que serão detalhados a seguir: (**i**) o escrutínio estrito de convencionalidade das normas penais, através da máxima da proporcionalidade;(**ii**) a proibição da proteção insuficiente; e (**iii**) o cumprimento do mandado de criminalização do tipo penal pela CIDFP.

# O escrutínio estrito de convencionalidade das normas penais e a proibição da proteção insuficiente

1. A decisão da maioria no sentido de abster-se de realizar o controle de convencionalidade do artigo 165 da Ley 599 de 2000, a meu ver, é inadequada. Embora a Sentença tenha declarado violação ao artigo 2 em razão da recusa da Justiça colombiana em requalificar o crime de “*secuestro simple*” como “desaparecimento forçado” – o que equivale a uma **falha do Estado** em aplicar a norma existente no seu próprio ordenamento jurídico – o Tribunal não se ocupou de examinar se a tipificação do desaparecimento forçado, em si, era compatível com Convenção.
2. Os argumentos apresentados a seguir guiarão o raciocínio exposto ao longo do voto com base em duas perspectivas principais: a primeira diz respeito à necessidade de um escrutínio estrito da convencionalidade das normas penais, tanto para prevenir abusos quanto para evitar lacunas de proteção; e, em segundo lugar, para assegurar o cumprimento do mandado de criminalização, instituído pela CIDFP, do qual a Colômbia é signatária.
3. Como visto, o caso *sub judice* confrontou a Corte IDH com o lamentável cenário de violação de direitos humanos em razão de dois desaparecimentos forçados, cuja impunidade permanece por incontáveis anos, ambos os crimes inseridos em um contexto de violações contra pessoas defensoras de direitos humanos. Essa sentença soma-se ao repertório jurisprudencial composto por inúmeras decisões sobre a mesma temática em condições semelhantes, configurando um padrão sistemático de atuação estatal que impõe uma resposta internacional mais assertiva visando assegurar medidas de não repetição que não se esgotem nas vítimas do presente caso, mas beneficiem toda a sociedade.
4. A implementação dessa diretriz convencional não se ampara, no entanto, na proteção irrestrita ou na punição de todo e qualquer empecilho ao exercício dos direitos humanos. É aceitável que os Estados possuam certa discricionariedade para adotar as medidas internas à luz dos parâmetros jurisprudenciais e normativos interamericanos. A respeito desse tema, entretanto, é importante ressaltar que a discricionariedade reservada aos Estados para conformar normatividade doméstica não deve se converter em proteção insuficiente ou deficitária, uma vez que os Estados devem resguardar a dignidade humana não somente pela abstenção de violar direitos humanos, mas também pelo compromisso de protegê-los adequadamente.
5. A mera existência *formal* de tipo penal correspondente a determinada conduta que configure violação de direitos humanos pode não ser suficiente para que se constate que o Estado satisfez seu dever de proteção. Deve-se acrescentar na equação uma análise *material* do tipo.Entre os vários elementos que devem ser observados está a descrição precisa das condutas penais, a fim de evitar ambiguidades, juízos arbitrários e incertezas em relação à correta tipificação do delito[[179]](#footnote-180), que deve estar alinhada aos parâmetros internacionais.
6. Como exposto em ocasião recente, o direito penal regula as transgressões jurídicas socialmente mais danosas e que demandam a categoria de resposta mais severa do Estado, a pena. Essa singularidade qualitativa da seara criminal – decorrente da existência da pena como consequência jurídica – repercute diretamente nas técnicas jurídicas de controle por parte das autoridades incumbidas de verificar e validar a conformidade da norma em relação ao ordenamento constitucional ou convencional[[180]](#footnote-181). Com efeito, as normas penais devem ser submetidas a um escrutínio estrito de **convencionalidade** por configurarem *ultima ratio* dentre os mecanismos repressivos disponíveis ao Estado. A singularidade da consequência jurídica impõe, como contrapartida, um escrutínio mais reforçado dos pressupostos de incidência de tal consequência.
7. Reconhecer a necessidade de um escrutínio estrito sobre a normatividade penal – isto é, sobre os elementos do tipo penal –, contudo, não se confunde com uma exigência de contenção irrefletida do poder punitivo, mas significa que o princípio da proporcionalidade deve ocupar, por óbvio, lugar central nessa análise, levando em conta a especificidade dos direitos potencialmente afetados pela persecução criminal, cotejando, de um lado, a tutela dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos e à sociedade e, do outro, o risco que se afigura à liberdade do cidadão que poderá ser submetido à pena.
8. Assim, tal proposta de escrutínio estrito deve abranger as duas vertentes da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente. Olhar apenas para uma delas é falhar em apreciar a relação entre o direito penal e os direitos humanos em sua integralidade. Outrossim, não há como se falar em excesso ou insuficiência do direito penal *tout court*, pois tais balizas dependem sempre dos standards internacionais de direitos humanos. Assim, a previsão dos princípios da legalidade e anterioridade penal, por exemplo, afasta eventuais hipóteses de excesso punitivo, enquanto o dever de proteção institui as circunstâncias em que o legislador deve estabelecer a resposta penal adequada diante de condutas particularmente lesivas aos direitos humanos.
9. No recente voto conjunto proferido no caso *Huilcaman Pailama vs. Chile*, por exemplo, tivemos a oportunidade de abordar os contornos de tal escrutínio estrito de convencionalidade da norma penal sob a perspectiva da proibição de excesso, diante do exame de tipos penais excessivamente abrangentes e que favoreceram a persecução arbitrária e discriminatória das vítimas. O presente caso revela a outra face do princípio da proporcionalidade aplicado em matéria penal, ao trazer à Corte IDH a discussão a respeito dos riscos que a proposição normativa deficiente de crimes contra a humanidade pode acarretar aos direitos humanos.
10. Desse modo, a atuação legislativa estatal deve superar a lógica de um garantismo meramente negativo e considerar, de modo integral, as duas vertentes do princípio da proporcionalidade em sentido amplo: a proibição do excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição da proteção insuficiente (*Untermaßverbot*)[[181]](#footnote-182). Ambas ensejam limites jurídicos ao Estado para que não ocorram abusos em dois extremos igualmente perigosos para os direitos humanos: o exagero e o déficit.
11. A proibição do excesso é descumprida quando uma determinada medida estatal viola – de maneira inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito – a obrigação dos Estados de respeitar direitos. Nesses casos, o Estado peca por uma atuação “para além” dos limites da proporcionalidade ao perseguir exageradamente certos fins em detrimento do dever de cumprir diretamente com as normas convencionais estabelecidas. A proibição do excesso manifesta-se, assim, por meio da invalidação de normas, decisões ou práticas ilegítimas, inadequadas, desnecessárias ou desarrazoadas que colidam “excessivamente” – e, portanto, desproporcionalmente – com o direito de um indivíduo a um comportamento negativo ou positivo do Estado. O juízo de averiguação da proporcionalidade de determinado ato é examinado por meio da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
12. Já a proibição de proteção insuficiente é descumprida quando há omissão do Estado (total ou parcial) que viola – de modo desproporcional – a obrigação dos Estados de garantir direitos. Em tais circunstâncias, o Estado falha por uma postura “aquém” do que seria proporcional fazer, ao deixar de agir do modo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para garantir que não haja violação dos direitos dos indivíduos. Tal proibição de déficit concerne, nesse sentido, falhas do Estado em assegurar “direitos protetivos” da pessoa humana, a saber, direitos de “que o Estado o proteja da interferência de terceiros” que possam violar os seus direitos[[182]](#footnote-183). Se a proibição do excesso implica que o Estado excedeu a persecução de um fim legítimo – violando diretamente certo direito para além do adequado, necessário e razoável –, a proibição de déficit ou de insuficiência quer dizer que o Estado não foi longe o suficiente na proteção de um direito – fornecendo medidas para aquém do que seria adequado, necessário e razoável para impedir violações desse direito.
13. Para tanto, deve haver, por parte do Estado, um comprometimento suficiente com a proteção dos direitos humanos, que se materializa sobretudo pela adequação do direito interno às exigências da Convenção e demais tratados. Conforme Canaris, a proibição da proteção insuficiente (*Untermaßverbot*) nada mais é do que a garantia de que os direitos sejam protegidos da forma adequada e necessária à luz dos *standards* mínimos de proteção, afastando quaisquer restrições, alterações injustificadas ou inferiores ao mínimo de garantias oferecidas por esses parâmetros[[183]](#footnote-184).
14. Esse posicionamento também converge com o voto individual que proferi no caso Caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia* (2023) nos seguintes termos:

Esta, sob o influxo da dogmática constitucional alemã, assenta-se na premissa de que os direitos fundamentais manifestam uma dimensão subjetiva, na qual sobressai o aspecto de liberdade do cidadão diante do Estado, e uma dimensão objetiva, ancorada na compreensão de que tais normas encartam padrões e valores indisponíveis ao Estado. A primeira, conhecida desde o constitucionalismo liberal, fundamenta pretensão de abstenção em favor de um indivíduo, defende-o de *intervenções* que assumem a forma de *ações*. A segunda, ao contrário, direciona a atuação de todos os poderes públicos e fornece o instrumental necessário para que, em determinadas situações, seja possível **afirmar que há um déficit de atuação estatal na proteção de um direito (independentemente de haver titular subjetivamente identificável); com isso, presta-se também para embasar a adoção de medidas positivas, decorrentes da observância ao mandamento da proibição de proteção insuficiente**. A dimensão objetiva – na sua multifuncionalidade – também traduz o reconhecimento de que direitos fundamentais podem ser violados por omissão, ao mesmo tempo em que confere meios para combatê-la (Grifo nosso)[[184]](#footnote-185).

1. Importante ressaltar que a existência autônoma do princípio da proibição da proteção insuficiente demonstra que é necessário não somente cumprir com o dever de proteção *per se,* mas também outorgar certo *nível* de proteção estabelecido pelos requisitos mínimos instituídos nos tratados e jurisprudência internacional[[185]](#footnote-186). Em outras palavras, o controle de convencionalidade pautado na proibição de proteção insuficiente não pode ser realizado pela mera aferição da existência ou da inexistência de medida estatal visando proteger certos direitos. Fazê-lo seria um exame de convencionalidade meramente protocolar. A efetividade desses direitos verifica-se, justamente, quando a existência de certa medida fornece instrumento materialmente *suficiente* de proteção.
2. O nível de exigência imposto pelo princípio da proibição de proteção deficiente – *seja para prevenir tipos legais genéricos, como o presente caso, ou para se evitar penas aquém da gravidade do crime* – deve ser balizado de acordo com o potencial lesivo da violação de direitos humanos em questão. Situar o nível de suficiência de proteção de certo direito depende, assim, de um exame cuidadoso da natureza e do contexto das violações a serem combatidas.
3. Tal consideração é particularmente relevante na intersecção entre os domínios do direito penal e do direito internacional dos direitos humanos, na qual são colocadas com frequência algumas das mais graves violações de direitos humanos. Ao menos desde o final da II Guerra Mundial, a comunidade internacional tem caminhado sob o consenso de que a impunidade dos crimes contra a humanidade pode constituir indesejável convite à repetição e uma séria afronta ao direito de acesso à justiça que as vítimas possuem. Esse postulado demanda especial atenção ao princípio da vedação à proteção insuficiente quando se está diante de tipos penais que tratam de delitos dessa natureza.
4. É o caso do desaparecimento forçado, cuja proibição transcende as idiossincrasias dos sistemas jurídicos locais e assume o caráter de *ius cogens*, isto é, de imprescritibilidade imperativa que nasce da própria consciência jurídica universal, um autêntico *mala in se*. Essa conformação peculiar do delito exige, por parte do legislador e dos órgãos de controle, aderência rigorosa aos parâmetros e elementos essenciais que orientam sua persecução e repressão penal.
5. Isso não significa, de forma alguma, erodir as garantias penais e judiciais elementares do indivíduo para viabilizar a punição. A salvaguarda intransigente dos direitos do acusado não implica qualquer inconformidade com o *escrutínio estrito* que deve ser destinado ao exame dos tipos que contemplam os crimes de lesa humanidade.
6. Assim, todo controle de convencionalidade fundamentado na proporcionalidade, especificamente na proibição de insuficiência, deve considerar a forma específica pela qual ocorre a violação a ser combatida pelo Estado. Tal análise só é possível por meio de uma adequada consideração dos agentes perpetradores de tais violações, da situação específica das vítimas, bem como dos instrumentos à disposição do Estado para a sua proteção.
7. Quanto aos agentes perpetradores, é importante ressaltar que o dever do Estado de proteger suficientemente os direitos humanos frente à interferência indevida de “terceiros” deve ser entendido de maneira ampla em relação ao agente violador. Não se trata somente de amparar suficientemente as vítimas contra atos atentatórios perpetrados por terceiros. Assegurar a proteção suficiente dos direitos humanos é, assim, uma obrigação do Estado independentemente da natureza específica do autor, seja ele agente estatal ou particular.
8. Entretanto, há casos em que a garantia de proteção em nível suficiente exige medidas centradas em atos de agentes específicos. Em outras palavras, uma proteção de direitos *dispersa*, contraagentes violadores diversos ou não especificados, pode constituir medida insuficiente a depender da matéria em exame, pois a qualidade do autor (o sujeito ativo) pode significar um correspondente aumento do conteúdo de ilícito da própria conduta, na medida em que uma classe de pessoas assuma uma relação especial com o bem jurídico tutelado pela norma. Cuida-se do que a dogmática jurídico-penal designa de crimes especiais, específicos ou próprios (a designação se altera a depender do país). Se não se presta a devida atenção aos agentes específicos capazes de causar determinada violação, não se confere proteção suficiente às vítimas que potencialmente sofrem pela ação desses agentes. Portanto, o exame da suficiência de determinada medida estatal de proteção ou de uma possível omissão a esse respeito deve estar atento para as verdadeiras fontes da referida violação. Como se procurará demonstrar, é o que ocorre com as violações decorrentes de desaparecimento forçado, em relação às quais a proteção suficiente significa uma proteção especificamente contra atos de agentes do Estado ou de pessoas ou grupos de pessoas que atuem com sua autorização, apoio ou consentimento.
9. Em relação às vítimas, a adequação de normas aos parâmetros internacionais deve ser mais rigorosa quando a violação é permeada por ofensas reiteradas dentro do contexto histórico que a criou ou, transversalmente, quando há violações múltiplas ou interseccionais de direitos humanos. O exame de suficiência da proteção conferida pelo Estado pressupõe considerar o impacto da desproteção sobre o projeto de vida dos afetados, sobretudo daqueles que pertencem a grupos especialmente vulneráveis[[186]](#footnote-187). As leis internas, quando oportunizam ditas violações, ainda que internalizem nominalmente os pressupostos convencionais, devem levar em conta o contexto da violação em análise – isto é, a adequação das medidas de proteção de direitos tanto em abstrato quanto em concreto. Nas palavras do saudoso juiz Cançado Trindade, sempre que necessário, deve-se proceder à“*revisión o revocación de leyes nacionales – particularmente las de excepción – que no se conformen con sus estándares de protección*”[[187]](#footnote-188).
10. Por vezes, a despeito da existência de instrumentos internacionais de reconhecimento de direitos, cabe aos Estados reforçar a importância da proibição de certas condutas, sobretudo aquelas que violem gravemente a dignidade humana. A partir dessa premissa, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas dispõe, como regra geral, em seu artigo 1.d), que os Estados Partes devem tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos nela assumidos.
11. De maneira mais específica, a CIDFP, reafirmando em seu preâmbulo que a prática sistemática do desaparecimento constitui crime de lesa-humanidade, determina, em seu artigo III, que os Estados Partes devem se comprometer a adotar medidas legislativas para tipificar o **delito** de desaparecimento forçado de pessoas[[188]](#footnote-189).
12. O dispositivo reflete a percepção externalizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de reconhecer que, ainda que a legislação nacional já previsse a criminalização de atos que abrangessem o desaparecimento forçado de pessoas, a partir da CIDFP os Estados Partes devem adotar parâmetros criminais separados e específicos para definir o desaparecimento forçado[[189]](#footnote-190). Assim, tanto seu preâmbulo quanto o artigo III se encarregaram de determinar a necessidade de que o crime de desaparecimento forçado fosse tipificado nos exatos parâmetros adotados pela Convenção.
13. Trata-se, portanto, de verdadeiro mandado expresso de criminalização da aludida conduta. Essa determinação de produzir uma norma penal interna simboliza a confiança nos sistemas de justiça criminal nacionais como espaços de tutela e proteção de direitos, e a CIDFP cria para os Estados Partes um *dever* – ainda que ressalve a observâncias dos procedimentos constitucionais de cada país – de legislar a partir dos parâmetros mínimos nela indicados. O Estado Parte, portanto, não está autorizado a desenvolver atividade legislativa propriamente autônoma de fixação de fins nem de indicação de meios[[190]](#footnote-191), pois esses já foram previamente determinados pela CIDFP.
14. Dessa forma, a moldura normativa oferecida pela CIDFP, em conjunto com a vasta jurisprudência interamericana sobre a matéria, opera, na prática, como critério reitor que deve orientar o escrutínio estrito de convencionalidade da norma penal que tipifica o desaparecimento forçado, oferecendo o instrumental jurídico necessário para suplantar quaisquer lacunas punitivas e evitar a impunidade, bem como o guia para o exame de conformidade da normatividade doméstica tanto pelo juiz nacional quanto pelo juiz internacional.
15. Embora subsista alguma margem de criatividade para o legislador nacional no cumprimento dessa obrigação, já que o mandado de criminalização expresso na CIDFP não declina todos os requisitos para a elaboração de um tipo penal, o diploma internacional estabelece alguns elementos extrínsecos e intrínsecos ao tipo cuja incorporação ao ordenamento jurídico se mostra indispensável para que a obrigação seja considerada satisfatória e devidamente cumprida.
16. Dentre os elementos extrínsecos estão as obrigações de (i) tipificação do desaparecimento forçado de pessoas; (ii) imposição de pena proporcional à gravidade do crime; e (iii) que o crime seja considerado permanente ou duradouro. Desses, apenas o segundo requisito confere alguma discricionariedade ao legislador, que poderá fixar o quantum da pena que entender adequado, desde que leve em consideração a gravidade do crime de desaparecimento forçado de pessoas.
17. Os outros dois requisitos, contudo, não admitem margem de manobra para o legislador nacional. O crime deverá ser obrigatoriamente permanente e a sua prescrição legal deverá observar todos os elementos intrínsecos do tipo contidos na CIDFP, nos termos de seu artigo II: “a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes” (grifou-se). Vê-se, assim, que o crime de desaparecimento forçado é predicado do Estado, entendimento que já foi objeto de Sentença desta Corte IDH no caso *Gómez Palomino Vs. Perú*[[191]](#footnote-192).
18. Há, ainda, outro argumento relevante na discussão, relativo ao aspecto político-criminal da correta tipificação do crime de desaparecimento forçado. A existência do delito autônomo de desaparecimento forçado auxilia – e às vezes é o instrumento que possibilita – a gestão adequada da administração da justiça nesses casos, permitindo, por exemplo, a extração de estatísticas claras a respeito da ocorrência desse crime e a identificação de investigações que requeiram métodos e estratégias diferenciados.
19. Esses aspectos foram delineados pelo Comitê contra o Desaparecimento Forçado das Nações Unidas (“CDF”), por meio das observações apresentadas em resposta ao informe apresentado pelo Estado da Colômbia ao Comitê. Cabe mencionar que o CDF também entende, em consonância com a conclusão adotada na Seção II.a deste voto, que “*incluir a actores no estatales en la definición del delito de desaparición forzada diluye la responsabilidad del Estado y que la definición amplia de desaparición forzada del artículo 165 del Código Penal podría tener consecuencias en otros planos*”[[192]](#footnote-193). Em outra oportunidade mais recente, o CDF expressamente recomendou a revisão do artigo 165 do Código Penal colombiano para “asegurar su plena concordancia con el artículo 2 de la Convención [CIDFP]”[[193]](#footnote-194).
20. Ao mesmo tempo, também o preceito secundário da norma penal está sujeito à incidência da proibição da proteção insuficiente. No caso da tipificação do crime de desaparecimento forçado, embora não haja diretriz quantitativa conforme exposto *supra*, a CIDFP exige que o *quantum* da pena cominada ao delito seja proporcional à sua gravidade. Neste caso, o próprio mandado expresso de criminalização disposto na Convenção já proíbe a proteção insuficiente, de forma que é vedado ao legislador nacional cominar penas em abstrato em patamar inferior daquele que seria proporcional ao delito, considerando-se os parâmetros internacionais.
21. Vê-se que diplomas legais nacionais que desviem dos parâmetros mínimos determinados pela CIDFP não atendem plenamente ao mandado expresso de criminalização nela contido e são insuficientes para a consecução das finalidades almejadas pela Convenção, de maneira que deveriam ser declarados inconvencionais.
22. Ante o exposto, o caso concreto também reclama o escrutínio estrito de convencionalidade sob o prisma da proibição da proteção insuficiente. Tal princípio revela-se uma faceta essencial do postulado da proporcionalidade para avaliar as condutas positivas adotadas ou não pelos Estados para assegurar os compromissos assumidos internacionalmente. A mera edição formal de uma qualquer proibição não atende, por si só, a essa exigência material. O artigo 1.d) da CIDFP e, de maneira mais ampla dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, artigo 2º da CADH introduzem um imperativo de tutela aos Estados que ratificaram o tratado em relação ao dever de adotar disposições de direito interno[[194]](#footnote-195). Essa obrigação estabelece que os órgãos internos e autoridades estatais devem realizar o controle de convencionalidade das suas normas e práticas, seja para inserir os preceitos fundamentais ou remover e ajustar normas internas que estejam em desacordo com a Convenção. Tais condutas devem observar tanto os parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos humanos quanto a perspectiva axiológica obtida a partir da leitura sistemática do arcabouço jurídico em direitos humanos, como será demonstrado a seguir.

