

VOTO CONCORRENTE DO JUIZ RODRIGO MUDROVITSCH

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO ANGULO LOSADA VS. BOLÍVIA

SENTENÇA DE 18 DE NOVEMBRO DE 2022 (EXCEÇÕES PRELIMINARES, MÉRITO E REPARAÇÕES)

1. No caso *Angulo Losada vs. Bolívia*¹, é posta em discussão a responsabilidade internacional do Estado por violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Convenção”) e à Convenção de Belém do Pará no contexto da atuação estatal face às denúncias de episódios de violência sexual sofridos pela Sra. Brisa Liliana De Angulo Losada (“Sra. Losada”²). Foi demonstrado, perante esta Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte”), que o Estado foi responsável por violações aos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada e familiar e à proteção judicial³; à garantia de prazo razoável do processo legal⁴; ao direito à proteção judicial⁵; à obrigação de garantir, sem discriminação por gênero e idade, o direito ao acesso à justiça⁶; e à proibição de tratos cruéis, desumanos e degradantes⁷, todos em prejuízo da Sra. Losada. Face a este cenário, esta Corte buscou desenvolver um conjunto de medidas aptas a reparar, na maior extensão possível, o dano sofrido pela vítima, e evitar que mais pessoas sejam submetidas a situações semelhantes.
2. O artigo 63.1 da Convenção dota a Corte de capacidade ímpar para remediar contextos de violação de direitos humanos de forma específica e efetiva. Em cada caso que adjudica, a Corte considera um vasto leque de medidas reparatórias cabíveis – incluindo medidas de restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição⁸ – buscando concretamente prover remédio holístico às vítimas das violações ocorridas. Assim como ressaltou o saudoso Professor e Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, apesar de a *reparatio* não mudar o mal que já se cometeu e a dor que foi causada, possui duplo propósito: (i) prover reparação às vítimas e a seus familiares cujos direitos foram violados e (ii) reestabelecer a ordem jurídica, erguida sobre o pleno respeito aos direitos humanos, afrontada pelas

¹ Cfr. *Caso Angulo Losada vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparaciones*. Sentença de 18 de novembro de 2022, doravante “Sentença”.

² Reforço que minha referência à vítima como “Sra. Losada” (considerando sua idade atual) não deve ocultar sua menoridade quando das violências e violações que sofreu.

³ Nos termos dos artigos 5.1, 8.1, 11.2, 19 e 25.1 da CADH em relação com seu artigo 1.1, bem como dos artigos 7.b) e 7.c) da Convenção de Belém do Pará (Cfr. Sentença, par. 320, ponto resolutivo n. 3).

⁴ Nos termos dos artigos 8.1 e 19 da CADH em relação com seu artigo 1.1 e o artigo 7.b) da Convenção de Belém do Pará (Cfr. Sentença, par. 320, ponto resolutivo n. 4).

⁵ Nos termos dos artigos 19, 24 e 25 da CADH em relação com seus artigos 1.1 e 2, bem como dos artigos 7.b) e 7.e) da Convenção de Belém do Pará (Cfr. Sentença, par. 320, ponto resolutivo n. 5).

⁶ Nos termos dos artigos 8.1, 19 e 25.1 da CADH em relação com seus artigos 1.1, 2 e 24 e os artigos 7.b) e 7.e) da Convenção de Belém do Pará (Cfr. Sentença, par. 320, ponto resolutivo n. 6).

⁷ Nos termos do artigo 5.2 da CADH em relação com seu artigo 1.1 (Cfr. Sentença, par. 320, ponto resolutivo n. 7).

⁸ Na terminologia adotada nos “Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para Vítimas de Violações Graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário” (“Princípios Básicos”), estudo desenvolvido no âmbito da ONU – e influenciado pela atuação desta Corte – sobre a adequação de diversas medidas reparatórias ao contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos (“DIDH”). Cfr. AGNU. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolução A/RES/60/147 adotada em 21 de março de 2006, Anexo.

violações⁹. Para que seja reestabelecida a ordem jurídica, é necessário garantir a não repetição da conduta violadora, em um movimento guiado pelo “espírito de solidariedade humana”¹⁰.

3. Com profundo amparo nessas noções, a Corte definiu as seguintes medidas de reparação no caso em tela: a manutenção do processo penal contra E.G.A como aberto; a determinação das responsabilidades dos funcionários estatais que potencialmente contribuíram para o cometimento das violações; a publicação desta Sentença; a realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; a adaptação e adoção de protocolos de conduta estatal; a implementação de treinamentos para funcionários públicos cujo trabalho envolva questões de violência sexual e para médicos legistas; a implementação de campanha de conscientização sobre a questão do incesto; a incorporação em materiais escolares de informações adequadas sobre os riscos, a prevenção e a denúncia de violência sexual; a implementação de um sistema de coleta de dados para casos de violência sexual contra menores; e adequações no ordenamento jurídico interno¹¹.
4. Com precípua enfoque de endereçar mais contundentemente medidas de prevenção geral, isto é, essencialmente destinadas a desembaraçar as restrições que foram impostas à Sra. Losada em seu acesso à justiça, as quais são enfrentadas por um sem-número de pessoas, apresento este voto concorrente. Especificamente, creio ser imprescindível aprofundar a temática das medidas de reparação referentes a alterações à legislação penal boliviana. No caso em tela, a Corte determinou que o Estado deverá adequar seu ordenamento jurídico (em especial, a legislação penal) de forma que: a ausência de consentimento seja central e constitutiva do crime de violação (devendo ser levadas em conta as circunstâncias coercitivas que anulam o consentimento)¹², o tipo penal de estupro seja eliminado do ordenamento jurídico¹³, e que seja dada visibilidade à violação incestuosa mediante atribuição de *nomen juris* próprio no Código Penal Boliviano¹⁴.
5. Assim sendo, este voto será estruturado da seguinte forma: apontamentos preliminares sobre o caso em julgamento (**I**); reflexões sobre o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“Sistema IDH”) em garantir a adequação dos ordenamentos internos aos standards internacionais e sobre a complexa interação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal (**II**); aprofundamento da discussão sobre a necessária modificação do tipo “violação” e a supressão do tipo “estupro” para incorporar efetivamente o critério do consentimento como central aos crimes sexuais (**III**); e fundamentação de minha posição de que a melhor medida a ser tomada pela Bolívia ao adequar seu ordenamento jurídico interno de forma a dar maior visibilidade à violação sexual incestuosa é adotar um *nomen juris* específico para a violação sexual incestuosa (**IV**).

I. Do caso em julgamento

⁹ Cfr. *Caso Bulacio vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C No. 100. Voto Razonado do Juiz Cançado Trindade, par. 22.