# A adequação do tipo penal do desaparecimento forçado aos parâmetros internacionais

1. O presente tópico será dedicado a analisar as razões pelas quais entendo que a tipificação do crime de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico colombiano não está em plena conformidade com os parâmetros internacionais e, portanto, deveria ser objeto de reforma legal nos termos dos parâmetros normativos internacionais e do histórico jurisprudencial interamericano. O tópico será dividido em três partes: **(a)** na primeira, visitarei os trabalhos preparatórios da CIDFP para resgatar as razões históricas que levaram à conformação de um regime jurídico de repressão ao desaparecimento forçado centrado na atuação dos agentes estatais; **(b)** na segunda parte, cuidarei dos elementos que conformam o referido delito, com enfoque na participação de agentes do Estado; **(c)** na terceira, passarei pela jurisprudência interamericana sobre o controle de convencionalidade de tipos penais do desaparecimento forçado.

## Origem e contexto histórico da CIDFP

1. Com a ascensão dos regimes autoritários na América Latina na segunda metade do século XX, a prática dos desaparecimentos forçados foi assimilada como política de Estado, orientada pelo propósito de repressão de opositores, disseminação do medo e eliminação de dissidências. Esse contexto particular do Cone Sul fez com que os primeiros esboços de regimes legais para combater os desaparecimentos forçados também tiveram as suas origens no continente.
2. Resguardados por essa memória, a posição dos agentes estatais na caracterização do desaparecimento forçado foi objeto de atenção desde as discussões travadas nas primeiras iniciativas da comunidade internacional para tratar da repressão e prevenção a tal crime. A primeira iniciativa foi liderada por organizações da sociedade civil latino-americana e culminou na adoção da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (1992)[[195]](#footnote-196). Dois anos depois, a Convenção Interamericana contra o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994) inaugurou o regime legal de natureza mandatória, cujos efeitos irradiam pelo continente americano. A proteção universal, ainda que tardia, foi confirmada quase dez anos depois com a adoção da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006), embora o Comitê de Direitos Humanos (*Human Rights Comittee*) já tivesse conferido proteção individual a diversos casos submetidos por meio de comunicações individuais, nos termos do artigo 5º do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[[196]](#footnote-197).
3. A CIDH foi o primeiro organismo internacional a se manifestar e a denunciar os desaparecimentos e torturas sistemáticas *cometidas* por agentes governamentais na região latino-americana. A partir de 1974, a CIDH passou a levar ao conhecimento da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (“OEA”) fatos relacionados à prática do desaparecimento forçado. Em seu relatório de 1977, destacou a natureza brutal e desumana do referido delito.

Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. **Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados “desaparecidos”. Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención**. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la “desaparición” no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos (Grifo nosso).[[197]](#footnote-198)

1. Em 1987, a Assembleia Geral da OEA aprovou a Resolução AG/RES nº 890 (XVII-0/87)[[198]](#footnote-199), destacando a gravidade do desaparecimento forçado e sugerindo a necessidade de um tratado interamericano específico sobre o tema.

Several military dictators have used this method in recent years, especially starting in the seventies, although it is important to stress that disappearances have occurred even under some legitimate governments. (…) In those reports, the Commission has expressed its view on this very serious violation of human rights. Thus, it has pointed out that in many cases in the various countries the government systematically denies the detention of persons, despite convincing proof from complainants to support their allegations that such persons have been deprived of their liberty by police or military authorities, and in some cases, that these persons are or have been held at particular detention facilities.

(…) The Commission will not propose at this time the text of a draft convention on this important topic. It considers that before submitting a detailed draft of articles, the governments of the member States should make known their political will in order to promote this initiative. For these reasons, the Commission will confine itself at this time to submitting some very general concepts on the topics and subjects that should be included in the planned convention if the General Assembly should decide, as the Commission hopes, to endorse that initiative. In the Commission’s opinion, the convention should stress, either in its preamble or in its first article, that its purpose is to prevent and punish the practice of forced disappearances. **The Convention, which must necessarily include the concept of forced disappearance, should describe that practice.** In this regard, it should be recalled that the Commission, in previous reports and resolutions, has had occasion to go more deeply into the status of disappeared detainees, and has described them as persons who have been apprehended by armed personnel (sometimes uniformed, who usually have stated that they belonged to some kind of public authority), in significant and coincident operations both in the manner of deployment and in the form of execution, and that after detention, those persons have disappeared, without any report whatever of their whereabouts**. In other words, forced or involuntary disappearance can be defined as the detention of a person by agents of the State or with the acquiescence of the State, without the order of a competent authority, where the detention is denied, without there being any information available on the destination or whereabouts of the detainee** (Grifo nosso).

1. Em 1988, por meio da Resolução AG/RES nº 950 (XVIII-0/88)[[199]](#footnote-200), a Assembleia Geral da OEA propôs um primeiro rascunho do que viria a se tornar a CIDFP, levando em conta os documentos da Organização da Nações Unidas (“ONU”) e os debates jurídicos sobre desaparecimento forçado. A minuta também foi influenciada pela decisão histórica da Corte IDH no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), no qual o Tribunal confirmou a gravidade da prática e a necessidade de uma abordagem integral para enfrentá-la. Finalmente, em 1994, durante o 24º Período Ordinário de Sessões em Belém do Pará, no Brasil, a Assembleia Geral da OEA adotou a Resolução AG/RES nº 1256 (XXIV-O/94), que culminou na aprovação da referida convenção.
2. Portanto, a CIDFP nasceu da urgência de responder a um dos mais atrozes métodos de repressão estatal utilizados na América Latina no final do século XX, estabelecendo um marco jurídico fundamental para a proteção dos direitos humanos na região. Ela representou um compromisso coletivo dos Estados membros da OEA de garantir que crimes de desaparecimento forçado fossem devidamente enfrentados, proporcionando justiça e reparação às vítimas e prevenindo futuras violações.
3. Como será aprofundado nas seções seguintes deste voto, nota-se que, desde a ideia embrionária da CIDFP, a tipificação do desaparecimento forçado foi pensada e desenhada a partir e em torno da figura do Estado, motivada pelo contexto da América Latina à época. Os excertos a seguir demonstram como a Assembleia Geral da OEA, desde o primeiro momento, atribuiu ao Estado a figura de agente ativo desse crime.

**Resolução AG/RES nº 890 (XVII-0/87)**

(…) For there to be a forced disappearance of a person, there must first have been an arbitrary arrest. The arrest of the person, although usually done in secret, **is carried out by government agents, either uniformed or in civilian clothing, who are members of police organizations or the armed forces, or paramilitary forces acting under the operational control of the police or armed forces.** This is important because such disappearances do not include kidnapping of a person by common criminals, for example, for ransom. **In some cases, the perpetrators are members of paramilitary or parapolice groups. The seriousness of this type of crime is that the perpetrators enjoy immunity, because they have the tolerance or the protection of government agencies. In these cases, the perpetrators act, for all legal purposes, as agents of the State, in view of the acquiescence of the government**.

(…) The foregoing shows that the basic characteristic of forced disappearance of person is that each individual case is part of a deliberate and conscious policy **adopted by the government at some level of authority** having the capacity not only to give this kind of order and have it carried out, but also to ensure the impunity of those who are to implement it. The definition must not, therefore, include isolated cases where the whereabouts of a detainee is unknown, particularly if it can be shown that **the government involved** has made efforts to investigate the case and inform family members of it and punish officials responsible for the situation.

**Resolução AG/RES nº 950 (XVIII-0/88)**

**Article 2 defines forced disappearance on the basis of the criterion generally accepted by the bodies that have been concerned with describing the phenomenon**. In the opinion of the Commission, as pointed out in its earlier report, for there to be a forced disappearance, there must first have been an abduction or an arbitrary arrest. The abduction or the arrest of the person, although usually done in secret, **is carried out by government agents, either uniformed or in civilian clothing, who are members of police organizations or the armed forces, or by paramilitary forces acting under the operational control of the police or armed forces**. This is important because such disappearances do not include kidnapping of a person by common criminals, for example, for ransom. **In some cases, the perpetrators are members of the paramilitary or parapolice groups. The seriousness of this type of crime is that the perpetrators enjoy immunity since they are tolerated by government agencies. In these cases, for all legal purposes, the perpetrators are acting as agents of the state, in view of its consent or acquiescence**. The other essential element necessary to describe this phenomenon is that once the abduction or detention has occurred and a reasonable amount of time has elapsed, the government authorities provide no information which allows a determination of the whereabouts or fate of the abducted or arrested person.

It should be noted that that provision of forced disappearances when they stem from a deliberate, systematic policy adopted by the government of a state and affect a considerable number of people, Article 25 proposes that under such circumstances that practice should be considered an urgent problem of general interest to the American states, which may lead to the convocation of a Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs. It should be noted that that provision does not refer to individual cases of forced disappearance–which are covered by the three preceding articles–but to a general situation characterized by the following: a) the existence of a policy, that is, a deliberate and systematic decision, which also implies application of a method previously agreed on; **b) adoption of that decision by the highest authorities of the State so that the resulting actions may be imputed to the State;** and c) the existence of a significant number of victims of the practice, which excludes isolated cases of disappearance, although those cases may meet the other requirements (Grifo nosso).

1. Desde aquele momento vigorava a percepção cristalina de que o desaparecimento forçado era um crime de Estado, que nascia de uma decisão política deliberada das autoridades, ainda que executado por grupos não vinculados diretamente ao Poder Público. Essa característica particular que marca sua ocorrência reflete, como observado à época, a necessária imputação do resultado da ação delitiva ao Estado, na pessoa dos agentes envolvidos ou daqueles que atuaram sob seu controle ou omissão.

## Caracterização do crime de desaparecimento forçado

1. *Ubaté y Bogotá vs. Colombia* infelizmente não é um caso apartado sobre desaparecimento forçado nem na Colômbia, nem no repertório jurisprudencial da Corte IDH. O contexto em que ele se insere é compartilhado por tantos outros casos. Dentre eles, para citar apenas alguns exemplos mais recentes, se encontram: *Vereda La Esperanza vs. Colombia* (2017), *Isaaza Uribe y otros vs. Colombia* (2018), *Villamir Durán y otros vs. Colombia* (2018) e *Movilla Galarcio y otros vs. Colombia* (2022). Em todos esses casos, as violações são situadas em um cenário de conflito civil armado no país, marcado pela existência de “*grupos de autodefensa*” impulsionados por agentes estatais para lutar contra guerrilheiros pertencentes, por exemplo, às *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo* (FARC-EP)ou ao *Ejercito Popular de Liberación* (EPL). Tal como descrito no caso *Isaaza Uribe y otros vs. Colombia* (2018), os grupos de autodefesa, a partir de 1985, subverteram os seus objetivos iniciais e se tornaram grupos paramilitares com armas, logística e apoio fornecido pelas Forças Públicas[[200]](#footnote-201).
2. Em diversas oportunidades, a Corte IDH atestou que as autoridades apoiavam ou colaboravam com a atuação não estatal ou até mesmo se omitiam para permitir ou facilitar os crimes perpetrados por esses grupos à margem da lei[[201]](#footnote-202). No caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia* (2017), por exemplo, o Estado foi responsabilizado internacionalmente pelo desaparecimento forçado de quinze pessoas, incluindo três crianças, e a morte de uma pessoa na região de Vereda La Esperanza entre 21 de junho a 27 de dezembro de 1996. Entre os responsáveis por essas ações encontram-se os membros do grupo paramilitar “*Autodefensas del Magalena Medio (ACMN)*”, que operavam com tolerância e colaboração de agentes estatais[[202]](#footnote-203).
3. Como a sentença do referido caso enfatiza, a frágil presença do Poder Público em zonas periféricas ou a perda do monopólio estatal da violência são os principais fatores para fortalecer a atuação paramilitar, seja pela autonomia conferida a esses grupos, seja pelo controle que exercem no território em que atuam[[203]](#footnote-204).
4. A Corte IDH já examinou não somente a atuação desses grupos, mas também as atividades da própria UNASE*,* composta por membros do Exército Nacional, da Polícia Nacional e do Departamento Administrativo de Segurança (DAS). As violações de direitos humanos por ela perpetradas foram analisadas em *Omeara Carrascal y otros vs. Colombia* (2018)[[204]](#footnote-205) e *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (2005)[[205]](#footnote-206), bem como no presente caso.
5. O contexto das vítimas do presente caso também não pode ser ignorado. O Sr. Jhon Ricardo Ubaté e a Sra. Gloria Bogotá eram ex-guerrilheiros do *Ejército Popular de Liberación* (EPL). Como relatado na sentença do caso *Movilla Galarcio y otros vs. Colombia* (2022), embora o EPL tenha firmado um Acordo de Paz com o governo colombiano em 1991, muitos ex-combatentes foram hostilizados e sofreram com violações de direitos humanos[[206]](#footnote-207). Esses fatos evidenciam que o contexto de periculosidade no âmbito do conflito armado é crucial para entender a recorrência dos crimes de desaparecimento forçado. Essas práticas criminosas, assim como execuções extrajudiciais, maus tratos e torturas, foram amplamente empregadas para reprimir grupos, como guerrilheiros, sindicalistas, camponeses e movimentos associados aos partidos rotulados como “comunistas”.
6. Esse mecanismo empregado pelo Estado, seja direta ou indiretamente, não era utilizado ao acaso. A própria Corte IDH já reconheceu que essa prática possuía o intuito de perseguir opositores políticos ao governo vigente, acobertando seus atos através da ocultação de provas, expediente que compõe o próprio crime de desaparecimento forçado[[207]](#footnote-208). A motivação deliberada do Estado ao empregar essas práticas era criar efeito intimidador e promover a eliminação física de dissidentes. Não fosse o bastante, prevalecia a impunidade dos acusados devido à colaboração entre agentes estatais que desempenham um duplo papel no crime: agindo tanto como perpetradores quanto como investigadores[[208]](#footnote-209).
7. O exemplo dos casos colombianos, pela pertinência que guardam em relação ao litígio ora discutido, não pode levar à conclusão de que se trata de um problema peculiar do país. A recorrência do tema na jurisprudência interamericana, ao tempo que mostra a lamentável disseminação da prática nas Américas, permitiu ao Tribunal refinar gradualmente seus *standards* sobre o enfrentamento ao desaparecimento forçado.
8. Simbolicamente inaugurando a própria atuação contenciosa da Corte IDH, o *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) marca o primeiro passo da longa trajetória de desenvolvimento dos parâmetros mínimos de combate ao desaparecimento forçado no continente americano. Naquela oportunidade, debatia-se a responsabilidade internacional do Estado hondurenho em relação ao desaparecimento forçado do estudante Velásquez Rodríguez por agentes estatais, que integravam a Direção Nacional de Investigação das Forças Armadas de Honduras. Na esteira dessa sentença inaugural, os casos *Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras* (1989) e *Godínez Cruz Vs. Honduras* (1989) também se debruçaram sobre a mesma temática de desaparecimentos forçados no país centro-americano.
9. Esses pronunciamentos permitiram que a Corte IDH delineasse com maior precisão os contornos conceituais do desaparecimento forçado e seu caráter diferenciado em relação a outros delitos comuns, refletindo um modo particular de interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito penal, cujas distinções foram reafirmadas em sentenças posteriores[[209]](#footnote-210). O desaparecimento forçado, na condição simultânea de uma das mais graves modalidades de violação dos direitos humanos e de fator de afetação múltipla e severa a bens jurídicos da mais alta relevância, constitui ponto de contato fundamental entre as duas áreas, das quais derivam abordagens distintas e complementares entre si.
10. Como reconhecido pela Corte IDH, enquanto o direito internacional dos direitos humanos opera sob o pressuposto da responsabilização internacional exclusivamente do Estado, sem se preocupar em identificar individualmente os responsáveis na esfera internacional, o direito penal se concentra em sancionar indivíduos pela prática de condutas antijurídicas pela lesão que provocam a determinados bens jurídicos. Isso implica a transmissão, ao Estado, do dever de identificar e reprimir adequadamente os autores de crimes contra os direitos humanos, como o é o desaparecimento forçado, atribuição essa que escapa ao alcance da jurisdição internacional dos direitos humanos.
11. Em relação à valoração das provas, por exemplo, as distinções entre os dois campos ficam ainda mais acentuadas, pois o exame feito pelos Tribunais Internacionais não incorpora a estrita presunção de inocência adotada no direito penal interno, visto que os Estados não são tratados como sujeitos de ação penal perante a Corte IDH. Em contextos de graves e generalizadas violações de direitos humanos, como ocorreu no *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), as provas circunstanciais, os indícios e presunções foram admitidas, uma vez que o Estado não pode se resguardar na impossibilidade de a vítima provar as suas alegações para permanecer impune[[210]](#footnote-211).
12. Além das referidas distinções, o direito internacional dos direitos humanos se destaca também pelo papel de vigilância sobre o cumprimento, pelo Estado, de suas obrigações assumidas internacionalmente, inclusive no plano legislativo, à exemplo do dever de incorporação de crimes contra os direitos humanos em sua legislação nacional[[211]](#footnote-212). Entre os delitos a serem tipificados pela legislação pátria, inclui-se o crime de desaparecimento forçado, como será visto em maiores detalhes no tópico subsequente.
13. A particular gravidade desse crime[[212]](#footnote-213) e a correlata importância de sua adequada persecução são atestadas pelos diversos mecanismos existentes no sistema universal para prevenir sua ocorrência, como o artigo 2º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado[[213]](#footnote-214), o artigo 7.1.i) do Estatuto de Roma[[214]](#footnote-215), e a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados[[215]](#footnote-216). Como já visto, esse crime internacional também é revestido das características de imprescritibilidade[[216]](#footnote-217) e da natureza *ius cogens*[[217]](#footnote-218)*.* O afastamento da prescrição para punir crimes dessa natureza impossibilita que os efeitos do tempo favoreçam a impunidade, uma vez que mesmo decorridos longos períodos, o acusado ainda pode ser investigado e sancionado pela realização do delito.
14. Já a natureza peremptória conferida pelo status *ius cogens* implica atribuir à proibição do desaparecimento forçado o caráter de “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”[[218]](#footnote-219). Mais do que isso, significa reconhecer que o repúdio a semelhante atrocidade é fruto não apenas das obrigações explicitamente contraídas nos tratados internacionais, mas também da própria consciência jurídica universal, constituindo dever atemporal dos Estados, exigível a qualquer tempo e em qualquer circunstância. Já se disse: cuida-se de um *mala in se*.
15. O reconhecimento dessa característica da proibição do desaparecimento forçado de pessoas também tem consequências práticas, incluindo tornar ilegítimas legislações nacionais, atos administrativos ou pronunciamentos judiciais que autorizem tais atos[[219]](#footnote-220). Como efeito secundário, não só a autorização de tais atos, mas também sua proteção insuficiente, conforme analisado na seção anterior deste voto, viola o status de *ius cogens* dessa proibição.
16. Essas características tornam-se ainda mais pertinentes no continente americano, marcado pela prática generalizada e sistemática desse delito, sobretudo em contextos políticos de desprezo contumaz pelos direitos humanos. Nesses períodos, as autoridades recorriam ao desaparecimento forçado como forma de combater grupos políticos opositores e provocar temor aos familiares das vítimas[[220]](#footnote-221). No Sistema Interamericano, a proteção prioritária contra esse tipo de crime encontra respaldo na larga jurisprudência da Corte IDH e na já referida CIDFP, que fixa os elementos mínimos para a tipificação do delito nos ordenamentos nacionais por meio do mencionado artigo II.
17. Devido à importância da repressão a esse crime para a vigência dos direitos humanos, a Corte IDH tem enfatizado a distinção entre o mero desaparecimento, que simplesmente se desconhece o paradeiro do indivíduo, do desaparecimento forçado, que é constituído por diversos fatores complexos[[221]](#footnote-222). A própria Corte Constitucional Colombiana, por meio da sentença C-400/03, ao deliberar sobre a continuidade do pagamento de salários aos trabalhadores sequestrados ou desaparecidos, delimitou as divergências entre os dois crimes no ordenamento colombiano[[222]](#footnote-223). Segundo o Tribunal, “*el delito de secuestro se caracteriza por el carácter transitorio de la privación de la libertad* (…) *al autor le interese que se conozca su acto pues ese es el primer paso con miras a la realización de las exigencias que tiene en mente*”[[223]](#footnote-224).
18. O desaparecimento forçado, por sua vez, envolve a convergência de série de elementos inter-relacionados que são fundamentais para sua configuração, a saber: (i) a privação de liberdade; (ii) a intervenção direta, apoio ou aquiescência de agentes estatais; e (iii) a negativa de reconhecer a detenção ou revelar o paradeiro da pessoa desaparecida[[224]](#footnote-225). Conforme a Corte IDH já advertiu, a análise dos fatos ocorridos durante o desaparecimento forçado não deve ser feita de forma isolada[[225]](#footnote-226). Os componentes do tipo legal interagem entre si em duas fases de implementação. A primeira se inicia com a privação de liberdade da vítima e a segunda é consumada mediante a negativa ou ausência de informações sobre o seu paradeiro até que os fatos sejam esclarecidos, sendo certo que o agir estatal ilumina as duas fases[[226]](#footnote-227). A complexidade do desaparecimento forçado é substanciada justamente pela característica de ocultar ou destruir as provas sobre a possível privação de liberdade, execução ou paradeiro da pessoa desaparecida, o que reduz significativamente as chances de encontrar evidências contra os responsáveis[[227]](#footnote-228).
19. Essa segunda fase do crime faz com que o desaparecimento forçado se diferencie de outros tipos legais como, por exemplo, a execução extrajudicial, em razão da negativa estatal de fornecer informações sobre o paradeiro da vítima ou de reconhecer que a vítima está sob o controle de agentes estatais ou de particulares que atuam sob sua aquiescência. O motivo que inspira tal recusa não raro é provocar incerteza sobre a vida da pessoa desaparecida e provocar intimidação[[228]](#footnote-229). Além disso, diferentemente das execuções extrajudiciais, o desaparecimento forçado possui caráter permanente ou duradouro[[229]](#footnote-230).
20. Essa natureza permanente significa que o crime persiste enquanto não houver informações sobre o paradeiro da vítima, conforme descrito no artigo III da CIDFP[[230]](#footnote-231). Essa hipótese foi objeto de discussão no *Caso Blake Vs. Guatemala* (1998), que figura entre os primeiros casos julgados pela Corte IDH. Os fatos envolvem o desaparecimento do Sr. Blake por agentes da Patrulha Civil guatemalteca em 1985, com a descoberta dos seus restos mortais apenas em 1992. Embora o Estado tenha alegado que o aceite da jurisdição da Corte IDH ocorreu somente em 1987, o Tribunal se declarou competente para julgar a falta de investigação sobre o paradeiro da vítima em razão da natureza permanente do crime, que foi esclarecido anos após o desaparecimento[[231]](#footnote-232).
21. O desaparecimento forçado também é caracterizado por sua natureza pluriofensiva, isto é, envolve a lesão simultânea a diversos bens jurídicos. Entre eles, encontra-se, primeiramente, a liberdade. Mesmo nos casos em que, inicialmente, sua privação seja legal, quando realizada no contexto do crime de desaparecimento forçado, configura uma violação ao direito à liberdade pessoal. A integridade pessoal da vítima também é comprometida em razão do isolamento prolongado e da incomunicabilidade, que podem caracterizar tratamento cruel ou desumano. O direito à vida é igualmente afetado, uma vez que a prática de desaparecimento implica com frequência a execução da vítima[[232]](#footnote-233). Mesmo sem a presunção de morte do desaparecido, a própria natureza do delito coloca o sujeito em situação agravada de vulnerabilidade que importa risco de violação generalizada de seus direitos, incluindo o direito à vida[[233]](#footnote-234). Por fim, o direito da vítima à sua personalidade jurídica é vulnerado. O desaparecimento forçado significa a negação da própria existência do indivíduo como sujeito de direitos, colocando-o em verdadeiro limbo jurídico[[234]](#footnote-235), visto que ele é privado da proteção assegurada em lei e é colocado em situação de perene indeterminação[[235]](#footnote-236).
22. Esses elementos conduzem a outro aspecto essencial para a configuração do desaparecimento forçado, qual seja **a participação estatal**. É necessário recordar que a pluralidade das ações típicas que compõem tal crime encontra sentido sob o pressuposto de sua unidade delitiva. Isto é, não se pode segregar os elementos do tipo e examiná-los de forma isolada: a *ratio* político-criminal que orienta sua persecução penal deriva da concorrência de seus elementos constitutivos. Isso significa que a privação de liberdade e a negativa em reconhecer o paradeiro da vítima só podem ser adequadamente compreendidas em conjunto com a participação – em qualquer modalidade e sem distinção entre ações ou omissões, independentemente do órgão ou nível hierárquico envolvido[[236]](#footnote-237) – de agentes estatais ou de terceiros que atuem com sua autorização, apoio ou sob sua aquiescência.
23. É importante ressaltar aqui que a responsabilidade estatal é compreendida em sentido amplo. No *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú* (2018), a Corte IDH esclareceu que, nas hipóteses em que a vítima se encontre sob a custódia estatal, o Estado cumpre o papel de garante e, portanto, possui a obrigação de fornecer informações sobre a privação de liberdade da pessoa interessada[[237]](#footnote-238). Do mesmo modo, nas hipóteses em que o crime foi praticado por agentes não estatais, o papel desempenhado pelo Estado deve ser considerado sob outras perspectivas. Em voto proferido em conjunto com a Juíza Verônica Gómez[[238]](#footnote-239), tive a oportunidade de me debruçar sobre as condições de responsabilização internacional do Estado quando o desaparecimento é conduzido por terceiros, segundo os princípios assentados no Direito Internacional:

24. La Declaración define los términos “autorización”, “apoyo” y “aquiescencia”. Conforme a esas definiciones, “autorización” significa que el Estado, a través de sus agentes, ha dado permiso oralmente o por escrito a personas o grupos de personas para cometer una desaparición; “apoyo” significa que el Estado ha brindado algún tipo de asistencia a personas o grupos de personas que cometieron una desaparición forzada, entre otras cosas mediante el intercambio de información y la provisión de medios –tales como infraestructura, financiamiento, armas, capacitación o logística— no necesariamente con el objetivo específico de cometer una desaparición forzada.

25. En el caso de la “aquiescencia”, ésta significa que el Estado ya sea tenía conocimiento, tenía razones para saber o debería haber sabido de la comisión o del riesgo real e inminente de la comisión de una desaparición forzada por parte de personas o grupos de personas, pero ya sea: (a) aceptó, toleró o dio su consentimiento expreso o implícito, a esta situación; (b) deliberadamente y con pleno conocimiento –por acción u omisión— no tomó medidas para prevenir la desaparición e investigar y sancionar a los perpetradores; (c) actuó en connivencia con los perpetradores o con total indiferencia frente a la situación de las potenciales víctimas de hecho facilitando la actuación de los perpetradores; o (d) creó las condiciones que permitieron la comisión de la desaparición. En estos casos, el Estado tiene la carga de probar que no hubo aquiescencia de su parte y debe demostrar qué medidas y acciones concretas ha tomado para prevenir, investigar, juzgar y sancionar la desaparición, así como la efectividad de estas medidas en la práctica.

1. Como busquei ilustrar anteriormente, os trabalhos preparatórios da CIDFP demonstram com clareza que a composição do tratado foi inspirada pela premissa fundante de outorgar papel central aos agentes estatais. O desaparecimento forçado constitui delito que possui natureza diferenciada em relação aos crimes comuns: cuida-se de uma espécie de “crime de participação necessária do Estado”. Não se está diante de um fenômeno espontâneo da criminalidade corriqueira, e tampouco de ato que ocorre por razões banais, mas sim de conduta que carrega motivação política muito bem delimitada: aplainar divergências na sociedade, amedrontar e eliminar dissidências. Isso quer dizer que mesmo quando perpetrado por indivíduos que não integram formalmente a estrutura burocrática do Poder Público, sua prática está conscientemente alinhada aos desígnios do Estado em um dado momento político.
2. Os grupos paramilitares e milícias, que figuram no vasto repertório jurisprudencial como um dos principais causadores dos desaparecimentos, não atuam segundo finalidades que lhes são exclusivas. Suas vítimas não são escolhidas ao acaso, mas são selecionadas dentre os indivíduos considerados *inimigos* aos olhos das facções que ocupam o poder do Estado. Não por outra razão, trata-se de um delito cuja prática está associada a contextos de inexistência ou fragilidade generalizada do Estado de Direito.
3. A ocultação da verdade, que principia com desaparecimento físico do indivíduo e engloba ainda a destruição de evidências, a obstrução de investigações e a ausência de resolução judicial efetiva exige uma comunhão de esforços que se faz possível apenas com o compromisso positivo ou com a patente negligência de funcionários do Estado. O envolvimento, direito ou indireto, de agentes estatais, portanto, não é componente secundário, acessório ou meramente acompanhante, mas a própria razão de ser do desaparecimento forçado, o fator que denota a especial gravidade desse ilícito. É ali que residem as motivações do crime e todo o brutal conjunto de engrenagens que permite sua consumação. Descartá-los de sua tipificação legal, ainda que sob a justificativa bem-intencionada de ampliar o alcance da proteção penal, pode implicar o infeliz apagamento do propósito político-criminal que historicamente tem orientado persecução ao desaparecimento forçado como crime de Estado e o consequente esmaecimento das fronteiras com outros crimes comuns.
4. Esses standards, em seu conjunto, materializam-se no plano convencional sob a forma de obrigações legislativas dos Estados, depositários da responsabilidade de tipificar o delito do desaparecimento forçado observando todas as características intrínsecas e extrínsecas estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos, especialmente a atribuição de papel central ao agente estatal na condição de sujeito ativo da conduta típica. No tópico subsequente, analisarei de forma mais detida como a Corte IDH tem examinado o cumprimento de tais obrigações.