¹⁰ Cfr. *Caso Bulacio vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C No. 100. Voto Razonado do Juiz Cançado Trindade, par. 22 (grifo nosso).

¹¹ Cfr. Sentença, par. 230.

¹² Ibid., par. 198.

¹³ Ibid., par. 199.

¹⁴ Ibid., par. 201.

6. A Sra. Losada é uma cidadã boliviana nascida em 1985 e que, à época dos fatos iniciais do presente caso, residia em Cochabamba, na Bolívia¹⁵. Em agosto de 2001, quando a vítima estava prestes a completar 16 anos, E.G.A, seu primo de 26 anos, veio da Colômbia (país de sua nacionalidade) para morar temporariamente com sua família¹⁶. Considerando que os irmãos mais velhos da Sra. Losada haviam recentemente se mudado para os Estados Unidos, E.G.A rapidamente teria ocupado este “espaço de afeto e confiança”¹⁷.
7. Em outubro de 2001, conforme abordado na Sentença (par. 33 - 37) e relatado no Informe de Mérito da Comissão¹⁸, no ESAP¹⁹, na declaração escrita da Sra. Losada²⁰ e em sua fala durante a audiência pública realizada em 29 e 30 de março de 2022, E.G.A iniciou uma série de agressões sexuais à vítima que perduraram por aproximadamente 8 meses. Noto que não há controvérsia nos testemunhos e evidências apuradas pelas autoridades bolivianas sobre a ocorrência de repetidas relações sexuais entre a Sra. Losada e seu primo, com as divergências, em nível interno, a repousar essencialmente na subsunção da conduta de E.G.A à descrição de algum tipo penal. As relações deram-se em segredo, tendo E.G.A se valido de pressão e violência psicológica, bem como de ameaças à Sra. Losada e às suas irmãs mais novas, para garantir seu silêncio²¹. As consequências da recorrente violência sofrida pela vítima eram palpáveis – com o tempo, deixou de se alimentar, chorava diariamente e vomitava muito²².
8. Percebendo o sofrimento que acometia a Sra. Losada – mas sem conhecer a sua causa – os seus pais resolveram levá-la em uma viagem aos Estados Unidos para a formatura de um irmão em maio de 2002²³. A descoberta da violência perpetrada em detrimento da Sra. Losada ocorreu por acaso. Foi apenas com a leitura de passagens de seu diário particular por um de seus irmãos que a família descobriu o que estava acontecendo. Tão logo tomou conhecimento de que seus pais descobriram a violência praticada por seu primo, a vítima tentou suicídio²⁴. Após receber atendimento médico e psicológico especializado, foi constatado que a Sra. Losada sofria de depressão e apresentava rejeição a conversar sobre o ocorrido. Ainda, em exame ginecológico, indicou-se que a Sra. Losada se encontrava em estado posterior a abuso sexual²⁵. A psicóloga consultada, por sua vez, constatou a ocorrência de exploração sexual, manipulação e alto risco de problemas de saúde mental²⁶. Vale ressaltar o importante alerta dado pela profissional de que o risco de problemas de saúde mental seria agravado “se ela não receber ajuda apropriada ou

¹⁵ Ibid., par. 33.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020.

¹⁸ Cfr. CIDH. Informe de Mérito n. 141/19, Angulo Losada vs. Bolívia. 28 de novembro de 2019.

¹⁹ Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020.

²⁰ Cfr. Declaração informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de provas, fl. 1064).

²¹ Cfr. Sentença, par. 35.

²² Ibid., par. 36.

²³ Ibid., par. 46.

²⁴ Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020; Declaração informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de provas, fl. 1064).

²⁵ Cfr. Sentença, par. 46; Certificado de Terri S. Gilsson, LP.C., de 8 de agosto de 2002 (expediente de provas, fl. 7860).

²⁶ Cfr. Sentença, par. 46; Certificado de Lourdes de Armas, M.D., de 25 de julho de 2002 (expediente de provas, fl. 7853).

se a resposta do sistema jurídico de alguma forma acusar a vítima ao invés de reconhecer um crime”²⁷.

9. Em julho de 2002, já de volta à Bolívia, a Sra. Losada formalizou sua denúncia contra E.G.A na Polícia Técnica Judicial²⁸. Os procedimentos internos que sucederam a denúncia foram pormenorizados na Sentença (par. 48-76), de forma que me cumpre apenas ressaltar alguns desdobramentos específicos. Assim como feito na Sentença, organizarei minhas considerações agrupando os procedimentos judiciais em três grupos (2003 a 2005, 2005 a 2007, e 2007 até a atualidade).
10. A primeira série de procedimentos judiciais (2003-2005) foi marcada, desde o início, por uma controvérsia sobre se o tipo penal a ser aplicado a E.G.A seria “violação” ou “estupro”. O Ministério Público acusou E.G.A perante o Tribunal de Sentença n. 4 de Cochabamba pelo crime “violação” em modalidade agravada²⁹, tipificado no artigo 308 do Código Penal:

Art. 308. Quien empleando **violencia física o intimidación**, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años. (...)

11. As qualificadoras³⁰ aduzidas pela acusação foram os incisos 1, 2, 3 e 7 do artigo 310 do Código Penal Boliviano vigentes à época dos fatos:

- (1) Si como producto de la violación se produjera alguna de las circunstancias previstas en los arts. 270 y 271 del Código Penal [que tratam de **lesão** leve, grave e gravíssima].
(2) Se se produjera un grave **trauma o daño psicológico** en la víctima.
(3) Si el autor fuera **ascendiente, descendiente o pariente** dentro del cuarto grado consanguinidad o segundo de afinidad. (...)
(7) Si el autor hubiera sometido a la víctima a **condiciones vejatorias o degradantes**. (...)

12. Ao proferir sentença em 28 de março de 2003, o Tribunal de Sentença n. 4 de Cochabamba condenou o réu pelo crime de “estupro” (art. 309 do Código Penal) agravado somente pela ocorrência de incesto³¹, e fixou pena de privação de liberdade de 7 anos³². Para justificar a subsunção dos fatos a um artigo distinto do demandado na acusação, o Tribunal aplicou o princípio *iura novit curia* e fundamentou que “não foi demonstrado de forma convincente que os elementos de violência física ou intimidação tenham concorrido”³³, embora tenham sido identificados elementos de manipulação psicológica e sedução – figuras típicas do crime “estupro”. À época, a

²⁷ Cfr. Sentença, par. 46; Certificado de Lourdes de Armas, M.D., de 25 de julho de 2002 (expediente de provas, fl. 7853).

²⁸ Cfr. Sentença, par. 47.

²⁹ Ibid., par. 58; Sentença emitida pelo Tribunal de Sentença No. 4 de Cochabamba em 28 de março de 2003 (expediente de provas, fls. 7667,7668,7673), p. 1.