## A adequação do crime de desaparecimento forçado aos parâmetros jurisprudenciais

1. No voto que proferi conjuntamente com os juízes Ricardo C. Manrique e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no caso *Córdoba Vs. Paraguay* (2023)[[239]](#footnote-240), realizamos algumas incursões a respeito do conteúdo obrigacional do artigo 2º da Convenção Americana. Naquela oportunidade, a Corte IDH discutia se a ausência de legislação específica no Paraguai para regulamentar o processo de restituição internacional de crianças e adolescentes violava o referido dispositivo. A Corte IDH concluiu que houve proteção insuficiente das crianças no país devido à lacuna normativa existente.
2. O artigo 2º da Convenção é enfático ao estabelecer o dever dos Estados de adotar disposições do direito interno para efetivar os direitos e liberdades do mencionado instrumento. A partir dessa disposição emanam duas obrigações específicas: a primeira exige que os Estados adotem as medidas cabíveis para garantir a eficácia plena desses direitos, e a segunda determina que os Estados suprimam quaisquer disposições que violem ou contribuam para a ofensa das disposições convencionais. A escolha das medidas a serem adotadas dependerá da necessidade de cada caso e das peculiaridades envolvidas.
3. No voto do caso *Córdoba Vs. Paraguay* (2023) exploramos as quatro formas de violação ao artigo 2º da Convenção, que compreendem (i) a inconvencionalidade de determinadas leis por sua mera vigência, como é o caso das leis de autoanistia por crimes de lesa-humanidade, (ii) a violação por aplicação de normas incompatíveis com a Convenção, (iii) a violação por adoção de práticas incompatíveis, e (iv) a violação por ausência ou insuficiência regulatória.
4. No presente caso, entendo que se está diante da quarta forma de violação ao artigo 2º da Convenção. Nesse cenário, a ofensa ocorre devido à ausência ou insuficiência de regulamentação adequada em dois cenários: o primeiro consistente na omissão legislativa total quanto ao reconhecimento do desaparecimento forçado à época dos fatos, tal qual identificado na Sentença; o segundo, na tipificação deficiente adotada a partir de 2000, objeto de atenção do presente voto e que, pelas lacunas de proteção que gera, também implica violação à Convenção por insuficiência regulatória.
5. A temática da ausência de tipificação ou tipificação inadequada do crime de desaparecimento forçado nos ordenamentos jurídicos latino-americanos já foi objeto de diversas manifestações emblemáticas da Corte IDH. Em seus precedentes, o Tribunal historicamente se ocupou do exame minucioso acerca da presença ou ausência dos elementos constitutivos do referido crime. O olhar criterioso da Corte IDH, nesse sentido, não deixou passar despercebida a centralidade com a qual deve ser tratada a participação de agentes estatais. Assim, os casos ilustrados abaixo demonstram que o Tribunal tem a prática de exigir dos Estados a aderência estrita aos *standards* de tipicidade, especialmente em relação ao envolvimento direto ou indireto de integrantes do Poder Público.
6. Tal foi a situação vislumbrada no *Caso Gómez Palomino Vs. Perú* (2005). Ao examinar o caso, a Corte IDH verificou que o delito tipificado no art. 320 do Código Penal peruano exigia que a conduta fosse “devidamente comprovada” e considerava apenas o “funcionário público” como sujeito ativo do crime, não abrangendo a participação de particulares que atuassem com o apoio, tolerância ou aquiescência estatal[[240]](#footnote-241).
7. Ao analisar essa questão, a Corte IDH afirmou que o tipo penal peruano não abrangia todas as formas de participação delitiva estabelecidas nos parâmetros internacionais[[241]](#footnote-242). Além disso, a redação do dispositivo era deficiente por não incluir a conduta estatal de “negar o reconhecimento da privação de liberdade ou fornecer informações sobre o paradeiro da pessoa desaparecida”, o que exigia que o Estado ajustasse a legislação à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. A Corte IDH também observou que uma das características do desaparecimento forçado é a natureza clandestina do crime, tornando problemático o termo “devidamente comprovado”, que deposita o ônus da prova sobre as próprias vítimas ou seus familiares, mesmo quando o Estado detenha o controle das informações cruciais do seu território. Diante dessas constatações, a tipificação do crime de desaparecimento forçado no Peru foi considerada inadequada à luz dos padrões internacionais e, como medida de reparação, a Corte IDH determinou sua modificação, nos seguintes termos[[242]](#footnote-243):

149. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de conformidad con los criterios establecidos en los párrafos 90 al 110 del presente fallo.

1. A tipificação do desaparecimento forçado no Peru voltou a ser objeto de discussão nos casos *Anzualdo Castro Vs. Perú* (2009), *Osorio Rivera y familiares Vs. Perú* (2013) e *Tenorio Roca y otros Vs. Perú* (2016). O primeiro trata do desaparecimento forçado do estudante Kenneth Ney Anzualdo Castro por agentes estatais do *Servicio de Inteligencia del Ejército* peruano, acusado de prática de atos terroristas. Já o segundo caso trata do desaparecimento forçado do Sr. Jeremías Osorio Rivera por membros da patrulha do *Ejército de la Base Contrasubversiva de Cajatambo*. O terceiro caso, por sua vez, diz respeito ao desaparecimento forçado do Sr. Rigoberto Tenorio Roca após ser detido em um quartel da Marinha peruana em 1984. Em todos os casos, a Corte IDH reforçou a necessidade de reformar o aludido dispositivo legal, que não estava em conformidade com os parâmetros internacionais[[243]](#footnote-244).

1. Nos termos da Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença dos casos Casos *Gómez Palomino,* *Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros* *Vs. Perú,* emitida em 14 de maio de 2019[[244]](#footnote-245), a Corte IDH constatou que o Estado peruano havia incorporado as reformas sugeridas nas quatro sentenças por meio do Decreto-Legislativo nº 1351, publicado em janeiro de 2017, nos seguintes termos:

**Artículo 320.- Desaparición forzada de personas**

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).

La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:

a) Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.

b) Padece de cualquier tipo de discapacidad.

c) Se encuentra en estado de gestación

1. Portanto, as três medidas de reforma ordenadas foram adotadas pelo Estado por meio da ampliação da autoria do crime, da incorporação da conduta de negar o reconhecimento da privação de liberdade ou fornecimento de informações sobre o paradeiro, e pela eliminação do termo “devidamente comprovado”[[245]](#footnote-246). Desse modo, a Corte IDH reconheceu que “*el Estado ha dado cumplimiento total a la medida de reparación relativa a adoptar las medidas necesarias para reformar su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas*”[[246]](#footnote-247).
2. A tipificação do desaparecimento forçado também foi discutida em relação à Venezuela pela Corte IDH no caso *Blanco Romero y otros Vs. Venezuela* (2005). Naquela ocasião, a Corte IDH examinou o desaparecimento forçado dos senhores Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz e José Francisco Rivas Fernández. Até o momento da decisão, não se sabia o paradeiro das três vítimas.
3. Nas medidas de reparação, a Corte IDH solicitou a modificação do crime de desaparecimento forçado da legislação venezuelana da seguinte forma[[247]](#footnote-248):

105. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para reformar, dentro de un plazo razonable, su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales de protección de la persona en relación con la desaparición forzada de personas, con especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, **con la finalidad de que su legislación penal abarque la sanción “de personas o grupos de personas que actúen con “la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, y no limitarlo a “la autoridad pública” o “persona al servicio del Estado”.** Además, Venezuela deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la protección a una víctima de desaparición forzada sea efectiva ante **la privación de libertad, “cualquiera que fuere su forma”, y no limitarla a privaciones “ilegítimas” de libertad**” (Grifo nosso).

1. O crime de desaparecimento forçado foi tipificado na legislação venezuelana por meio da Reforma Parcial do Código Penal em outubro de 2000[[248]](#footnote-249), nos seguintes termos[[249]](#footnote-250):

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se. niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo, el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe tamo cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se, establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, millar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de ese delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

1. Naquela ocasião, assim como nos casos peruanos, a Corte IDH entendeu que a autoria do crime não deveria estar limitada apenas às “autoridades públicas” ou as “pessoas a serviço do Estado”, enfatizando a necessidade de incluir também a responsabilidade de “particulares com o apoio, tolerância ou aquiescência estatal” conforme os parâmetros internacionais. Outro aspecto destacado pela Corte IDH foi a necessidade de ampliar as formas de detenção, evitando que essas se limitem apenas às práticas ilegítimas. No entanto, a Venezuela segue sem adequar a sua legislação[[250]](#footnote-251).
2. Para além dos casos do Peru e Venezuela, a Corte IDH também solicitou adequações normativas no ordenamento jurídico panamenho. No caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá (2008)*, o Estado foi responsabilizado pelo desaparecimento forçado do Sr. Heliodoro Portugal perpetrado por agentes estatais da Guarda Nacional. À época, o crime foi cometido como represália à participação da vítima no *Movimiento de Unidad Revolucionaria*, que se opunha ao governo militar instaurado no país. Entre as medidas estabelecidas pela Corte IDH[[251]](#footnote-252):

259. De conformidad con lo señalado en el Capítulo X de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno y, al respecto, tipifique los delitos de desaparición forzada y tortura, en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos en relación a la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura, a partir del 28 de marzo de 1996 y del 28 de agosto de 1991, respectivamente.

1. Na época do julgamento do caso pela Corte IDH, o crime estava tipificado pelo artigo 150 do Código Penal de 2007[[252]](#footnote-253). Na decisão, o Tribunal identificou que o tipo penal era ambíguo e não estava nos parâmetros internacionais, além de não incluir os elementos de imprescritibilidade e natureza permanente ou duradoura.
2. Após reformar o tipo penal a fim de adequá-lo aos standards interamericanos e conferir maior especificidade aos modos de participação estatal na conduta[[253]](#footnote-254), a Corte IDH reconheceu que a legislação panamenha “*adopta la totalidad de los elementos incluidos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y ordenados en la Sentencia*”[[254]](#footnote-255).
3. O caso panamenho ilustra a rigorosa abordagem adotada pela Corte IDH para garantir a correta tipificação do crime de desaparecimento forçado, eliminando ambiguidades ou imprecisões nos sistemas jurídicos nacionais. Tanto a sentença proferida no caso, quanto as duas resoluções de cumprimento de sentença desempenharam papeis cruciais ao monitorar a conformidade normativa e impedir que as recomendações fossem implementadas parcialmente ou de forma inadequada. A *participação estatal*, em todo caso, é elemento imprescindível para a caracterização do delito, sem o qual a ilicitude específica do desparecimento forçado perde sua razão de ser, além de se desatrelar da lamentável biografia de tal crime em nosso continente.
4. A tipificação do crime de desaparecimento forçado no México apresentou desafios semelhantes aos encontrados na legislação penal colombiana. A questão foi discutida na decisão do caso *Radilla Pacheco Vs. México* (2009)[[255]](#footnote-256), no qual a Corte IDH examinou o desaparecimento forçado do Sr. Rosendo Radilla por agentes das Forças Armadas mexicanas. Durante a sentença, o Tribunal verificou que o México havia tipificado o crime por meio do artigo 215-A do Código Penal Federal de México nos seguintes termos:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el **servidor público** que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención (grifo nosso).[[256]](#footnote-257)

1. Sobre a restrição do sujeito ativo ao termo “servidor público”, a Corte IDH advertiu que:

320. Al respecto, en primer lugar, el Tribunal observa que dicha disposición restringe la autoría del delito de desaparición forzada de personas a “servidores públicos”. En tal sentido, en cuanto al sujeto activo del delito, esta Corte ha establecido que, en términos del artículo II de la CIDFP, la disposición que describe el tipo penal debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”.

321. La Corte ha reiterado que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Visto de esta manera, el tipo penal de desaparición forzada de personas del Código Penal Federal mexicano presenta un obstáculo para asegurar la sanción de “todos los autores, cómplices y encubridores” provenientes de “cualesquiera de los poderes u órganos del Estado”. **Para satisfacer los elementos mínimos de la correcta tipificación del delito, el carácter de “agente del Estado” debe ser establecido de la forma más amplia posible.**[[257]](#footnote-258)(Grifo nosso)

1. A partir dessa compreensão, a Corte IDH também enfatizou que a tipificação não incluía a atuação de particulares com autorização, apoio ou aquiescência estatal, tampouco o elemento de “negativa de reconhecer a privação de liberdade ou dar informações sobre o paradeiro da vítima”, nos termos da CIDFP[[258]](#footnote-259). Portanto, como medida de não repetição, a Corte IDH ordenou a reforma do referido dispositivo:

344. En la presente Sentencia la Corte estableció que el artículo 215 A del Código Penal Federal, que sanciona el delito de desaparición forzada de personas, no se adecua plena y efectivamente a la normativa internacional vigente sobre la materia (supra párr. 324). Por tal motivo, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para compatibilizar dicha tipificación penal con los estándares internacionales, con especial atención a lo dispuesto en el artículo II de la CIDFP, de conformidad con los criterios ya establecidos en los párrafos 320 a 324 del presente Fallo. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, el Estado no debe limitarse a “impulsar” el proyecto de ley correspondiente, sino asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno para ello.[[259]](#footnote-260)

1. Em relação ao cumprimento dessa medida, desde a Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença de maio de 2011, o México iniciou as tratativas para modificar o referido dispositivo[[260]](#footnote-261). A Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença de 24 de junho de 2022 representou um avanço histórico em razão do informe de promulgação da “*Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares, y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*”[[261]](#footnote-262). A nova tipificação do crime de desaparecimento forçado foi estabelecida da seguinte forma:

Artículo 27. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma -5- a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

Artículo 28. Al servidor público, o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, oculte o se niegue a proporcionar información sobre la privación de la libertad de una persona o sobre el paradero de una persona detenida, u oculte a una persona detenida en cualquier forma se le impondrá la pena prevista en el artículo 30.

1. Assim, a partir dessas modificações, a Corte IDH concluiu que o México cumpriu a medida estabelecida na decisão do caso *Radilla Pacheco Vs. México* (2009), uma vez que todas as modalidades participativas previstas na CIDFP foram contempladas e o elemento da negativa ou omissão de informações sobre o paradeiro das vítimas também foi incorporado[[262]](#footnote-263).
2. O último caso que convém examinar nessa seção é o da tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico brasileiro. A temática foi discutida no caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil* (2010), que reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas da Guerrilha do Araguaia no contexto da ditadura militar vivida no país[[263]](#footnote-264). Durante a decisão, a Corte IDH verificou que a tipificação do desaparecimento forçado ainda aguardava aprovação legislativa e identificou três propostas em andamento:

286. El Estado reconoció la importancia de la tipificación del delito de desaparición forzada y señaló que la ausencia de dicha tipificación no impide que esa conducta sea subsumida en otro tipo penal. No obstante, la tipificación del delito de desaparición forzada en el ordenamiento interno brasileño se encuentra sometida a examen del Poder Legislativo, mediante dos proyectos de ley: **a) No. 4.038/08, presentado en septiembre de 2008, cuyo artículo 33 define el crimen contra la humanidad de desaparición forzada**, y **b) No. 301/07, cuyo artículo 11 también tipifica la desaparición forzada**. Finalmente, el Estado señaló que se encuentra en trámite ante el Congreso Nacional **el proyecto de Decreto Legislativo No. 116 de 2008, el cual ratifica la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**. Informó que el Decreto Legislativo antes citado ya fue aprobado por la Cámara de Diputados y actualmente se encuentra en trámite en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado Federal.

287. De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal exhorta al Estado a continuar con el trámite legislativo y a adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas que sean necesarias para ratificar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas. Por otra parte, de acuerdo con la obligación emanada del artículo 2 de la Convención Americana, Brasil debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido, como esta Corte ha señalado anteriormente, el Estado no debe limitarse a impulsar el proyecto de ley correspondiente, sino que también debe asegurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico interno. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno.[[264]](#footnote-265) (Grifo nosso)

1. Na Supervisão de Cumprimento de sentença do caso *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, emitida em 17 de outubro de 2014, a Corte IDH identificou que a medida ainda não estava cumprida[[265]](#footnote-266). Embora o Tribunal tenha valorado positivamente a ratificação do Brasil à CIDFP em 3 de fevereiro de 2014[[266]](#footnote-267), o tipo penal do crime de desaparecimento forçado ainda não havia sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.
2. Ao examinar dois dos projetos de lei sobre a matéria[[267]](#footnote-268) no Poder Legislativo brasileiro, o Tribunal recordou a necessidade de aderência estrita aos critérios de tipificação, sobretudo em relação à participação dos agentes estatais na configuração do delito, destacando que “*el derecho penal interno debe asegurar la sanción de todos los “autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas”, sean agentes del Estado o “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado” y que la limitación del sujeto activo a “funcionarios o servidores públicos” no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta*”[[268]](#footnote-269).
3. A partir do exame das medidas de não repetição e de supervisão do respectivo cumprimento, foi possível verificar o rigor exigido dos Estados pela Corte IDH em relação à incorporação do critério de tipicidade relativo à participação de agentes estatais, para fins de adequação da normativa interna aos parâmetros internacionais. No tópico seguinte, irei analisar a adequação da tipificação no sistema jurídico colombiano e o potencial efeito de diminuição do papel do Estado como perpetrador do crime de desaparecimento forçado e, consequentemente, o enfraquecimento da proteção oferecida pela legislação.

# A distorção do crime de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico colombiano e a necessidade de adequação aos parâmetros internacionais

1. Com base nos elementos examinados nos subtópicos anteriores, é possível perceber que os problemas de tipificação do desaparecimento forçado na Colômbia acarretam duas graves consequências: (i) a invisibilidade ou diluição do papel do Estado no crime e (ii) a possibilidade de reconhecimento dos efeitos da prescrição sobre o desaparecimento forçado. Ambos podem comprometer as investigações e a garantia do direito à verdade.
2. Neste subtópico, me debruçarei sobre três pontos cruciais, a saber: a invisibilização do papel do Estado no tipo penal, o uso incorreto da terminologia “servidores públicos” e a ambiguidade em relação ao prazo prescricional.
3. Ressalto que, embora o foco principal deste voto seja a imperiosa revisão do crime de desaparecimento forçado na Colômbia, também compartilho nesta oportunidade o entendimento expresso em meu voto ao caso *Angulo Losada vs. Bolivia* (2022) sobre o uso do direito penal como *ultima ratio* e a necessidade de cautela diante do uso excessivo do *ius puniendi* estatal[[269]](#footnote-270). Portanto, reafirmo que:

La Corte debe continuar estableciendo, de manera clara y justificada, los casos estrictos en los que el Estado debe acudir a la vía penal para reparar y prevenir violaciones a los derechos humanos, así como cuáles conductas no requieren la movilización del aparato criminal. También deben buscarse alternativas al Derecho Penal que sean capaces de alcanzar eficazmente los objetivos que se persiguen con la medida […][[270]](#footnote-271).