³⁰ Cumpre esclarecer que o termo “qualificadora” em português equivale ao termo “agravante” no ordenamento jurídico boliviano. Em português, o termo “agravante” descreve os fatores que majoram o cálculo da pena a ser aplicada em uma condenação que são apreciados na segunda fase do cálculo da pena e refletidos em previsão legal genérica, podendo ser aplicados em diversos tipos de crimes.

³¹ As outras qualificadoras foram rejeitadas por falta de prova e pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

³² Cfr. Sentença, par. 61; Sentença emitida pelo Tribunal de Sentença No. 4 de Cochabamba em 28 de março de 2003 (expediente de provas, fls. 7667,7668,7673), p. 11.

³³ O fato de o tribunal ter identificado na Sra. Losada uma “personalidade forte” fez com que não concebesse que ela tenha sido intimidada por E.G.A. para manter relações sexuais, que se deram pelas seduções e enganações típicas do crime estupro. Nesse contexto, reconhecem a posição de vulnerabilidade de Brisa e que há assimetria de poder na relação, o que vicia consentimento na modalidade prevista no tipo “estupro”.

descrição do crime "estupro" no artigo 309 do Código penal se dava nos seguintes termos:

Quien, mediante **seducción o engaño**, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18), será sancionado con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años.

13. A sentença do Tribunal de Sentença n. 4 de Cochabamba foi apelada por ambas as partes em abril de 2003³⁴. Enquanto os acusadores alegaram a ocorrência de erros, aplicação indevida e errônea da lei e infração da lei substantiva por parte do Tribunal (com enfoque na alegada subsunção errônea da conduta de E.G.A no tipo "estupro" e não "violação"), o acusado alegou que o depoimento da Sra. Losada fora tomado sem a sua presença e de seu advogado, o que configuraria vício processual cuja consequência corresponderia à nulidade absoluta do feito. Após diversos recursos, em 11 de abril de 2005, a Sala Penal Terceira da Corte Superior de Justiça de Cochabamba anulou a sentença condenatória em sua integridade e ordenou reposição do julgamento por outro tribunal³⁵.
14. Em maio de 2005, foi iniciada a segunda série de procedimentos penais (2005-2007) contra E.G.A. perante o Tribunal de Sentença n. 2 de Cochabamba. o Ministério Público imputou, novamente, a E.G.A o delito "violação" na modalidade agravada pelos incisos 1, 2, 3 e 7 do artigo 310 do CP³⁶. Em 16 de setembro de 2005, começaram as audiências públicas perante o Tribunal de Sentença n. 2 (com o advogado de E.G.A presente no depoimento da Sra. Losada) e, sete dias depois, o Tribunal proferiu sentença absolvendo E.G.A de todas as acusações por ausência de provas suficientes³⁷. Especificamente, o Tribunal declarou que não concorreram os elementos do tipo "violação" por não poder concluir com certeza pela ocorrência de "conjunção carnal" ("*acceso carnal*"), por não ter encontrado evidência conclusiva de que houve violência física ou moral no momento do ato, por testemunhos contraditórios terem colocado em dúvida a única prova aceita pelo tribunal que demonstraria sua ocorrência e por não ter sido possível identificar culpa ou dolo na conduta do imputado³⁸.
15. Os representantes da Sra. Losada e o Ministério Público apelaram da sentença do Tribunal de Sentença n. 2, tendo seus recursos sido desprovidos pela Sala Penal Primeira da Corte Suprema de Justiça de Cochabamba³⁹. Os representantes, então, apresentaram recurso de cassação, que culminou na anulação, pela Sala Penal Primeira da Corte Suprema de Justiça da Nação, da decisão de 06 de março de 2006 (que havia confirmado a sentença do Tribunal de Sentença n. 2). Foi determinado que a Sala Penal Primeira da Corte Suprema de Justiça de Cochabamba reanalisasse o recurso dos representantes da Sra. Losada⁴⁰. Finalmente, em maio de 2007, a Sala Penal Primeira anulou a sentença absolutória de setembro de 2005 do Tribunal de

³⁴ Cfr. Sentença, par. 62.

³⁵ Ibid., par. 64; Sentença emitida pela Sala Penal Terceira da Corte Superior de Justiça de Cochabamba em 11 de abril de 2005 (expediente de prova, fls. 8123 a 8124).

³⁶ Cfr. Sentença, par. 65.

³⁷ Ibid., par. 66; Sentença emitida pelo Tribunal de Sentença No. 2 em 16 de setembro de 2005 (expediente de provas, fls. 8294 a 8310).

³⁸ Cfr. Sentença emitida pelo Tribunal de Sentença No. 2 em 16 de setembro de 2005 (expediente de provas, fls. 8294 a 8310).

³⁹ Cfr. Sentença, par. 68.

⁴⁰ Ibid.

Sentença n. 2 devido à incorreta subsunção do tipo “estupro”, bem como ordenou o reenvio da causa para outro julgamento⁴¹.

16. Assim, em 2008, foram iniciados os preparos para a terceira série de procedimentos penais contra E.G.A. O fato de que E.G.A deixou a Bolívia em 2007 e não compareceu a qualquer procedimento judicial impossibilitou a realização de audiências e a continuidade do processo⁴². A despeito da expedição de mandado de prisão em novembro de 2008 e da ciência pelo Estado de sua saída do país ao menos desde 2007⁴³, as autoridades bolivianas apenas acionaram a INTERPOL e iniciaram procedimentos diplomáticos para sua extradição da Colômbia dez anos depois, em 2018⁴⁴. Em 2020, foi emitido “exhorto suplicatorio con solicitud formal” de extradição à autoridade competente na Colômbia, que levou à captura de E.G.A com fins de extradição em fevereiro de 2022. Não obstante, em setembro de 2022, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia cancelou a ordem de captura e ordenou sua liberdade imediata por considerar prescrita a ação penal à luz do ordenamento colombiano⁴⁵. Assim, conforme apontou a Corte, passados mais de 20 anos desde as violências sexuais sofridas pela Sra. Losada, “*no existe una sentencia firme de condena o absolución, pues ha sido denegada la solicitud de extradición de Colombia a Bolivia para comparecer en el tercer juicio*”⁴⁶.

17. A análise dos fatos desse caso, apresentados na Sentença e resumidos acima, demonstra, conforme será aprofundado adiante, a centralidade de questões relativas à tipificação dos crimes sexuais no Código Penal Boliviano na violação dos direitos da Sra. Losada durante os procedimentos investigativos e judiciais internos – em especial, pela ausência de introdução efetiva do elemento do consentimento como caracterizador do tipo “violação” (combinada com a possibilidade do enquadramento de atos sexuais atentatórios no tipo “estupro”) e a desconsideração da gravidade da violação incestuosa sofrida pela vítima. Antes de prosseguir com a discussão destes dois pontos, contudo, julgo necessário apresentar algumas reflexões sobre a complexa interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal.

II. Do imperativo da adequação dos ordenamentos internos aos standards internacionais em Direitos Humanos e da sua complexa interação com o Direito Penal

18. A interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal é tema de recorrente discussão no âmbito do Sistema IDH⁴⁷. Uma de suas manifestações se dá, justamente, no âmbito de medidas reparatórias em que a Corte ordena alguma alteração no direito interno dos Estados como garantia de não-repetição. Considerando que este voto está pautado em duas propostas de alterações no Código Penal boliviano, entendo que cumpre discorrer, primeiramente, sobre os fundamentos da prerrogativa desta Corte para demandar a adequação de tipos

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., par. 69-71.

⁴³ Ibid., par. 123.

⁴⁴ Ibid., par. 72.

⁴⁵ Ibid., par. 76.

⁴⁶ Ibid., par. 130.

⁴⁷ Em meu voto concorrente no caso *Moya Chacon vs. Costa Rica* (2022) pude explorar, especificamente, a interação entre o Direito Penal e o direito à liberdade de expressão. Aqui, expando minhas considerações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos de forma geral. *Cfr. Caso Moya Chacon vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de maio de 2022. Série C No. 451, voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch, par. 8-43.

penais nos países sob sua jurisdição **(II.a)** e, em seguida, sobre a complexa relação entre o Direito Penal e os Direitos Humanos que se manifesta neste debate **(II.b)**.

a. Sobre os standards mobilizados pela Corte para demandar a adequação de tipos penais em matéria de reparação

19. A Corte, desde sua primeira sentença de mérito, enfatiza a existência das obrigações de prevenir, investigar e punir violações de direitos humanos, que derivam do dever de "garantir" dos Estados, cristalizado no artigo 1.1 da Convenção. Tais obrigações guardam estreita conexão com o artigo 25 da CADH, que prevê o direito de toda pessoa a um recurso simples, rápido e efetivo perante os juízos competentes contra atos que violem seus direitos humanos. Nas palavras da Corte em *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988):

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "**garantizar**" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación **los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención** y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁴⁸.

20. Para que um Estado possa prevenir, investigar e sancionar uma violação de direitos humanos, é indispensável que ele conte, em seu ordenamento interno, com institutos jurídicos consolidados que viabilizem sua atuação. O instrumental estatal deve incluir um aparato institucional composto, entre outros, de forças policiais e investigativas e um poder judiciário consolidado, e legislação que classifique determinadas violações de direitos humanos como ilícitas. Nesta toada, é notável a decisão dos redatores da Convenção de dedicar seu segundo artigo ao dever dos Estados de adotar disposições do direito interno (legislativas ou de outra natureza) para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção⁴⁹. A interpretação do artigo 2º da Convenção demonstra que o inverso também se verifica, obrigando os Estados a remover de seu ordenamento quaisquer disposições que violem ou contribuam para a violação dos direitos humanos previstos no instrumento⁵⁰. A importância de tal adequação é refletida nos referidos "Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Reparação para Vítimas de Violações Graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário"⁵¹ adotados no âmbito das Nações Unidas, os quais elencam, dentre as medidas reparatórias de não

⁴⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, par. 166.

⁴⁹ O art. 2º da Convenção, por sua vez, guarda forte relação com o artigo 27 da CVDT. Cfr. *Caso Noguera e outra vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 9 de março de 2020. Série C No. 401, par. 68.

⁵⁰ Tal obrigação se manifesta de forma específica quanto ao artigo 24 da Convenção (direito à igualdade e à não-discriminação). Nas palavras da Corte, "(...) *los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*". Cfr. *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350, par. 289, 292.

⁵¹ Cfr. nota n. 8 *supra*.

repetição, a “revisão e alteração de leis que favoreçam ou permitam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos”⁵².

21. Especificamente no que concerne à adoção do Direito Penal como ferramenta para prevenir e remediar violações de Direitos Humanos, essa prática foi consolidada, ademais, na paradigmática Declaração e no Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993), que estabeleceu o dever Estatal de “ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, base sólida para o Estado de Direito”⁵³. Conforme observável no *dictum* proferido pela Corte em *Velásquez Rodríguez vs. Costa Rica* (1988), a Corte relaciona, desde o início de seus trabalhos, o dever de prevenir violações de direitos humanos com a manutenção de um Direito Penal adequado à Convenção, incluindo a tipificação de alguns delitos:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, **las violaciones de los derechos humanos**, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. **El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa**, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁵⁴.

22. Assim como qualquer obrigação derivada dos deveres dos Estados de prevenir, investigar e punir, a obrigação de estabelecer e manter um marco jurídico adequado de proteção – o que inclui a tipificação penal de determinadas condutas – é complementada e reforçada em casos envolvendo grupos de particular vulnerabilidade e culmina em dever de *devida diligência reforçada*. Tal relação, enfatizada pela Corte na Sentença (par. 93 – 100), também foi pormenorizada no contexto de violência contra uma mulher no caso *VRP e VPC vs. Nicaragua* (2018):

(...) la Corte recuerda que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana **se complementan y refuerzan** para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b), **dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**. (...) En este sentido, el Tribunal ha establecido que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida **diligencia. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias**⁵⁵.

23. Portanto, inequívoca a relação entre o dever de investigar e punir e a obrigação de adotar legislação penal material compatível com os standards internacionais de

⁵² Cfr. AGNU. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolução A/RES/60/147 adotada em 21 de março de 2006, Anexo.

⁵³ Cfr. ONU. *Declaração e Programa de ação de Viena*. Aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos em 25 de junho de 1993, A/CONF.157/23, Parte II.A.60.

⁵⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, par. 174-5.

⁵⁵ Cfr. *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicaragua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350, par. 152-3.

direitos humanos. Nesse sentido, em casos em que o descumprimento das obrigações de garantia por parte de um Estado se deu, ao menos em parte, por inadequação do Direito Penal aos standards internacionais de direitos humanos, a Corte possui a prerrogativa de demandar reformas na legislação dentre as medidas reparatórias. Tais medidas podem consistir na alteração ou supressão de normas consideradas inadequadas para a promoção dos objetivos da Convenção ou na criação e entrada em vigor de normas visando a prevenir violações da Convenção, conforme exposto pela Corte em *Casa Nina vs. Peru* (2020)⁵⁶.