1. No entanto, é imprescindível garantir que essa prudência em relação ao uso do direito penal não se transforme em aliada da impunidade ou seja utilizada para encobrir abusos estatais, sobretudo em casos de desaparecimentos forçados. Deve-se coibir medidas penais excessivas, mas se deve igualmente atentar para a possibilidade de proteção insuficiente: ambas as vertentes do princípio da proporcionalidade devem ser apreciadas no escrutínio estrito de convencionalidade de tipo penal. De outro lado, a existência de mandado expresso de criminalização impõe o recurso *imediato* ao direito penal pelo legislador nacional, meio legitimamente eleito pela CIDFP para a tutela desse direito. Por esses motivos, exponho as razões pelas quais considero a readequação do tipo penal de desaparecimento forçado uma medida de não repetição necessária no presente caso.
2. O primeiro ponto de preocupação em relação ao artigo 165 da Ley 599 de 2000 na Colômbia reside na posição do sujeito ativo descrita no dispositivo legal. O legislador escolheu começar o texto do tipo legal com a referência ao “particular”, deixando o “servidor público” para o primeiro inciso do tipo penal. A inclusão do particular, quando age sem apoio, tolerância ou aquiescência do Estado, acaba, contudo, por invisibilizar a atuação estatal na configuração desses crimes, que historicamente foram concebidos como crimes de Estado – ou, como designei acima, de “crimes de participação necessária do Estado”. Desse modo, o protagonismo do caputé conferido somente ao particular, ao passo que as modalidades participativas exigidas pela CIDFP são mencionadas em segundo plano, e somente no primeiro inciso, nos seguintes termos: “*a la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior*”. É aceitável que o particular seja sujeito ativo do crime; o que parece inaceitável é que a dimensão do agir estatal simplesmente desapareça do tipo, como fosse um mero adereço dispensável. Como afirmado, a participação estatal é, antes e sobretudo, o núcleo de ilicitude do tipo, o elemento que lhe concede especial gravidade.
3. No México, por exemplo, existe a modalidade de desaparecimento praticado por particulares, que possui fundamentos semelhantes ao crime de desaparecimento forçado. Porém, reserva a nomenclatura de “desaparecimento forçado” apenas para os crimes cometidos por agentes estatais ou particulares com apoio, tolerância ou aquiescência estatal[[271]](#footnote-272). Cabe tecer, neste ponto, algumas considerações sobre a importância do *nomen juris* de um tipo penal.
4. Recorrendo novamente ao caso *Angulo Losada vs. Bolívia,* tive, naquela ocasião, a oportunidade de transitar por problemática de ordem semelhante, a despeito das consideráveis diferenças de contexto entre os casos. A partir da percepção fundamentada – formada pelo conjunto de elementos trazidos ao conhecimento da Corte IDH – de que a violação sexual incestuosa era um problema estrutural na Bolívia, a Corte IDH ordenou, em sede de reparações, que o Estado reformasse sua legislação penal para atribuir a tal prática, considerada até então mera agravante, um *nomen juris* próprio.
5. Analisar o *nomen juris* de determinada conduta penalmente reprovada não é mero formalismo ou querela semântica. É também uma forma de chamar atenção a determinadas práticas por sua maior gravidade[[272]](#footnote-273). Há claras implicações práticas. Como pude sustentar:

A percepção pública da ilicitude e da reprovabilidade de determinadas condutas são impactadas não apenas pela tipificação do ato em si, mas também pela maneira com que a legislação penal classifica e rotula determinados crimes. Criar um tipo autônomo, assim, não é a única ferramenta à disposição do Estado para enfatizar a gravidade de uma conduta. Há, entre outros mecanismos, a possibilidade de se atribuir um nomen juris próprio a um crime em sua forma qualificada, de modo a conferir maior relevo e percepção de gravidade à modalidade em questão.[[273]](#footnote-274)

1. O *nomen iuris “*desaparecimento forçado” carrega uma conotação cultural e histórica muito particular em nosso continente. Ele inexoravelmente remete a uma conduta realizada sob os auspícios do Estado. Sua tipificação, mais do que forma de prevenir e reprimir o crime, tem o propósito também de visibilizá-lo como um dos mais cruéis atos que podem ser cometidos por um Estado contra um indivíduo.
2. Utilizar a terminologia “desaparecimento forçado” ao mesmo tempo em que se prescinde do papel do Estado na caracterização jurídica do delito é invisibilizar seu aspecto mais importante, é desatender ao núcleo dessa incriminação. Considero preocupante que, sob a justificativa de “ampliar a proteção”, conforme foi alegado pela Colômbia[[274]](#footnote-275), o Estado tenha acrescentado outros sujeitos ativos como possíveis autores do crime e descaracterizado elementos nucleares do tipo, cuja caracterização também é objeto de detalhada regulação internacional. Essa abertura não só incrementa a imprecisão do tipo, como também acaba por desnaturá-lo, por misturá-lo com criminalidade de outra (e menor) gravidade, retirando do desparecimento forçado a força que o signo deve carregar, para que cumpre a sua função de prevenção geral.
3. Os impactos dessa ampliação do sujeito ativo podem ser diversos, incluindo a geração de dados distorcidos que dificultam a identificação clara da responsabilidade do Estado em crimes dessa natureza, bem como a afetação da possibilidade de prescrição do crime, levantando incertezas sobre a aplicabilidade da histórica natureza imprescritível desse tipo de crime também aos delitos envolvendo particulares, como aprofundarei nos parágrafos *infra*.
4. As consequências são especialmente evidentes na esfera investigativa. Um dos principais desafios na busca pela verdade em casos de desaparecimentos forçados é justamente a participação de agentes estatais tanto no crime quanto no processo de investigação, o que pode facilitar práticas de corrupção e levar à impunidade. Portanto, a exclusividade dos sujeitos ativos, nos termos estabelecidos na CIDFP, assegura que mecanismos protetivos específicos para esses casos sejam providenciados a fim de prevenir situações de abuso de poder estatal como as mencionadas anteriormente. Isso, ressalto uma vez mais, não quer dizer que o desaparecimento conduzido exclusivamente por particulares não deva ser conduta reprimida pelo direito penal; tal deve ocorrer, contudo, sob outro título.
5. Nesse ponto específico, é relevante mencionar que o Comitê contra o Desaparecimento Forçado das Nações Unidas já abordou o papel dos “particulares” na *Declaración sobre los agentes no estatales em el contexto de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.* Naquela oportunidade, o Comitê esclareceu os critérios para que os desaparecimentos cometidos por “pessoas ou grupos de pessoas” não vinculados ao Estado fossem considerados como “desaparecimentos forçados” à luz da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados.
6. O Comitê identificou um aumento nas denúncias relacionadas aos desaparecimentos perpetrados por agentes não estatais sem autorização, apoio ou aquiescência do Estado[[275]](#footnote-276). Nesses casos, o artigo 3º da Convenção supramencionada dispõe que “*cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para investigar os atos definidos no Artigo 2, cometidos por pessoas ou grupos de pessoas que atuem sem a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, e levar os responsáveis à justiça*”. Nesse contexto, a Declaração explica que:

(…) Los trabajos preparatorios pusieron de manifiesto opiniones divergentes entre los Estados respecto de si la desaparición perpetrada en tales circunstancias debería denominarse o equipararse a una “desaparición forzada” 12. En consecuencia, **se decidió referirse a tales actos en un artículo aparte y utilizar la expresión “actos definidos en el artículo 2” en lugar de “desaparición forzada”.** Una de las principales preocupaciones era evitar la confusión entre desaparición forzada y otros delitos como secuestro o rapto. Esta preocupación sigue existiendo hoy en día, incluso para el Comité (Grifo nosso).[[276]](#footnote-277)

1. É necessário salientar, portanto, que os atos praticados por agentes não estatais sem apoio, tolerância ou aquiescência do Estado não foram equiparados ao crime de desaparecimento forçado no artigo 3º da Convenção. O dispositivo optou por classificá-los como “atos definidos no artigo 2º”. O CDF fez uma única ressalva para que essa denominação seja equivalente nos casos abrangidos pelo artigo 5º da aludida Convenção, isto é, quando há um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil por agentes não estatais sem apoio, tolerância ou aquiescência estatal e, portanto, crime de lesa humanidade, conforme dispõe o Comitê e os tratados internacionais sobre a matéria:

17. Con arreglo al artículo 5 de la Convención, la desaparición que sea obra de un agente no estatal que actúe sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado constituye “desaparición forzada” si se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, de conformidad con la definición de crimen de lesa humanidad desarrollada en el derecho penal internacional.

18. Los actos definidos en el artículo 2 cometido por un agente no estatal que actúe sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado se enmarcan en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Convención en cualquiera de las siguientes circunstancias:

**a) Si se cometieron en el contexto de un conflicto armado no internacional, tal como se define en el derecho internacional humanitario;**

**b) Si fueron cometidos por un agente no estatal que ejerce un control efectivo y/o funciones de tipo gubernamental sobre un territorio.**

19. Otros actos definidos en el artículo 2 que se enmarquen en el ámbito de aplicación del artículo 3 pero que no se cometan en ninguna de las circunstancias anteriores se califican generalmente de “secuestro” o “rapto”, o según proceda con arreglo al derecho interno” (Grifo nosso)[[277]](#footnote-278)

1. Portanto, não restam dúvidas que as únicas hipóteses que o sujeito ativo do desaparecimento forçado pode corresponder a agentes não estatais sem apoio, tolerância ou aquiescência estatal seriam aquelas abrangidas pelo artigo 5º da *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.* Assim, uma vez que as ressalvas adotadas pela referida Convenção não foram incorporadas na legislação penal colombiana, não é possível concluir que todas as modalidades de desaparecimento podem ser equivalentes ao desaparecimento forçado quando praticadas por particulares.
2. Além disso, o tipo penal colombiano não utiliza, expressamente, o termo “agentes estatais”. O legislador, por sua vez, optou por incluir o “servidor público”, a “autoridade” ou “jurisdição” como sujeitos ativos do crime. No entanto, a própria Corte IDH já manifestou que “*la limitación del sujeto activo a “funcionarios o servidores públicos” no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta*”[[278]](#footnote-279). Nesse ponto, o tipo é demasiado restritivo, desatendendo, uma vez mais, mas por outros motivos, à especificidade da participação estatal nesse crime.
3. Como mencionei em parágrafos anteriores, a ambiguidade em torno do significado de “servidor público” é preocupante, uma vez que o artigo 20 da Ley 599 de 2000 conceitua o termo servidor público para fins penais e isso poderia restringir a responsabilidade criminal dos indivíduos não abrangidos pelo dispositivo colombiano, ainda que atuem em nome do Estado[[279]](#footnote-280). Por outro lado, os termos utilizados no artigo 166 da Ley 599 de 2000, a saber “*autoridad*” e “*jurisdicción*”, padecem de vagueza e imprecisão, que impossibilita que sejam aplicados de forma prática.
4. O segundo elemento que necessita adequação reside na ausência de especificação sobre a natureza imprescritível do crime no tipo penal colombiano. Conforme conhecido, o desaparecimento forçado é caracterizado pela permanência do crime até que os restos mortais sejam devolvidos aos familiares ou informações sobre o paradeiro da vítima sejam esclarecidas. Desse modo, a ausência de prazo prescricional impede que o decorrer dos anos se torne aliado dos acusados para que evitem a responsabilidade criminal. Esse elemento da imprescritibilidade é fundamental em crimes de lesa-humanidade, especialmente quando relacionados com o Estado, visto que a certeza da impunidade em razão do lapso temporal pode impactar na falta de eficiência das investigações e de celeridade dos atos processuais.
5. Como se depreende da redação do artigo 83 da Ley 599 de 2000, o prazo prescricional para o crime de desaparecimento forçado na Colômbia é de trinta anos, nos seguintes termos:

ARTÍCULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la\*pena fijada en la. ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo Io dispuesto en el inciso siguiente de este Artículo.

**El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado será de treinta (30) años**. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará. a correr desde la perpetración del último acto La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible (Grifo nosso)[[280]](#footnote-281)

1. Essa redação é ambígua por prever expressamente a prescrição em trinta anos para crimes de desaparecimento forçado, ainda que esse crime também seja reconhecido como crime de lesa humanidade pelo direito internacional e, portanto, possua natureza imprescritível. Nesse caso, em específico, a suposta ampliação protetiva alegada pelo Estado colombiano resultou em restrição do prazo prescricional por gerar uma ambiguidade terminológica adotada pela legislação que, supostamente, diferencia o crime de desaparecimento forçado e os crimes de lesa humanidade.
2. Esses dois fatores – a invisibilização do Estado na caracterização do delito de desaparecimento forçado e sua prescritibilidade – debilitam o nível de proteção assegurado pelo Estado em relação aos direitos possivelmente afetados pelo cometimento desse crime. Traduzindo para o léxico associado ao princípio da proporcionalidade – e, em especial, à proibição de proteção insuficiente –, trata-se de situação de ausência de adequação ou idoneidade do meio empregado para a promoção dos fins legítimos almejados. Embora não tenha havido uma omissão total do Estado colombiano a esse respeito – estabeleceu-se, é verdade, um tipo penal na direção correta –, a persecução do fim visado restou gravemente prejudicada pela ausência de elementos cruciais na formatação do delito. Um nível suficiente de proteção dos direitos ameaçados pelas violações decorrentes do desaparecimento forçado, em conformidade com os standards internacionais mínimos sobre a matéria, depende, na prática, desses elementos.
3. Ademais, mesmo se admitida *ex hypothesi* tal tipificação como adequada – o que não foi o caso –, ainda haveria insuficiência na proteção dos direitos relevantes. Isso porque o legislador tinha facilmente à sua disposição meio alternativo mais idôneo[[281]](#footnote-282) para atingir tal finalidade: uma redação do tipo que contemplasse a inescapável centralidade do Estado na realização do delito de desaparecimento forçado, bem como uma disposição inequívoca, em lei, de sua imprescritibilidade. Há de se concluir, portanto, que o Estado colombiano violou o princípio da proibição de proteção insuficiente. Há, no caso, nítida insuficiência regulatória.

# Considerações finais

1. A decisão do *caso Ubaté y Bogotá vs. Colombia* ampliou o extenso repertório jurisprudencial da Corte IDH em matéria de desaparecimento forçado. O reconhecimento substancial do Estado colombiano em relação à responsabilidade parcial pelo desaparecimento forçado das vítimas e pelas violações ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias e à proteção judicial, além das ofensas ao direito à integridade pessoal, à proteção da família, ao direito das crianças e ao direito de circulação e residência em relação aos filhos e familiares das vítimas, constitui valorosa deferência à proteção internacional dos direitos humanos.

1. Em razão desse reconhecimento, a Corte IDH estabeleceu importantes medidas de reparação em benefício das vítimas e seus familiares. No entanto, se absteve de examinar a convencionalidade do artigo 165 da *Ley 599 de 2000*, que tipifica formalmente o crime de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico colombiano, razão que motivou minha divergência parcial. A meu ver, tem-se, aqui, uma insuficiência regulatória de natureza material, em face do apagamento, do esvanecimento da participação estatal operada pelo tipo penal colombiano.
2. No presente voto, pude aprofundar a minha compreensão sobre a necessidade de alinhar o tipo penal colombiano aos parâmetros internacionais sobre a matéria. Como pude salientar, (i) a atual tipificação do crime no artigo 165 da Ley 599 de 2000 invisibiliza o protagonismo da participação estatal ao enfatizar, em primeiro plano, o papel isolado do “particular” em detrimento do Estado, desnaturando o crime; (ii) a participação de agentes estatais e de particulares com apoio, tolerância ou aquiescência estatal não recebe a devida centralidade na definição do crime de desaparecimento forçado, ao ser posicionada no inciso primeiro do tipo penal, secundarizando um elemento nuclear do crime; (iii) o tipo penal não utiliza a terminologia correta de “agente estatal” e opta por “servidor público”, “autoridade” ou “jurisdição”, suscitando enorme imprecisão conceitual que pode dificultar a operacionalidade do tipo; e (iv) o tipo não é assertivo em relação à imprescritibilidade. Ao revisar o histórico jurisprudencial da Corte IDH, constatei que em situações semelhantes, a Corte IDH analisou a conformidade dos tipos penais de diversos países (ou a ausência de tipificação), como Peru, Venezuela, Panamá, México e Brasil, exigindo sua estrita adequação aos parâmetros internacionais sem permitir que eventuais discrepâncias na tipificação do crime no ordenamento nacional descaracterizassem o núcleo da conduta protegida internacionalmente. Esse núcleo repousa na participação estatal.
3. Meu principal objetivo ao divergir da sentença e propor tais revisões normativas é assegurar que a vasta jurisprudência da Corte IDH e os diversos tratados internacionais específicos sobre o desaparecimento forçado sejam plenamente eficazes, evitando assim a distorção da natureza delitiva de crimes internacionalmente protegidos. Para tanto, destaquei, à luz dos standards interamericanos, o caráter insuficiente, em afronta ao princípio da proporcionalidade, da proteção oferecida pela Colômbia aos direitos humanos afetados por práticas de desaparecimento forçado.
4. A participação do Poder Público é a razão de ser desse delito. É o que coloca o desaparecimento forçado na grave categoria de crime de lesa humanidade e o que faz com que sua proibição receba o statusde *ius cogens*. O desaparecimento forçado fere a consciência universal dos direitos humanos em múltiplos sentidos porque atinge o indivíduo duplamente, primeiro com o sumiço de sua existência física e segundo com a tentativa de apagamento de sua memória. Essa brutal finalidade não poderia ser perseguida sem o protagonismo ou cumplicidade do Estado.

Rodrigo Mudrovitsch

Vice-Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

1. La presente versión del Voto es una traducción del original que fue redactado en portugués. [↑](#footnote-ref-2)
2. El Estado colombiano fue declarado responsable por la violación de los artículos 3, 4.1, 5.1 y 7.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y los artículos I.a) y XI de la CIDFP en perjuicio de las víctimas Jhon Ricardo Ubaté Monroy y Gloria Mireya Bogotá Barbosa, en los términos del punto resolutivo No. 2 de la sentencia.

   También se declaró responsable al Estado por la violación del derecho a defender los derechos humanos, de conformidad con los artículos 4.1, 5.1, 8.1, 13.1, 16.1 y 25.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la víctima Jhon Ricardo Ubaté Monroy, en los términos del punto resolutivo n.°3 de la sentencia.