24. O desenvolvimento da jurisprudência da Corte a propósito das reformas na legislação penal dos Estados como medidas reparatórias tem como fundação o caso *Palomino vs. Peru* (2005), em que os representantes alegaram violação ao artigo 2º da Convenção por alegada incompatibilidade do artigo 320 do Código Penal então vigente no Peru (que tipificava o delito de “desaparecimento forçado”) com os standards internacionais sobre o tema⁵⁷. A Comissão apoiou o pleito dos representantes, bem como especificou que o tipo “desaparecimento forçado” (i) previa exigências para a conformação do crime que obstavam à adequação de uma conduta ao tipo pelo intérprete judicial; (ii) alocava aos familiares da vítima o ônus de provar o ocorrido; e (iii) considerava apenas como sujeito ativo do crime o “funcionário público”, excluindo a possibilidade da perpetração do crime por particulares que atuem com apoio ou aquiescência do Estado⁵⁸. Assim, tanto a CIDH como os representantes demandaram a reforma do tipo a título de reparação⁵⁹.

25. À luz do princípio do *effet utile*, a Corte reafirmou a existência da obrigação derivada da exegese do artigo 2º da Convenção de os Estados efetivamente adequarem sua legislação aos parâmetros da Convenção⁶⁰ e, defronte ao pleito formulado, destacou que os Estados possuem dever de tipificar o delito de “desaparecimento forçado”, devendo fazê-lo conforme os parâmetros internacionais sobre o tema⁶¹. Isso porque a tipificação adequada do desaparecimento forçado é de “caráter primordial para a efetiva erradicação desta prática”, não sendo suficiente sua subsunção a outros tipos como sequestro, tortura ou homicídio⁶². A Corte concluiu, destarte, que o artigo 320 do Código Penal Peruano afrontava os parâmetros internacionais⁶³ e determinou, como medida reparatória⁶⁴, que:

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

⁵⁶ Cfr. *Caso Casa Nina vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2020. Série C No. 419, par. 100.

⁵⁷ Cfr. *Caso Gómez Palomino vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135, par. 88.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 87.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 69-70.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 91.

⁶¹ *Ibid.*, par. 96.

⁶² *Ibid.*, par. 92.

⁶³ *Ibid.*, par. 100-10.

⁶⁴ Cumpre destacar que, em um caso anterior, os representantes da vítima já haviam demandado o reconhecimento de uma violação ao artigo 2º da CADH de uma tipificação adequada do desaparecimento forçado no Código Penal Hondurenho, mas a Corte não discutiu este argumento. Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C No. 99.*

sobre Desaparição Forçada, de conformidade com los **critérios estabelecidos en los párrafos 90 al 110** del presente fallo⁶⁵.

26. Raciocínio similar foi adotado em casos subsequentes, nos quais a Corte foi instada a ordenar a modificação da legislação penal dos Estados – todos sobre a tipificação do “desaparecimento forçado” em seus ordenamentos jurídicos internos⁶⁶. Foi no caso *Albán Cornejo e outros vs. Equador* (2007), contudo, que a Corte teve, pela primeira vez, a oportunidade de se pronunciar sobre a adequação de normas penais não relacionadas a este tipo específico e de pormenorizar os limites de seu entendimento sobre necessidades de reforma na legislação penal dos Estados. O caso versava sobre a morte da Sra. Albán Cornejo após internação por diagnóstico de meningite bacteriana. Naquela ocasião, a vítima recebeu dose de morfina, o que foi considerado como conduta médica equivocada⁶⁷. Os representantes e a CIDH argumentaram pela inadequação das normas internas, com destaque para a ausência de regulação específica da má prática médica (incluindo a sua tipificação penal), o que culminaria em obstáculo ao acesso à justiça⁶⁸.
27. Ao discorrer sobre o dever dos Estados de prevenir e sancionar violações de direitos humanos, a Corte reforçou o dever específico de adequar o ordenamento jurídico-penal à Convenção (tanto em termos materiais como processuais) e especificou que, em termos materiais, “esse propósito se projeta na inclusão de tipos penais adequados sujeitos às regras da legalidade penal, atentos às exigências do direito punitivo em uma sociedade democrática e suficientes para a proteção, do ponto de vista penal, dos bens e valores protegidos”⁶⁹. Nesse caso, contudo, a Corte considerou desnecessária a tipificação separada do crime de má prática médica, sendo suficiente sua subsunção aos delitos de lesões ou homicídio já existentes⁷⁰.
28. O caso *Albán Cornejo* demonstra, assim, que, conquanto a Corte entenda que toda violação de direitos previstos na Convenção implica dever estatal de investigar e, se cabível, punir⁷¹, nem sempre é imprescindível adotar um tipo penal novo no direito interno quando identificada alguma violação. Nesse sentido, os Estados possuem certo grau de autonomia na definição de suas políticas criminais – *sempre* limitada pelos deveres convencionais e pelas normas do direito internacional dos direitos humanos. A função da Corte, nesse contexto, não é definir a legislação interna dos Estados, mas, sim, verificar estritamente sua compatibilidade com a Convenção e,

⁶⁵ Cfr. *Caso Gómez Palomino vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135, par. 149.

⁶⁶ Cfr. *Caso Blanco Romero e outros vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C No. 138, par. 105; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C No. 186, par. 183; *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2008. Série C No. 190, par. 58; *Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C No. 202, par. 167; *Caso Radilla Pacheco vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209, par. 318; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C No. 232, par. 219; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219, par. 287.

⁶⁷ Cfr. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171, par. 2, 84.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 113-4.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 135.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 136.

⁷¹ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C No. 100, par. 110.

nos casos em que a incompatibilidade culmina em violação, determinar as reparações cabíveis.

b. Sobre a tensão entre a proteção internacional dos Direitos Humanos e a eventual necessidade de mobilização do Direito Penal

29. Os standards discutidos *supra* evidenciam a multifacetada interação entre os campos dos Direitos Humanos e o Direito Penal no plano internacional. Conforme alerta Françoise Tulkens, ex-Juíza da Corte Europeia de Direitos Humanos (“Corte EDH”), “a natureza óbvia dessa relação (...) não deve, no entanto, obscurecer seu caráter complexo e paradoxal”⁷². O paradoxo referido pela magistrada foi traduzido pela ex-Juíza Christine Van der Wyngaert do Tribunal Penal Internacional na compreensão do Direito Penal como, simultaneamente, o “escudo” e a “espada” dos Direitos Humanos⁷³. Essa dualidade e sua compatibilização serão abordadas na sequência.

i. Sobre as origens dos Direitos Humanos como proteção contra os excessos punitivos dos Estados

30. Em que pese os primeiros contornos históricos do Direito Penal remeterem a objetivos marcadamente retributivos, sua conformação moderna passou a gravitar em torno da limitação do uso da coerção estatal, de modo a garantir a eficácia normativa dos direitos do acusado em processos penais⁷⁴. Tal busca pelo estabelecimento de controles e salvaguardas ao exercício do poder punitivo estatal guarda forte conexão com a emergência dos debates modernos sobre a proteção dos direitos fundamentais.

31. Cada constituição forjada nos moldes ocidentais, ao prever uma miríade de direitos individuais a serem tutelados pelo Poder Público, demonstra especial preocupação com a proteção dos direitos dos acusados. Esse cuidado foi consubstanciado em diversas restrições à aplicação da lei penal (*e.g.* o princípio da legalidade estrita e a irretroatividade da lei mais gravosa), no estabelecimento de garantias processuais (*e.g.* a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, o princípio do juízo natural, a vedação do tribunal de exceção, as exigências do devido processo legal e a legitimidade das provas) e na previsão de limites para a execução penal (*e.g.* a vedação de penas cruéis e desumanas, a individualização da pena e os direitos do sentenciado)⁷⁵. Noto, assim, que o processo de adequação constitucional do direito

⁷² Cfr. TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), p. 578. (Tradução nossa)

⁷³ Robert Roth atribui a expressão à Juíza Van den Wyngaert, relatando que teria sido proferida em uma apresentação sobre o cidadão europeu e a justiça criminal na União Europeia em 1995. Cfr. ROTH, Robert. *Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal*. In: AUER, Andreas; DELLEY, Jean-Daniel; HOTTELIER, Michel; MALINVERNI, Giorgio (Eds.). *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 429-446.

⁷⁴ Cfr. CARDENAS, Juan. The Crime Victim in the Prosecutorial Process. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 9 (1986), p. 360.

⁷⁵ Cfr. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (2016), p. 37; RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62 (2006), p. 3.

penal⁷⁶ foi marcado por uma série de proteções aos direitos do acusado, a fim de garantir um julgamento justo⁷⁷.

32. O Direito Internacional dos Direitos Humanos incorporou essa herança desde seus primórdios, de forma que seus primeiros instrumentos já conferiam direitos e garantias aos acusados nos sistemas penais internos nos mais diversos âmbitos, como na investigação, no processo e na execução penal. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 já previa a estrita legalidade de sanções privativas de liberdade, o direito da análise judicial célere a propósito da legalidade de uma privação de liberdade, de julgamento em prazo razoável e de tratamento humano na prisão (artigo 25), bem como o princípio da presunção de inocência (artigo 26). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, também de 1948, estabeleceu o direito a um julgamento público, equitativo e em plena igualdade por tribunal independente e imparcial (artigo 10), bem como a presunção de inocência e a irretroatividade da lei penal mais gravosa (artigo 11). Por outro lado, não é possível esquecer que, em paralelo à conformação dos primeiros tratados no campo do direito internacional dos direitos humanos, também ocorreu o surgimento de demandas internacionais pelo combate à impunidade de violadores de direitos humanos, que será abordado na sequência.

ii. O imperativo do combate à impunidade e o surgimento de uma aparente tensão na proteção internacional dos Direitos Humanos

33. O sentimento internacional de indignação com as violações massivas de direitos humanos e do direito humanitário ao fim da Segunda Guerra Mundial e o anseio pela sua não repetição voltou a atenção dos Estados à necessidade de combater a impunidade e promover a investigação e punição dos responsáveis. Nesse momento, teve início o processo descrito por Kathryn Sikkink como "cascata de justiça"⁷⁸, "uma nova e dramática tendência inter-relacionada na política mundial de responsabilizar criminalmente funcionários públicos individuais, incluindo chefes de estado, por violações de direitos humanos"⁷⁹.

34. Em termos institucionais, os primeiros anos de atuação da ONU foram marcados pela adoção, pela Assembleia Geral, de resoluções enfatizando o imperativo do combate à impunidade⁸⁰, respaldado nos debates que precederam a criação do Tribunal de

⁷⁶ Cfr. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62 (2006), p. 3.

⁷⁷ Cfr. FLETCHER, George. Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims. *Lewis and Clark Law Review*, vol. 9 (2005), p. 551. Esse desenvolvimento também pode ser notado no direito penal material, com a abolição de crimes cuja existência era, por si só, incompatível com os direitos humanos.

⁷⁸ Cfr. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011, p. 9. O termo já havia sido utilizado pela autora em LUTZ, Ellen; SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: the evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America*. *Chicago Journal of International Law*, v. 2 (2001). De acordo com Sikkink, o termo "cascata" foi emprestado do autor Cass Sunstein, que usou o termo "cascatas de normas sociais" em sua obra para definir "uma mudança rápida e dramática na legitimidade das normas e ações em nome dessas normas". Cfr. SUNSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. Nova York: Oxford University Press, 1997.

⁷⁹ Cfr. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011, p. 9.

⁸⁰ Cfr. por exemplo, AGNU. Resolução A/Res/3(I) (Extradition and Punishment of War Criminals) adotada em 13 de fevereiro de 1946; AGNU. Resolução A/RES/95(I) (Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal) adotada em 11 de dezembro de 1946.

Nüremberg⁸¹ e consolidado na referida Declaração e no Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993). Conforme descreveu o Professor e ex-Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em voto concorrente no caso *Barrios Altos vs. Peru* em 2001, esses esforços demonstraram que a luta contra a impunidade é “um clamor (...) verdadeiramente universal”⁸².

35. Conforme já evidenciado com base na jurisprudência da Corte discutida no tópico anterior (*supra*, par. 19-29), o combate à impunidade de violadores de direitos humanos não é fim em si, servindo ao propósito de prevenção de futuras violações. Este fundamento é verificado em fontes para além do Sistema IDH. A Comissão de Direito Internacional da ONU, por exemplo, afirma há muito que a “prevenção e punição são simplesmente dois aspectos da obrigação de fornecer proteção e ambos têm um objetivo comum, ou seja, impedir que potenciais agressores de pessoas protegidas realizem tais ataques”⁸³. A Corte Internacional de Justiça (“CIJ”), por sua vez, já apontou, ao discutir a aplicação da Convenção de Genocídio (que prevê sua tipificação penal), que “as disposições que regulamentam a punição também têm efeito dissuasório e, conseqüentemente, efeito preventivo” e que “uma das formas mais eficazes de prevenir atos criminosos, em geral, é punir as pessoas que os cometem e aplicar essas penas efetivamente aos que cometem os atos praticados”⁸⁴.
36. Nessa toada, assim como expôs a Corte Europeia de Direitos Humanos em *Opuz vs. Turquia* (2009) ao discutir as obrigações de garantia dos Estados quanto ao direito à vida:

This involves a primary duty on the State to secure the right to life by **putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions**. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual (...)⁸⁵.

37. A emergência de tantas iniciativas no plano internacional e regional visando a combater a impunidade logo suscitaram preocupações sobre o dever de investigar e punir ser demasiadamente valorizado, em detrimento dos direitos humanos dos réus⁸⁶. Alguns autores e agentes apontaram que parecia estar se conformando relação paradoxal entre o Direito Penal e os Direitos Humanos, em que ocorreria uma “mutação” destes em favor da defesa progressiva da mobilização do direito penal para prevenção e reparação de vítimas de violações⁸⁷. No âmbito interamericano, a

⁸¹ Cfr. RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62 (2006), p. 4.