   El reconocimiento parcial de responsabilidad estatal también se hizo durante la declaración del Estado colombiano en la Audiencia Pública ante la Corte IDH (02:45:12). [↑](#footnote-ref-3)
3. El Estado colombiano fue declarado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención y los artículos I.b), I. d) y III del PIDCP en perjuicio de la víctima Jhon Ricardo Ubaté Monroy y sus familiares, Juan Ramón Ubaté, Gloria Monroy, Sandra del Pilar Ubaté, Wilson Ramón Ubaté, Cristian Eduardo Ubaté Monroy y Astrid González Jaramillo, y la víctima Gloria Mireya Bogotá Barbosa y sus familiares, Margarita Barbosa de Bogotá, Amanda Leonor Bogotá Barbosa, Olga Mery Bogotá Barbosa, Luis Emiro Bogotá Barbosa, Sonia Yaneth Bogotá Barbosa y Flor Yurany Bogotá Barbosa. Además de la violación del derecho a la verdad, a la protección y garantías judiciales y a la libertad de pensamiento y expresión, en los términos de los artículos 8.1, 13.1 y 25.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, de conformidad al punto resolutivo n.°4 de la sentencia.

   Por último, se responsabilizó al Estado colombiano de violar los artículos 5.1, 11 y 17 en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Juan Ramón Ubaté, Gloria Esperanza Monroy de Ubaté, Sandra del Pilar Ubaté Monroy, Wilson Ramón Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy, Astrid Liliana González Jaramillo, Margarita Barbosa de Bogotá, Luis Emiro Bogotá Barbosa, Sonia Yaneth Bogotá Barbosa y Flor Yurany Bogotá Barbosa, así como por la violación de los artículos 22 en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Sandra del Pilar Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy y Astrid Liliana González Jaramillo, y del artículo 19 en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Wilson Ramón Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy y Flor Yurany Bogotá Barbosa, de conformidad con el punto resolutivo n° 5 de la sentencia. [↑](#footnote-ref-4)
4. *Cfr*. Sentencia, párr. 183. [↑](#footnote-ref-5)
5. *Cfr*. Sentencia, párr. 8. [↑](#footnote-ref-6)
6. *Cfr*. Sentencia, párr. 36. Según el testimonio de Sandra del Pilar Ubaté durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH, el Sr. Ubaté denunció prácticas de “limpieza social” (ejecuciones extrajudiciales) de jóvenes por parte de agentes estatales en la región de Cali, Colombia (00:54:43; 01:04:30). [↑](#footnote-ref-7)
7. Testimonio de Sandra del Pilar Ubaté durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH. (01:03:00). [↑](#footnote-ref-8)
8. *Cfr*. Sentencia, párrs. 37-41; Testimonio de Amanda Bogotá Barbosa, hermana de Gloria Bogotá, durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (01:20:00). [↑](#footnote-ref-9)
9. *Cfr*. Sentencia, párrs. 42-47. Las investigaciones se iniciaron con el proceso de búsqueda iniciado por la hermana del señor Ubaté, quien denunció el delito ante la *Fiscalía Regional de Cali*. Después de algunas indagaciones, la investigación penal solicitó detención preventiva por los delitos descritos en el expediente como «*secuestro simple agravado*», falso testimonio, prevaricato por asesoramiento ilegal y falsedad ideológica en documento público, e imputó como posibles responsables a las siguientes personas: el Señor Manuel de Jesús Lozada Plazas, comandante de la UNASE, el policía José Jesús León Bermúdez, la inspectora de policía Amparo Ramírez Macías y la particular Esperanza Hernández Arango. [↑](#footnote-ref-10)
10. *Cfr*. Sentencia, párrs. 48-50. La absolución se basó en los siguientes argumentos: la falta de certeza sobre la autoría del delito y sobre si los autores eran miembros de la UNASE; las diferencias entre los testimonios de las víctimas sobre el coche utilizado por los secuestradores en el momento del delito; la incertidumbre sobre la materialidad de los delitos de falsedad ideológica y falso testimonio; la aplicación del principio *in dubio pro reo*; la aplicación de la presunción de inocencia. A pesar de que los representantes de las víctimas alegaron la nulidad de la sentencia por falta de notificación a los interesados, la sentencia adquirió firmeza el 18 de febrero de 2004. Asimismo, cabe señalar que tanto esta solicitud como la acción de tutela con el mismo objeto fueron desestimadas. El 14 de octubre de 2005, se suspendió la investigación penal y el procedimiento no se reanudó hasta el 12 de septiembre de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
11. *Cfr*. Sentencia, párr. 49.Conforme a lo destacado en la sentencia, “*[l]* *decisión fue enviada a los representantes de las presuntas víctimas el 5 de febrero de 2004 por telegrama y, al no ser impugnada, quedó firme el 18 de febrero de 2004, cuestión controvertida por las presuntas víctimas, las cuales informaron que no fueron notificadas. Sobre el particular sostuvieron que solicitaron el 23 de junio de 2004 que se les informara del avance del proceso y fue en dicho acto que tomaron conocimiento de la sentencia absolutoria, lo que habría imposibilitado recurrir la sentencia . El 7 de septiembre de 2004 solicitaron al Juzgado Penal declarar la nulidad de tales actuaciones judiciales, solicitud que fue rechazada al igual que la acción de tutela que presentaron contra esa decisión*”. [↑](#footnote-ref-12)
12. ARTÍCULO 2º. SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) a veinticinco (25) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales. Si el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico sexual, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. Para proceder en este caso se requiere querella de parte. [↑](#footnote-ref-13)
13. ARTÍCULO 1º. EL SECUESTRO EXTORSIVO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40), años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales. En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública. [↑](#footnote-ref-14)
14. ARTÍCULO 3º. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. La pena señalada en el artículo 1o., se aumentará entre ocho (8) y veinte (20) años más, si concurriera alguna de las siguientes circunstancias: 1. Si el delito se comete en persona inválida o enferma, o de menos de dieciocho (18) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación o que sea mujer embarazada; 2. Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada; 3. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días; 4. Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los copartícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre; 5. **Cuando el delito se comete por persona que sea empleado oficial o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado;** 6. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial, periodista o candidato a cargo de elección popular y por razón de sus funciones; 7. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido, con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública; 8. Cuando se cometa con fines terroristas; 9. Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o copartícipes; 10. Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima; 11. Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales; 12. Si se comete en persona que sea o haya sido dirigente comunitario, sindical, político o religioso; 13. Si el hecho se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla. PARÁGRAFO. La pena señalada en el artículo 2o. de la presente Ley, se aumentará hasta en la mitad cuando concurriere alguna de las circunstancias anteriores (Subrayado nuestro). *Cfr*. Artículos 1º, 2º e 3º da Ley 40 de 1993. *Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones*. Disponible en:

    <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16061>>. Acceso el 03 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-15)
15. *Cfr*. Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas (ESAP), párr. 245. [↑](#footnote-ref-16)
16. *Cfr.* Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas (ESAP), párr. 129. [↑](#footnote-ref-17)
17. *Cfr*. Sentencia, párrs. 51-53. [↑](#footnote-ref-18)
18. *Cfr*. Sentencia, párr. 54. [↑](#footnote-ref-19)
19. *Cfr*. Sentencia, párrs. 55-58; Testimonio de la Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (00:31:15). [↑](#footnote-ref-20)
20. En el mismo contexto de la incorporación de este delito, también se añadió un nuevo capítulo al Código Penal, que no sólo tipificaba la desaparición forzada, sino que también establecía el delito de genocidio y ampliaba la definición de tortura. [↑](#footnote-ref-21)
21. Según el autor de la demanda ante la Corte Constitucional colombiana, la exigencia de que el particular o servidor público tuviera vínculos con grupos marginales excluía la tipicidad del delito cuando lo cometían los siguientes posibles sujetos activos: *a)* un particular o servidor público que actúa individualmente; *b)* un particular o servidor público que pertenece a un grupo no armado; *c)* un particular o servidor público que pertenece a un grupo no al margen de la ley; *d*) un particular o servidor público que no pertenece a ningún grupo y actúa individualmente. Por lo tanto, la redacción del tipo legal exigía dos criterios esenciales para calificar la subjetividad activa: (i) pertenecer a un grupo armado y, que este grupo, (ii) esté al margen de la ley. *Ver Corte Constitucional de Colombia*. Sentencia C-317/02. [↑](#footnote-ref-22)
22. “(...) pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.”. Cfr. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 33-34. [↑](#footnote-ref-23)
23. La Corte Constitucional colombiana reconoció que los miembros de las Fuerzas Armadas, cualquier otro funcionario o empleado de los diferentes sectores del Poder Público, organismos de control y demás entidades estatales estaban representados por el concepto de “servidor público”, previsto en el inciso 2º del artículo 165 de la Ley 599 de 2000. *Corte Constitucional de Colombia.* Sentencia C-317/02, p. 32-33. [↑](#footnote-ref-24)
24. “(…) *con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la C.P.) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada*”. Cf. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 35. [↑](#footnote-ref-25)
25. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 33. [↑](#footnote-ref-26)
26. “En suma, si según el artículo 12 constitucional nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes -norma que no identificó al sujeto activo que pueda cometer una conducta que atente contra estos derechos-, fuerza **concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional** y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley” (subrayado nuestro). *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 34. [↑](#footnote-ref-27)
27. *Cfr*. Sentencia, notas de pie de página 221 y 222. [↑](#footnote-ref-28)
28. *Cfr*. ARTÍCULO 166 da Ley 599 de 2000. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción (…). [↑](#footnote-ref-29)
29. *Cfr*. Declaración del Estado colombiano durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (03:07:16). Según se informó en la audiencia, el Estado se comprometió a promover cambios legislativos a la Ley 1.448 de 2011 (Ley de Víctimas), pero la reforma a la definición del delito de desaparición forzada no fue consensuada con las víctimas. [↑](#footnote-ref-30)
30. Durante la audiencia pública, luego del interrogatorio de la jueza Patricia Pérez, las partes tuvieron la oportunidad de intervenir, específicamente sobre las discusiones jurídicas relacionadas con la convencionalidad del delito de desaparición forzada (04:01:25). [↑](#footnote-ref-31)
31. *Cfr*. Testimonio de la Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (01:00:52). [↑](#footnote-ref-32)
32. *Cfr.* Declaración de los representantes de las víctimas durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (03:36:52). [↑](#footnote-ref-33)
33. *Cfr.* Declaración de los representantes de las víctimas durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (03:36:52). [↑](#footnote-ref-34)
34. “Al respecto, la Corte podría considerar que el crimen de desaparición forzada, conforme al derecho internacional, particularmente de acuerdo con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada exige un nexo con el Estado, lo cual es consistente con el carácter simbólico de la desaparición forzada, con la respuesta que debe dar el Estado a este tipo de delito, mediante su tipificación, y con el grado de consenso internacional que quedó plasmado en las respectivas convenciones internacional e interamericana que sancionan la desaparición forzada. Sin perjuicio de ello, el Tribunal puede tomar en consideración que según el artículo XV de la Convención Interamericana sobre la materia, nada de lo estipulado en la misma puede ser interpretado en un sentido restrictivo de otros tratados, lo cual -en opinión de la Comisión- conlleva reconocer que, por una parte, se ha extendido la definición de desaparición forzada a particulares que actúen sin colaboración estatal en la hipótesis del artículo 5 de dicho tratado”. *Cfr.* Alegatos Finales (CIDH), párr. 42. [↑](#footnote-ref-35)
35. *Cfr*. Alegatos Finales (*CIDH*), párr. 42; Declaración de la Comisión de la CIDH durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (04:21:00). [↑](#footnote-ref-36)
36. “*El tipo penal de desaparición forzada contemplado en el Código Penal colombiano es compatible con la definición de desaparición forzada que contiene el artículo II de la CIDPF. La redacción del tipo penal de nuestro ordenamiento jurídico incluye, en calidad de sujeto activo, a agentes estatales. Adicionalmente, el código penal colombiano identifica una causal de agravación de la pena para el tipo penal de desaparición forzada cuando es perpetrada por quien ejerce autoridad o jurisdicción. Al respecto, los jueces colombianos han aplicado esta causal de agravación a agentes estatales respecto de quienes se ha constatado su responsabilidad penal en la ejecución de este delito*”. *Cfr*. Alegatos Finales (Estado), párr. 69. [↑](#footnote-ref-37)
37. *Cfr*. Declaración de los representantes de las víctimas durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (04:30:25). [↑](#footnote-ref-38)
38. *Cfr*. Alegatos Finales (Representantes de las víctimas), p. 106; Declaración de los representantes de las víctimas durante la Audiencia Pública ante la Corte IDH (04:14:10). [↑](#footnote-ref-39)
39. *Cfr*. Voto *Huilcaman Pailama y otros vs. Chile* (2024), párr. 43. [↑](#footnote-ref-40)
40. *Cfr*. Voto *Huilcaman Pailama y otros vs. Chile* (2024), párr. 37. [↑](#footnote-ref-41)
41. Los dos aspectos del principio de proporcionalidad, denominadas Übermaßverbot *y Untermaßverbot*, tienen su origen en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán - BverfGE 88, 203 de 28 de mayo de 1993 (también conocida como Aborto II). Más información en: CANARIS. Claus-Wilhelm. Derechos Fundamentales y Derecho Privado (Traducción de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto). 2ª reimpresión. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 59 ss; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista opinião jurídica*, v. 4, n. 7, 2006, p. 177-178. [↑](#footnote-ref-42)
42. *Cfr*. ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 1–17, 2009, p. 4. [↑](#footnote-ref-43)
43. *Cfr*. CANARIS, Op. Cit., p. 60. [↑](#footnote-ref-44)
44. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506. Voto individual Juez Mudrovitsch, párr. 44. [↑](#footnote-ref-45)
45. *Cfr*. CANARIS, Op. Cit., p. 92, p. 68. [↑](#footnote-ref-46)
46. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 168. [↑](#footnote-ref-47)
47. *Cfr*. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46. Voto do Juiz Cançado Trindade, par. 14. [↑](#footnote-ref-48)
48. Art. III, *CIDFP*. Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. [↑](#footnote-ref-49)
49. *Cfr*. OEA. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987-1988)*. Disponible en: <<https://cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap5.htm>>. Consultado el 16. jul. 2024. [↑](#footnote-ref-50)
50. *Cfr*. SCALCON, Raquel de Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 74. [↑](#footnote-ref-51)
51. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 96. [↑](#footnote-ref-52)
52. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención* (CED/C/COL/CO/1), de 27 de octubre de 2016, pár. 15. [↑](#footnote-ref-53)
53. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre la información complementaria presentada por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 4, de la Convención* (CED/C/COL/OAI/1), de 2 de junio de 2021, pár. 5. [↑](#footnote-ref-54)
54. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [↑](#footnote-ref-55)
55. *Cfr*. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas fue adoptada por la Resolución 47/133 de 1992 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. [↑](#footnote-ref-56)
56. *Cfr*. HCR. *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Comunicación No. R.7/30, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) párr. 130 (1982); HCR. *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, Comunicación No. 107/1981 (21 de Julio de 1983); HRC. *Arévalo v Colombia*, Comunicación No.181/1084 (03 de Noviembre de 1989). [↑](#footnote-ref-57)
57. *Cfr*. OEA. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1977). Disponible en: [<https:](https://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm)//www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>. Consultado el 16 de julio de 2024. [↑](#footnote-ref-58)
58. *Cfr*. OEA. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1986-1987)*. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87eng/chap.5.htm>>. Consultado el 16 Jul. 2024. [↑](#footnote-ref-59)
59. *Cfr*. OEA. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987-1988)*. Disponible en: <<https://cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap5.htm>>. Consultado el 16. jul. 2024. [↑](#footnote-ref-60)
60. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 363, párrs. 41-43. [↑](#footnote-ref-61)
61. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 363, párr. 45. [↑](#footnote-ref-62)
62. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 55. [↑](#footnote-ref-63)
63. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 55. [↑](#footnote-ref-64)
64. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368. El 28 de enero de 1994, el señor Omeara Carrascal fue asesinado por agentes estatales. Meses después, el 27 de agosto de 1994, el hijo de la víctima, Manuel Guillermo Omeara Miraval, fue secuestrado y permaneció desaparecido hasta el 23 de septiembre de 1994, fecha en que fue encontrado su cadáver. Esta desaparición forzada fue motivada por la búsqueda de la verdad sobre la muerte del Sr. Omeara Cascarral. Además, el caso menciona un intento de asesinato del Sr. Álvarez Sánchez en el que participó la UNASE el 21 de octubre de 1994, lo que indica un patrón de conducta grave por parte de esta unidad en diferentes incidentes. [↑](#footnote-ref-65)
65. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. En este caso, el Sr. Wilson Gutiérrez Soler fue víctima de detención arbitraria, tortura y malos tratos en las instalaciones de la UNASE en Bogotá el 24 de agosto de 1994. Tras denunciar estas violaciones, el Sr. Gutiérrez Soler sufrió amenazas y se vio obligado a exiliarse en los Estados Unidos de América. [↑](#footnote-ref-66)
66. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 67. [↑](#footnote-ref-67)
67. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 65. [↑](#footnote-ref-68)
68. *Cfr. Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas* (ESAP), párr. 49. [↑](#footnote-ref-69)
69. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 138; Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 133; Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 168; Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 83. [↑](#footnote-ref-70)
70. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 128-135. [↑](#footnote-ref-71)
71. *Cfr*. Artículo 2º, *Convención Americana de Derechos Humanos*. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [↑](#footnote-ref-72)
72. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, par. 135; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, par. 84. [↑](#footnote-ref-73)
73. *Cfr*. Artículo 2º, *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. [↑](#footnote-ref-74)
74. *Cfr*. Artículo 7º, *Estatuto de Roma*. Crímenes de lesa humanidad. “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) i) Desaparición forzada de personas” [↑](#footnote-ref-75)
75. *Cfr*.NACIONES UNIDAS.*Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance.* Adopted on 18 December 1992 by General Assembly resolution 47/133. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-persons-enforced-disappearance>. Consultado el 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-76)
76. *Cfr*. Artículo 29, *Estatuto de Roma*. “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. [↑](#footnote-ref-77)
77. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 139; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr 75. [↑](#footnote-ref-78)
78. *Cfr*. Artículo 53, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969). [↑](#footnote-ref-79)
79. CHINKIN, Cristine. *Sources.* En MOECKLI, Daniel; SHAH Sangeeta; e SIVAKUMARAN, Sandesh. *International Human Rights Law.* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 113-114. [↑](#footnote-ref-80)
80. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 149-150. [↑](#footnote-ref-81)
81. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360, párr. 135. [↑](#footnote-ref-82)
82. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiano*. Sentencia C-400/03. [↑](#footnote-ref-83)
83. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiano*. Sentencia C-400/03, párr. 3 [↑](#footnote-ref-84)
84. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 140; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 85; Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 365. [↑](#footnote-ref-85)
85. *Cfr*. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 175. [↑](#footnote-ref-86)
86. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 17. [↑](#footnote-ref-87)
87. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 73; Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 121. [↑](#footnote-ref-88)
88. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 73; Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 121. [↑](#footnote-ref-89)
89. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 135. [↑](#footnote-ref-90)
90. *Cfr*. Artículo III, *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. (...)” [↑](#footnote-ref-91)
91. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 54. [↑](#footnote-ref-92)
92. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., párr. 157 [↑](#footnote-ref-93)
93. Cfr. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 90 [↑](#footnote-ref-94)
94. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, par. 90. [↑](#footnote-ref-95)
95. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 133; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 122. [↑](#footnote-ref-96)
96. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, párr. 94. [↑](#footnote-ref-97)
97. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C No. 355, párr. 80; Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 146. [↑](#footnote-ref-98)
98. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Núñez Naranjo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 492. Voto Concurrente de la Jueza Verónica Gómez y Juez Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-99)
99. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Córdoba Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto Concurrente de los Jueces Ricardo Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-100)
100. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 87. [↑](#footnote-ref-101)
101. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 102. [↑](#footnote-ref-102)
102. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 149. [↑](#footnote-ref-103)
103. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 164-167 e 191; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 211-212 e 271; Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 231-233. [↑](#footnote-ref-104)
104. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, párr. 17. [↑](#footnote-ref-105)
105. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, párr. 18. [↑](#footnote-ref-106)
106. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, Punto Resolutivo Nº 1. [↑](#footnote-ref-107)
107. *Cfr*. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 105. [↑](#footnote-ref-108)
108. *Cfr*. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 105. [↑](#footnote-ref-109)
109. *Cfr*. Ley de Reforma Parcial del Código Penal. Disponible en: https://asambleanacionalvenezuela.org/leyes/sancionadas/ley\_de\_reforma\_parcial\_del\_c%C3%B3digo\_penal# Consultado el 05 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-110)
110. *Cfr*. Corte IDH. *Casos El Amparo, Blanco Romero y otros, Montero Aranguren y otros, Barreto Leiva y Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Puntos Resolutivos nº 3-4. [↑](#footnote-ref-111)
111. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 256. [↑](#footnote-ref-112)
112. “*El servidor público que, con abuso de sus funciones o en infracción de las formalidades legales, prive de cualquier forma a una persona o más personas de su libertad corporal, o conociendo su paradero niegue proporcionar esta información cuando así se le requiere, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Igual sanción se aplicará a los particulares que actúen con autorización o apoyo de los servidores públicos. Si la desaparición forzada es por más de un año, la pena será de diez a quince años de prisión*”. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 190. [↑](#footnote-ref-113)
113. La redacción actual, modificada por el artículo 152 del Código Penal de Panamá, reformado por el Proyecto de Ley n.º 259 del 29 de septiembre de 2016, está vigente en los siguientes términos: “*La privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo, directo o indirecto, o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales o de las garantías procesales pertinentes, será sancionado con prisión de quince a veinte años. Este delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena impuesta judicialmente al responsable de la misma serán imprescriptibles*”. [↑](#footnote-ref-114)
114. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2017, párr. 31. [↑](#footnote-ref-115)
115. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. [↑](#footnote-ref-116)
116. *Cfr*. Artículo 215-A, *Código Penal Federal de México*. [↑](#footnote-ref-117)
117. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 320-321. [↑](#footnote-ref-118)
118. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 323-324. [↑](#footnote-ref-119)
119. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 344. [↑](#footnote-ref-120)
120. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011, párrs. 24-28. [↑](#footnote-ref-121)
121. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2022, párr. 7. [↑](#footnote-ref-122)
122. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2022, párrs. 13-14. [↑](#footnote-ref-123)
123. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. [↑](#footnote-ref-124)
124. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 286-287. [↑](#footnote-ref-125)
125. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrs. 85-86. [↑](#footnote-ref-126)
126. *Cfr*. BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. *Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994*. Disponible en: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm>>. Consultado el 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-127)
127. La Supervisión de la Corte IDH analizó dos proyectos de ley en trámite: el Proyecto de Ley del Senado para incorporar el artículo 149-A al Código Penal vigente y el Proyecto de Ley del Senado nº 236 de 2012 para reformar integralmente el Código Penal. En cuanto al primer proyecto, el Proyecto de Ley Nº 6.240 de 2013, al momento de la citada Supervisión se encontraba pendiente de análisis por parte de la Comisión de Seguridad Pública y Combate al Crimen Organizado de la Cámara de Diputados, luego de haber sido aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y Minorías. En julio de 2024, el proceso aún no había concluido, registrándose el último movimiento el 5 de julio de 2023, tras el dictamen del diputado Orlando Silva, ponente del proyecto de ley, que está pendiente de inclusión en el orden del día de la Comisión de Constitución y Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados brasileña. En cuanto al segundo proyecto de ley Nº 236 de 2012 del Senado, tampoco ha sido aprobado todavía y sigue su tramitación hasta julio de 2024.