⁸² Cfr. *Caso Barrios Altos vs. Peru. Fondo*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75. Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade, par. 4.

⁸³ Cfr. Comissão de Direito Internacional. *Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*. U.N. Doc. A/CN.4/264 e Add. 1 (1972-1973), p. 98. (Tradução nossa)

⁸⁴ Cfr. CIJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 I.C.J. Rep. 43 (26 de fevereiro de 2007), p. 109, par. 159. (Tradução nossa)

⁸⁵ Cfr. CEDH. *Opuz vs. Turquia*, no. 33401/02, 2009, par. 128. No mesmo sentido, cfr. CEDH. *Osman vs. Reino Unido*, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, 1998, par. 115; CEDH. *Kontrová vs. Eslováquia*, no. 7510/04, par. 49; CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003, par. 153.

⁸⁶ Cfr. BASCH, Fernando Felipe. The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers. *American University International Law Review*, v. 23 (2007), p. 213.

⁸⁷ Cfr., a título de exemplo, PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal* (2005).

determinação da Corte em assegurar o acesso à justiça das vítimas – o que inclui, em alguns casos, o emprego do aparato penal – também atraiu válidas preocupações acerca do risco do eventual reforço do dever de investigar e punir dos Estados sob sua jurisdição culminar em mais violações⁸⁸. As preocupações com um “Direito Penal dos Direitos Humanos” cumprem importante papel de manter o olhar desta Corte sempre alerta a esse delicado balanço, que será abordado na sequência.

iii. A importância do Direito Penal como *ultima ratio* da proteção de direitos humanos

38. A compreensão da relação entre o Direito Penal e os Direitos Humanos demanda retomar o que se compreende por impunidade. A Corte a definiu da seguinte maneira ao proferir sentença no caso *Paniagua Morales y otros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala* (1998):

La Corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente **caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana**, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁸⁹.

39. Conforme elabora Luis Greco, “impunidade” não descreve a mera “ausência de pena”, mas, sim, a “ausência de pena lá onde a pena deve ser imposta”⁹⁰. Entendo que tal condição se manifesta em duas exigências: o Direito Penal deve ser mobilizado apenas (i) em casos de estrita necessidade e (ii) dentro dos quadrantes do devido processo legal, com todas as suas garantias.

40. Primeiramente, abordarei o critério da estrita **necessidade**, já tematizado em meu voto concorrente no caso *Moya Chacón e outro vs. Costa Rica* (2022). Ao discutir a “absoluta excepcionalidade do uso de medidas penais”⁹¹, pude relembrar os ensinamentos de Roxin sobre o Direito Penal ser apenas o último entre todos os meios de solução social para determinado problema, constituindo “*ultima ratio* da política social” e servindo como proteção subsidiária dos bens jurídicos⁹².

⁸⁸ Cfr. BASCH, Fernando Felipe. The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers. *American University International Law Review*, v. 23 (2007), p. 207.

⁸⁹ Cfr. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C No. 37, par. 173.

⁹⁰ Cfr. GRECO, Luis. Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, v. 3 (2007), p. 121.

⁹¹ Cfr. *Caso Moya Chacon vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de maio de 2022. Série C No. 451, voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch, par. 5.

⁹² Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general - tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. Madrid: Civitas, 1997, p. 65. Na íntegra: “*El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales a la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente*”.

41. Assim, retomando as palavras de Luis Greco, o dever de punir só surge na ausência de alternativas:

Se o fundamento do dever de punir é o dever de proteger direitos humanos (...), esta proteção tem a natureza de um fim que se almeja, para o qual a punição representa um meio. Torna-se, portanto, uma questão empírica se esse meio é o mais indicado, e é impossível excluir de antemão a existência de outros meios mais adequados. **O que importa, assim, será se o Estado consegue ou não cumprir o seu dever de proteger ativamente os direitos humanos sem o Direito Penal. Um dever de punir apenas surgirá quando esses meios alternativos forem insuficientes.** O fato de que os direitos humanos obriguem o Estado a uma proteção ativa não significa que essa proteção tenha de dar-se apenas pelo Direito Penal. Um dever de punir apenas surgirá quando esses meios alternativos forem insuficientes. **O fato de que os direitos humanos obriguem o Estado a uma proteção ativa não significa que essa proteção tenha de dar-se apenas pelo Direito Penal**⁹³.

42. O critério da estrita necessidade na aplicação de medidas penais é amplamente reconhecido na jurisprudência desta Corte, sendo forte marca de suas sentenças sobre liberdade de expressão. Em meu voto concorrente em *Moya Chacón e outro vs. Costa Rica* (2022), destaquei "uma evidente tendência [da jurisprudência] rumo à restrição cada vez maior ao emprego de soluções de direito penal para tutelar condutas relativas ao exercício da liberdade de expressão"⁹⁴, visto que "o direito penal não pode se prestar a sancionar qualquer tipo de lesão a direitos, porquanto se trata da espécie de sanção mais grave que pode ser imposta pelo Estado ao indivíduo"⁹⁵.

43. Cumpre contrastar, contudo, duas situações distintas: os casos de indevida criminalização de condutas relativas à liberdade de expressão e os casos em que a Corte reconheceu a necessidade da aplicação do Direito Penal. Em *Campo Algodonero vs. México* (2009), por exemplo, a Corte discutiu uma série de feminicídios ocorridos no país sem serem devidamente investigados, e destacou:

(...) as sanções administrativas ou penais têm um papel importante para criar a classe de competência e cultura institucional adequada para enfrentar os fatores que explicam o contexto de violência contra a mulher que foi provado no presente caso. Se se permite que pessoas responsáveis por estas graves irregularidades continuem em seus postos, ou pior ainda, ocupem posições de autoridade, pode-se gerar impunidade e criar as condições para que os fatores que incidem no contexto de violência persistam ou sejam agravadas. (...)

[C]onclui-se que não foram investigados nenhum dos funcionários supostamente responsáveis pelas negligências ocorridas no presente caso. Em concreto, não foram esclarecidas as graves irregularidades na persecução dos responsáveis e no manejo das evidências durante a primeira etapa da investigação. Isso torna ainda mais manifesta a situação de vulnerabilidade das vítimas, contribuiu à impunidade e propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos⁹⁶.

44. Estabelecida, assim, a limitação da aplicação do Direito Penal a casos de estrita necessidade, cumpre destacar as exigências relativas às **garantias do devido processo legal**. Conforme explicitado (*supra*, par. 38), a Corte define impunidade como falta de investigação, persecução, captura, ajuizamento e condenação dos

⁹³ Cfr. GRECO, Luis. Por que inexitem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review*, v. 3 (2007), p. 121.