     Según el informe elaborado por la Unidad de Monitoreo e Inspección del Consejo Nacional de Justicia de Brasil (UMF/CNJ), actualmente existen tres proyectos para crear el tipo penal de desaparición forzada en Brasil. El primero y el segundo son el Proyecto de Ley N° 6.240 de 2013 y el Proyecto de Ley N° 236 del Senado de 2012, ambos analizados por la Supervisión de la Corte IDH. Además de estos, también se está tramitando el Proyecto de Ley Nº 5.215 de 2020, que hasta julio de 2024 estaba a la espera de ser presentado en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados. [↑](#footnote-ref-128)
128. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párr. 81. [↑](#footnote-ref-129)
129. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto Concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-130)
130. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto Concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 49. [↑](#footnote-ref-131)
131. Artículo 34, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares, y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. Incurre en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.

     Artículo 35, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares, y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. Se impondrá pena de diez a veinte años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa a quien omita entregar a la autoridad o Familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición cometida por particulares durante el periodo de ocultamiento, a sabiendas de tal circunstancia. Asimismo, se impondrá pena de diez a veinte años de prisión a quien, sin haber participado directamente en la comisión del delito de desaparición cometida por particulares, retenga o mantenga oculto a la niña o niño que nazca durante el periodo de desaparición de la madre, a sabiendas de tal circunstancia. [↑](#footnote-ref-132)
132. Existen debates similares sobre el *nomen juris de* otros tipos de delitos penales. Entre ellos, por ejemplo, el uso del término “genocidio” tiene, guardadas las debidas proporciones, la misma carga histórica y cultural, en forma de una palabra universalmente conocida y ampliamente invocada - y cuya tipificación, bajo este *nomen* juris, no podría ignorar las disposiciones de los tratados internacionales en la materia. BLOXHAM, Donald; MOSES, A. Dirk*.* *The Oxford Handbook of Genocide* Studies. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1. [↑](#footnote-ref-133)
133. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto Concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 111. [↑](#footnote-ref-134)
134. *Cfr*. Sentencia, notas de pie de página 221 y 222. [↑](#footnote-ref-135)
135. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párr. 9. [↑](#footnote-ref-136)
136. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párr. 12. [↑](#footnote-ref-137)
137. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párrs. 16-18. [↑](#footnote-ref-138)
138. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párr. 81. [↑](#footnote-ref-139)
139. *Cfr*. Artículo 20, Ley 599 de 2000 (Colombia). “Servidores públicos. *Pará todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Pará los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la Republica, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el Artículo 338 de la Constitución Política*”. [↑](#footnote-ref-140)
140. *Cfr*. Artículo 83, *Ley 599 de 2000* (Colombia). [↑](#footnote-ref-141)
141. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En: CARBONELL, Miguel (Org.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 150-151. [↑](#footnote-ref-142)
142. 1 O Estado colombiano foi responsabilizado pela violação dos artigos 3, 4.1, 5.1 e 7.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana e pelos artigos I.a) e XI da CIDFP em prejuízo das vítimas Jhon Ricardo Ubaté Monroy e Gloria Mireya Bogotá Barbosa, nos termos do Ponto Resolutivo nº 2 da sentença.

     O Estado também foi responsabilizado pela violação ao direito a defender direitos humanos, conforme os artigos 4.1, 5.1, 8.1, 13.1, 16.1 e 25.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana em prejuízo da vítima Jhon Ricardo Ubaté Monroy, nos termos do Ponto Resolutivo nº 3 da sentença.

     O reconhecimento parcial de responsabilidade estatal também foi realizado durante a manifestação do Estado colombiano durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (02:45:12). [↑](#footnote-ref-143)
143. O Estado colombiano foi responsabilizado pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 em relação ao artigo 1.1 e 2 da Convenção e dos artigos I.b), I.d) e III da CIDFP em prejuízo da vítima Jhon Ricardo Ubaté Monroy e seus familiares, Juan Ramón Ubaté, Gloria Monroy, Sandra del Pilar Ubaté, Wilson Ramón Ubaté, Cristian Eduardo Ubaté Monroy, e Astrid González Jaramillo, e da vítima Gloria Mireya Bogotá Barbosa e seus familiares, Margarita Barbosa de Bogotá, Amanda Leonor Bogotá Barbosa, Olga Mery Bogotá Barbosa, Luis Emiro Bogotá Barbosa, Sonia Yaneth Bogotá Barbosa, e Flor Yurany Bogotá Barbosa. Além da violação ao direito à verdade, à proteção e garantia judicial, e liberdade de pensamento e expressão, nos termos dos artigos 8.1, 13.1 e 25.1 em relação ao artigo 1.1 da Convenção, conforme o Ponto Resolutivo nº 4 da sentença.

     Por fim, o Estado colombiano foi responsabilizado pela violação dos artigos 5.1, 11 e 17 em relação ao artigo 1.1 da Convenção em prejuízo Juan Ramón Ubaté, Gloria Esperanza Monroy de Ubaté, Sandra del Pilar Ubaté Monroy, Wilson Ramón Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy, Astrid Liliana González Jaramillo, Margarita Barbosa de Bogotá, Luis Emiro Bogotá Barbosa, Sonia Yaneth Bogotá Barbosa e Flor Yurany Bogotá Barbosa, bem como pela violação dos artigos 22 em relação ao artigo 1.1 da Convenção em prejuízo de Sandra del Pilar Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy e Astrid Liliana González Jaramillo, e do artigo 19 em relação ao artigo 1.1 da Convenção em prejuízo de Wilson Ramón Ubaté Monroy, Cristian Eduardo Ubaté Monroy e Flor Yurany Bogotá Barbosa, conforme o Ponto Resolutivo nº 5 da sentença. [↑](#footnote-ref-144)
144. *Cfr*. Sentença, párr. 183. [↑](#footnote-ref-145)
145. *Cfr*. Sentença, párr. 8. [↑](#footnote-ref-146)
146. *Cfr*. Sentença, párr. 36. Segundo o depoimento da Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante a Audiência Pública perante a Corte IDH, o Sr. Ubaté denunciou práticas de “limpeza social” (execuções extrajudiciais) de jovens por agentes estatais na região de Cali na Colômbia (00:54:43; 01:04:30). [↑](#footnote-ref-147)
147. *Cfr*. Depoimento da Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (01:03:00). [↑](#footnote-ref-148)
148. *Cfr*. Sentença, párrs. 37-41; Depoimento da Sra. Amanda Bogotá Barbosa, irmã da Sra. Gloria Bogotá, durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (01:20:00). [↑](#footnote-ref-149)
149. *Cfr*. Sentença, párrs. 42-47. As investigações tiveram impulso com o processo de busca principiado pela irmã do Sr. Ubaté, que denunciou o crime à *Fiscalía Regional de Cali*. Após algumas diligências, a investigação penal solicitou a prisão preventiva pelos crimes enquadrados nos autos como “*secuestro simple agravado*”, falso testemunho, prevaricação por assessoramento ilegal e falsidade ideológica em documentos públicos, e acusou as seguintes pessoas como possíveis responsáveis: Sr. Manuel de Jesús Lozada Plazas, comandante da UNASE, o agente de polícia José Jesus León Bermúdez, a inspetora de polícia Amparo Ramírez Macías e a particular Esperanza Hernández Arango. [↑](#footnote-ref-150)
150. *Cfr*. Sentença, párrs. 48-50. A absolvição teve como base os seguintes argumentos: a inexistência de certeza da autoria do crime e de se os agentes eram membros da UNASE; as divergências entre os testemunhos das vítimas sobre o carro usado pelos sequestradores no momento do crime; a incerteza sobre a materialidade dos crimes de falsidade ideológica e falso testemunho; a aplicação do princípio *in dubio pro reo*; a aplicação da presunção de inocência. Apesar da alegação de nulidade da sentença pelos representantes das vítimas em razão da falta de notificação aos interessados, a decisão transitou em julgado em 18 de fevereiro de 2004. Além disso, observa-se que tanto o referido pedido quanto a ação de tutela com o mesmo objetivo foram indeferidos. Em 14 de outubro de 2005, a investigação penal foi suspensa e as diligências foram retomadas apenas em 12 de setembro de 2019. [↑](#footnote-ref-151)
151. *Cfr*. Sentença, párr. 49.Conforme destacado na sentença, “*[l]* *decisión fue enviada a los representantes de las presuntas víctimas el 5 de febrero de 2004 por telegrama y, al no ser impugnada, quedó firme el 18 de febrero de 2004, cuestión controvertida por las presuntas víctimas, las cuales informaron que no fueron notificadas. Sobre el particular sostuvieron que solicitaron el 23 de junio de 2004 que se les informara del avance del proceso y fue en dicho acto que tomaron conocimiento de la sentencia absolutoria, lo que habría imposibilitado recurrir la sentencia . El 7 de septiembre de 2004 solicitaron al Juzgado Penal declarar la nulidad de tales actuaciones judiciales, solicitud que fue rechazada al igual que la acción de tutela que presentaron contra esa decisión*”. [↑](#footnote-ref-152)
152. ARTÍCULO 2º. SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) a veinticinco (25) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales. Si el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico sexual, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. Para proceder en este caso se requiere querella de parte. [↑](#footnote-ref-153)
153. ARTÍCULO 1º. EL SECUESTRO EXTORSIVO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40), años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales. En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública. [↑](#footnote-ref-154)
154. ARTÍCULO 3º. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. La pena señalada en el artículo 1o., se aumentará entre ocho (8) y veinte (20) años más, si concurriera alguna de las siguientes circunstancias: 1. Si el delito se comete en persona inválida o enferma, o de menos de dieciocho (18) años, o que no tenga la plena capacidad de autodeterminación o que sea mujer embarazada; 2. Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada; 3. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince (15) días; 4. Si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los copartícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre; 5. **Cuando el delito se comete por persona que sea empleado oficial o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado;** 6. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial, periodista o candidato a cargo de elección popular y por razón de sus funciones; 7. Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido, con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública; 8. Cuando se cometa con fines terroristas; 9. Cuando se obtenga la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o copartícipes; 10. Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima; 11. Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales; 12. Si se comete en persona que sea o haya sido dirigente comunitario, sindical, político o religioso; 13. Si el hecho se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla. PARÁGRAFO. La pena señalada en el artículo 2o. de la presente Ley, se aumentará hasta en la mitad cuando concurriere alguna de las circunstancias anteriores (Grifo nosso). *Cfr*. Artículos 1º, 2º e 3º da Ley 40 de 1993. *Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones*. Disponível em:

     <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=16061>>. Acesso em 03 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-155)
155. *Cfr. Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas* (ESAP), párr. 245. [↑](#footnote-ref-156)
156. *Cfr. Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas* (ESAP), párr. 129. [↑](#footnote-ref-157)
157. *Cfr*. Sentença, párrs. 51-53. [↑](#footnote-ref-158)
158. *Cfr*. Sentença, párr. 54. [↑](#footnote-ref-159)
159. *Cfr*. Sentença, párrs. 55-58; Depoimento da Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (00:31:15). [↑](#footnote-ref-160)
160. *Cfr*. No mesmo contexto de incorporação desse crime, também foi adicionado um novo capítulo ao Código Penal, que não só tipificou o desaparecimento forçado, mas também estabeleceu o crime de genocídio e ampliou a tipificação da tortura. [↑](#footnote-ref-161)
161. Segundo a autora do peticionamento perante a Corte Constitucional colombiana, a exigência de que o particular ou servidor público possuísse vínculos com grupos marginais excluía a tipicidade do delito quando os seguintes possíveis sujeitos ativos os cometiam: *a)* particular ou servidor público que atua individualmente; *b)* particular ou servidor público que pertence a um grupo não armado; *c)* particular ou servidor público que pertença a um grupo que não está à margem da lei; *d)* particular ou servidor público que não pertença a nenhum grupo e atue individualmente. Portanto, a redação do tipo legal exigia dois critérios essenciais para qualificar a subjetividade ativa: (i) pertencimento a um grupo armado e, que esse grupo, (ii) esteja à margem da lei. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiana*. Sentencia C-317/02. [↑](#footnote-ref-162)
162. “(...) pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc”. Cf. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 33-34. [↑](#footnote-ref-163)
163. A Corte Constitucional colombiana reconheceu que os membros das Forças Armadas, qualquer outro funcionário ou empregado dos distintos setores do Poder Público, organismos de controle e outras entidades do Estado estavam representados pelo conceito “servidor público”, previsto no inciso 2º do artigo 165 da Ley 599 de 2000. Cfr. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 32-33. [↑](#footnote-ref-164)
164. “(…) *con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la C.P.) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada*”. Cf. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 35. [↑](#footnote-ref-165)
165. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 33. [↑](#footnote-ref-166)
166. “En suma, si según el artículo 12 constitucional nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes -norma que no identificó al sujeto activo que pueda cometer una conducta que atente contra estos derechos-, fuerza **concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional** y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley” (grifo nosso). *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiana.* Sentencia C-317/02, pág. 34. [↑](#footnote-ref-167)
167. *Cfr*. Sentença, notas de rodapé 221 - 222. [↑](#footnote-ref-168)
168. *Cfr*. ARTÍCULO 166 da Ley 599 de 2000. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción (…). [↑](#footnote-ref-169)
169. *Cfr*. Manifestação do Estado colombiano durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (03:07:16). Conforme relatado na audiência, o Estado se comprometeu a impulsionar as modificações legislativas referentes à Ley 1.448 de 2011 (Lei de Vítimas), no entanto, a reforma da tipificação do crime de desaparecimento forçado não foi acordada com as vítimas. [↑](#footnote-ref-170)
170. Durante a audiência pública, após o questionamento da juíza Patrícia Pérez, as partes tiveram a oportunidade de se manifestar, especificamente sobre as discussões jurídicas relacionadas à convencionalidade do crime de desaparecimento forçado (04:01:25). [↑](#footnote-ref-171)
171. *Cfr*. Depoimento da Sra. Sandra del Pilar Ubaté durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (01:00:52). [↑](#footnote-ref-172)
172. *Cfr*. Manifestação dos representantes das vítimas durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (03:36:52). [↑](#footnote-ref-173)
173. *Cfr*. Manifestação dos representantes das vítimas durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (03:36:52). [↑](#footnote-ref-174)
174. “Al respecto, la Corte podría considerar que el crimen de desaparición forzada, conforme al derecho internacional, particularmente de acuerdo con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada exige un nexo con el Estado, lo cual es consistente con el carácter simbólico de la desaparición forzada, con la respuesta que debe dar el Estado a este tipo de delito, mediante su tipificación, y con el grado de consenso internacional que quedó plasmado en las respectivas convenciones internacional e interamericana que sancionan la desaparición forzada. Sin perjuicio de ello, el Tribunal puede tomar en consideración que según el artículo XV de la Convención Interamericana sobre la materia, nada de lo estipulado en la misma puede ser interpretado en un sentido restrictivo de otros tratados, lo cual -en opinión de la Comisión- conlleva reconocer que, por una parte, se ha extendido la definición de desaparición forzada a particulares que actúen sin colaboración estatal en la hipótesis del artículo 5 de dicho tratado”. *Cfr.* Alegações Finais (CIDH), párr. 42. [↑](#footnote-ref-175)
175. *Cfr*. Alegações Finais (CIDH), párr. 42; *Cfr*. Manifestação da Comissão IDH durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (04:21:00). [↑](#footnote-ref-176)
176. “*El tipo penal de desaparición forzada contemplado en el Código Penal colombiano es compatible con la definición de desaparición forzada que contiene el artículo II de la CIDPF. La redacción del tipo penal de nuestro ordenamiento jurídico incluye, en calidad de sujeto activo, a agentes estatales. Adicionalmente, el código penal colombiano identifica una causal de agravación de la pena para el tipo penal de desaparición forzada cuando es perpetrada por quien ejerce autoridad o jurisdicción. Al respecto, los jueces colombianos han aplicado esta causal de agravación a agentes estatales respecto de quienes se ha constatado su responsabilidad penal en la ejecución de este delito*”. *Cfr*. Alegações Finais (Estado), párr. 69. [↑](#footnote-ref-177)
177. *Cfr*. Manifestação dos representantes das vítimas durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (04:30:25). [↑](#footnote-ref-178)
178. *Cfr*. Alegações Finais (Representantes das vítimas), párr. 106; Manifestação dos representantes das vítimas durante a Audiência Pública perante a Corte IDH (04:14:10). [↑](#footnote-ref-179)
179. *Cfr*. Voto *Huilcaman Pailama y otros vs. Chile* (2024), párr. xx. [↑](#footnote-ref-180)
180. *Cfr*. Voto *Huilcaman Pailama y otros vs. Chile* (2024), párr. xx [↑](#footnote-ref-181)
181. As duas faces do princípio da proporcionalidade, nomeadas como *Übermaßverbot e Untermaßverbot*,possuem suas origens na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão – BverfGE 88, 203 de 28 de maio de 1993 (também conhecida como Aborto II). Ver mais em: CANARIS. Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado (Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). 2ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 59 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista opinião jurídica*, v. 4, n. 7, 2006, p. 177-178. [↑](#footnote-ref-182)
182. *Cfr*. ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 1–17, 2009, p. 4. [↑](#footnote-ref-183)
183. *Cfr*. CANARIS, Op. Cit., p. 60. [↑](#footnote-ref-184)
184. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506. Voto individual Juez Mudrovitsch, párr. 44. [↑](#footnote-ref-185)
185. *Cfr*. CANARIS, Op. Cit., p. 92, p. 68. [↑](#footnote-ref-186)
186. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 168. [↑](#footnote-ref-187)
187. *Cfr*. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46. Voto do Juiz Cançado Trindade, párr. 14. [↑](#footnote-ref-188)
188. Art. III, *CIDFP*. Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. [↑](#footnote-ref-189)
189. *Cfr*. OEA. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (1987-1988)*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap5.htm>>. Acesso em 16. jul. 2024. [↑](#footnote-ref-190)
190. *Cfr*. SCALCON, Raquel de Lima. *Controle Constitucional de Leis Penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 74. [↑](#footnote-ref-191)
191. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 96. [↑](#footnote-ref-192)
192. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención* (CED/C/COL/CO/1), de 27 de outubro de 2016, pár. 15. [↑](#footnote-ref-193)
193. *Cfr*. NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre la información complementaria presentada por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 4, de la Convención* (CED/C/COL/OAI/1), de 2 de junho de 2021, pár. 5. [↑](#footnote-ref-194)
194. Art. 2º, *CADH*. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo l ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [↑](#footnote-ref-195)
195. *Cfr*. A Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado foi adotada por meio da Resolução nº 47/133 de 1992 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. [↑](#footnote-ref-196)
196. *Cfr*. HCR. *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Communication No. R.7/30, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 130 (1982); HCR. *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, Communication No. 107/1981 (21 July 1983); HRC. *Arévalo v Colombia*, Communication No.181/1084 (03 November 1989). [↑](#footnote-ref-197)
197. *Cfr*. OEA. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1977). Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/77sp/sec.2b.htm>>. Acesso em 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-198)
198. *Cfr*. OEA. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1986-1987)*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87eng/chap.5.htm>>. Acesso em 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-199)
199. *Cfr*. OEA. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1987-1988)*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/87.88eng/chap5.htm>>. Acesso em 16. jul. 2024. [↑](#footnote-ref-200)
200. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 363, párrs. 41-43. [↑](#footnote-ref-201)
201. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 363, párr. 45. [↑](#footnote-ref-202)
202. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 55. [↑](#footnote-ref-203)
203. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 55. [↑](#footnote-ref-204)
204. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368. Em 28 de janeiro de 1994, o Sr. Omeara Carrascal foi assassinado por agentes estatais. Meses depois, em 27 de agosto de 1994, o filho da vítima, Sr. Manuel Guillermo Omeara Miraval, foi sequestrado e permaneceu desaparecido até 23 de setembro de 1994, quando encontraram o seu cadáver. Esse desaparecimento forçado foi motivado pela busca pela verdade sobre a morte do Sr. Omeara Cascarral. Além disso, o caso menciona uma tentativa de homicídio do Sr. Álvarez Sánchez, envolvendo a UNASE, em 21 de outubro de 1994, indicando um padrão de conduta grave por parte desta unidade em diferentes incidentes. [↑](#footnote-ref-205)
205. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. No referido caso, o Sr. Wilson Gutiérrez Soler foi vítima de detenção arbitrária, tortura e maus tratos nas instalações da UNASE em Bogotá em 24 de agosto de 1994. Após denunciar essas violações, Gutiérrez Soler enfrentou ameaças e foi obrigado a se exilar nos Estados Unidos da América. [↑](#footnote-ref-206)
206. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 67. [↑](#footnote-ref-207)
207. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 65. [↑](#footnote-ref-208)
208. *Cfr*. *Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas* (ESAP), párr. 49. [↑](#footnote-ref-209)
209. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 138; Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 133; Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 168; Corte IDH. *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párr. 83. [↑](#footnote-ref-210)
210. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 128-135. [↑](#footnote-ref-211)
211. *Cfr*. Artigo 2º, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [↑](#footnote-ref-212)
212. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, par. 135; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, par. 84. [↑](#footnote-ref-213)
213. *Cfr*. Artigo 2º, *Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado*. “Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subseqüente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei”. [↑](#footnote-ref-214)
214. *Cfr*. Artigo 7º, *Estatuto de Roma*. Crimes contra a Humanidade. “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...) i) Desaparecimento forçado de pessoas” [↑](#footnote-ref-215)
215. *Cfr*.NACIONES UNIDAS.*Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance.* Adopted on 18 December 1992 by General Assembly resolution 47/133. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-persons-enforced-disappearance>>. Acesso em 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-216)
216. *Cfr*. Artigo 29, *Estatuto de Roma*. “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”. [↑](#footnote-ref-217)
217. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 139; Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr 75. [↑](#footnote-ref-218)
218. *Cfr*. Artigo 53, *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969). [↑](#footnote-ref-219)
219. *Cfr*. CHINKIN, Cristine. *Sources.* In MOECKLI, Daniel; SHAH Sangeeta; e SIVAKUMARAN, Sandesh. *International Human Rights Law.* Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 113-114. [↑](#footnote-ref-220)
220. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 149-150. [↑](#footnote-ref-221)
221. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360, párr. 135. [↑](#footnote-ref-222)
222. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiano*. Sentencia C-400/03. [↑](#footnote-ref-223)
223. *Cfr*. *Corte Constitucional Colombiano*. Sentencia C-400/03, pág. 3 [↑](#footnote-ref-224)
224. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 140; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 85; Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 365. [↑](#footnote-ref-225)
225. *Cfr*. Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 175. [↑](#footnote-ref-226)
226. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 17. [↑](#footnote-ref-227)
227. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 73; Corte IDH. *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 121. [↑](#footnote-ref-228)
228. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 366; Corte IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 200; Corte IDH. *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C No. 355, párr. 80. [↑](#footnote-ref-229)
229. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 135. [↑](#footnote-ref-230)
230. *Cfr*. Artigo III, *Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas*. “Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. (...)” [↑](#footnote-ref-231)
231. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 54. [↑](#footnote-ref-232)
232. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., par 157 [↑](#footnote-ref-233)
233. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, par. 90 [↑](#footnote-ref-234)
234. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, par. 90 [↑](#footnote-ref-235)
235. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 133; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 122. [↑](#footnote-ref-236)
236. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, párr. 94. [↑](#footnote-ref-237)
237. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C No. 355, párr. 80; Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 146. [↑](#footnote-ref-238)
238. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Núñez Naranjo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 492. Voto Concurrente de la Jueza Verónica Gómez y Juez Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-239)
239. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Córdoba Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto Concurrente de los Jueces Ricardo Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-240)
240. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 87. [↑](#footnote-ref-241)
241. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 102. [↑](#footnote-ref-242)
242. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 149. [↑](#footnote-ref-243)
243. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 164-167 e 191; Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 211-212 e 271; Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 231-233. [↑](#footnote-ref-244)
244. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, párr. 17. [↑](#footnote-ref-245)
245. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, párr. 18. [↑](#footnote-ref-246)
246. *Cfr*. Corte IDH. *Casos Gómez Palomino, Anzualdo Castro, Osorio Rivera y familiares y Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2019, Ponto Resolutivo nº 1. [↑](#footnote-ref-247)
247. *Cfr*. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 105. [↑](#footnote-ref-248)
248. *Cfr*. *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, pág. 12. [↑](#footnote-ref-249)
249. *Cfr*. Ley de Reforma Parcial del Código Penal. Disponível em: https://asambleanacionalvenezuela.org/leyes/sancionadas/ley\_de\_reforma\_parcial\_del\_c%C3%B3digo\_penal# Acesso em 05 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-250)
250. *Cfr*. Corte IDH. *Casos El Amparo, Blanco Romero y otros, Montero Aranguren y otros, Barreto Leiva y Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Pontos Resolutivos nº 3-4. [↑](#footnote-ref-251)
251. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 256. [↑](#footnote-ref-252)
252. “*El servidor público que, con abuso de sus funciones o en infracción de las formalidades legales, prive de cualquier forma a una persona o más personas de su libertad corporal, o conociendo su paradero niegue proporcionar esta información cuando así se le requiere, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Igual sanción se aplicará a los particulares que actúen con autorización o apoyo de los servidores públicos. Si la desaparición forzada es por más de un año, la pena será de diez a quince años de prisión*”. Cfr. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 190. [↑](#footnote-ref-253)
253. A atual redação, modificada pelo artigo 152 do Código Penal de Panamá, reformado pelo *Proyecto de Ley nº 259* de 29 de setembro de 2016, vigora nos seguintes termos: “*La privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo, directo o indirecto, o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales o de las garantías procesales pertinentes, será sancionado con prisión de quince a veinte años. Este delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena impuesta judicialmente al responsable de la misma serán imprescriptibles*”. [↑](#footnote-ref-254)
254. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2017, párr. 31. [↑](#footnote-ref-255)
255. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. [↑](#footnote-ref-256)
256. *Cfr*. Artigo 215-A, *Código Penal Federal de México*. [↑](#footnote-ref-257)
257. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 320-321. [↑](#footnote-ref-258)
258. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 323-324. [↑](#footnote-ref-259)
259. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 344. [↑](#footnote-ref-260)
260. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011, párrs. 24-28. [↑](#footnote-ref-261)
261. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2022, párr. 7. [↑](#footnote-ref-262)
262. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2022, párrs. 13-14. [↑](#footnote-ref-263)
263. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. [↑](#footnote-ref-264)
264. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 286-287. [↑](#footnote-ref-265)
265. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párrs. 85-86. [↑](#footnote-ref-266)
266. *Cfr*. BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. *Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8766.htm>>. Acesso em 16 jul. 2024. [↑](#footnote-ref-267)
267. A Resolução da Corte IDH analisou dois projetos em andamento: o Projeto de Lei do Senado de incorporação do artigo 149-A ao atual Código Penal e o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 de reforma integral do Código Penal. Em relação ao primeiro projeto, o Projeto de Lei nº 6.240 de 2013, na época da resolução mencionada, encontrava-se pendente de análise pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, após ter sido aprovado na Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Até julho de 2024, a tramitação ainda não foi concluída, sendo a última movimentação registrada em 05 de julho de 2023, após o parecer do Deputado Orlando Silva, relator do projeto, que aguarda inclusão na pauta da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do Brasil. Em relação ao segundo projeto, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, também ainda não foi aprovado e, até julho de 2024, está em tramitação.

     Segundo o relatório produzido pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça brasileiro (UMF/CNJ), atualmente existem três projetos de criação do tipo penal de desaparecimento forçado no Brasil. O primeiro e o segundo são: o Projeto de Lei nº 6.240 de 2013 e o Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012, ambos analisados pela Resolução da Corte IDH. Além deles, também tramita o Projeto de Lei nº 5.215 de 2020, que até julho de 2024, aguardava ser pautado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. [↑](#footnote-ref-268)
268. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párr. 81. [↑](#footnote-ref-269)
269. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch. [↑](#footnote-ref-270)
270. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch, párr. 49. [↑](#footnote-ref-271)
271. Artículo 34, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares, y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. Incurre en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.

     Artículo 35, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición de Personas Cometida por Particulares, y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. Se impondrá pena de diez a veinte años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa a quien omita entregar a la autoridad o Familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición cometida por particulares durante el periodo de ocultamiento, a sabiendas de tal circunstancia. Asimismo, se impondrá pena de diez a veinte años de prisión a quien, sin haber participado directamente en la comisión del delito de desaparición cometida por particulares, retenga o mantenga oculto a la niña o niño que nazca durante el periodo de desaparición de la madre, a sabiendas de tal circunstancia. [↑](#footnote-ref-272)
272. Há discussões semelhantes a respeito do *nomen juris* de outros tipos penais. Entre eles, por exemplo, o uso do termo “genocídio” é, guardadas as devidas proporções, igualmente carregado histórica e culturalmente, na forma de uma palavra que é, ao mesmo tempo, universalmente conhecida e amplamente invocada — e cuja tipificação, sob esse *nomen juris*, não poderia ignorar o que dispõem os tratados internacionais na matéria. BLOXHAM, Donald; MOSES, A. Dirk*. The Oxford Handbook of Genocide Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1. [↑](#footnote-ref-273)
273. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475. Voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch, párr. 111. [↑](#footnote-ref-274)
274. *Cfr*. Sentença, notas de rodapé 221 - 222. [↑](#footnote-ref-275)
275. *Cfr*. UNITED NATIONS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párr. 9. [↑](#footnote-ref-276)
276. *Cfr*. UNITED NATIONS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párr. 12. [↑](#footnote-ref-277)
277. *Cfr*. UNITED NATIONS. *Statement on non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances.* Adopted on 2 May 2023 by Committee on Enforced Disappearances (CED/C/10), párr. 16-18. [↑](#footnote-ref-278)
278. *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, párr. 81. [↑](#footnote-ref-279)
279. *Cfr*. Artigo 20, Ley 599 de 2000 (Colômbia). “Servidores públicos. *Pará todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Pará los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza publica, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la Republica, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el Artículo 338 de la Constitución Política*”. [↑](#footnote-ref-280)
280. *Cfr*. Artigo 83, *Ley 599 de 2000* (Colômbia). [↑](#footnote-ref-281)
281. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 150-151. [↑](#footnote-ref-282)