⁹⁴ Cfr. Caso Moya Chacon vs. Costa Rica. *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de maio de 2022. Série C No. 451, voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch, par. 25.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 38.

⁹⁶ Cfr. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205, par. 377-8.

eventuais responsáveis por violações de Direitos Humanos⁹⁷. Assim, não se trata de obrigação de imposição de uma sanção de natureza penal – há procedimentos a serem realizados para elucidar os fatos, avaliar responsabilidades e, *apenas se* determinada a responsabilidade individual do réu de forma compatível com a proteção de seus direitos humanos, concluir por condenação penal.

45. O direito às garantias judiciais incide durante todo este processo. Inicia-se com o princípio da legalidade penal (previsto no artigo 9 da Convenção) e seus desdobramentos, conforme explicou a Corte em *Lori Berenson Mejía vs. Peru* (2004):

(...) [L]a elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. (...) En un Estado de Derecho, los principios de **legalidad e irretroactividad** presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las **sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos** básicos de las personas y previa una **cuidadosa verificación** de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor **rigurosidad en el adecuamiento de la conducta** de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico⁹⁸.

46. A preocupação da Corte com os perigos inerentes à movimentação da máquina repressiva penal foi evidenciada, por exemplo, em *Fermín Ramírez v. Guatemala* (2005), no qual a Corte constatou que a invocação da periculosidade do agente como agravante no processo penal infringia os direitos do acusado:

Esa invocación (...) constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, **sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía**. (...) En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos⁹⁹.

47. Esse reconhecimento dos réus em processos penais como verdadeiros sujeitos de direito dotados de liberdades e direitos humanos é, justamente, o que diferencia a “cascata de justiça” iniciada ao fim da Segunda Guerra Mundial dos julgamentos persecutórios de viés político que eram prática comum no passado¹⁰⁰. Assim, evidencia-se que é o estrito vínculo da atuação dos Estados no campo penal aos Direitos Humanos – pela aderência ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e ao respeito às garantias judiciais – que permite a compatibilização de suas vertentes de relação com o Direito Penal, que é tanto “escudo” como “espada”.

⁹⁷ Cfr. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales e otros) vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C No. 37, par. 173.

⁹⁸ Cfr. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C No. 119, par. 79-82.

⁹⁹ Cfr. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C No. 126, par. 94-5.

¹⁰⁰ Cfr. SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 2011.

c. Conclusão parcial

48. A discussão realizada nesta seção demonstra que o imperativo de se manter o Direito Penal como *ultima ratio* não significa que sua aplicabilidade é inexistente ou que ele não possa, em nenhuma circunstância, ser mobilizado como instrumento para proteger os direitos humanos. Significa, sim, que o aparente paradoxo entre os campos demanda ponderação cautelosa entre o combate à impunidade e todas as garantias processuais e direitos humanos do acusado. Afinal, “[e]l conflicto (...) nunca fue el de Derechos Humanos contra el Derecho Penal per se, pero sí con el abuso de este último”¹⁰¹. Também significa que a punição de indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos não tem um valor meramente simbólico ou metafísico, mas, sim, cumpre uma função de reparar e prevenir futuras violações (conforme exposto *supra*, par. 19-28).
49. De maneira coerente com seus propósitos e objetivos, esta Corte compreende os riscos envolvidos na movimentação do aparato penal pelos Estados, como o exercício excessivo do *ius puniendi* estatal¹⁰². Assim, realiza uma ponderação cautelosa, conforme as nuances e peculiaridades de cada caso, para que seu zelo com o combate à impunidade não venha às custas de sua rigidez quanto à proteção e à garantia dos direitos humanos do acusado, o que incluiu o respeito às suas garantias processuais. A Corte deve, assim, continuar a estabelecer, de forma clara e justificada, os estritos casos em que o Estado deve recorrer a soluções no campo penal para reparar e prevenir violações de direitos humanos, bem como que condutas não demandam a mobilização do aparato criminal. Ainda, cabe perquirir alternativas ao direito penal aptas a atingir de forma eficaz os objetivos pretendidos com a medida. Nesse caso específico, sem desconsiderar sua absoluta excepcionalidade, entendo que a mobilização do direito penal se faz necessária como medida de reparação, de forma que passo a discutir as reformas que julgo necessárias no ordenamento jurídico interno para atingir esse objetivo.

III. Sobre a necessária modificação no tipo “violação” de forma a incorporar efetivamente o critério do consentimento

50. Conforme descrito *supra* (par. 7), a sra. Losada foi vítima de diversas agressões sexuais entre 2001 e 2002, sem que o Estado tenha logrado, mais de 20 anos depois, garantir seu direito à justiça. A análise dos processos judiciais que sucederam a denúncia das agressões demonstrara que as controvérsias relativas à interpretação dos tipos “violação” e “estupro” no Código Penal contribuíram significativamente para que o Estado não tenha proferido qualquer decisão final transitada em julgado.
51. Face a esse cenário, esta Corte analisou a importância do standard do consentimento na tipificação dos crimes sexuais para garantir o acesso à justiça das vítimas¹⁰³. Após um mapeamento dos standards internacionais sobre o tema, a Corte passou a averiguar a conformidade dos delitos de violação e estupro, na forma prevista no ordenamento boliviano, com a Convenção Americana, à luz do *corpus juris* internacional sobre a matéria e o impacto dos tipos no acesso à justiça da vítima¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. CALDERÓN, Jean Paul; MÉGRET, Frédéric. ¿“Penalización” de los derechos humanos?: Giros y paradojas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho & Sociedad*, v. 47 (2016), p. 17.

¹⁰² Cfr. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C No. 126, par. 98.

¹⁰³ Cfr. Sentença, par. 134 – 156.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 134 – 156.

Por fim, a Corte expressou concordância com os distintos organismos internacionais que consideram que *“las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central”* e que, para sua configuração, *“[basta] que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual”* (ou que as circunstâncias invalidam qualquer expressão de consentimento)¹⁰⁵. A Corte igualmente avaliou que o tipo “estupro” *“se basa en tradiciones y estereotipos de género, no identifica las particulares condiciones de vulnerabilidad de la víctima, encubre relaciones de poder y crea una jerarquía entre delitos sexuales que disminuye, invisibiliza y naturaliza la gravedad de la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes”*, e é obstáculo para que *“todas las formas de violencia sexual contra adolescentes y menores de edad se basen en la falta de consentimiento”*¹⁰⁶.

52. Com esteio nessas constatações, a Corte determinou que o Estado adeque *“su ordenamiento jurídico interno de tal manera que el consentimiento voluntario sea central y constitutivo del delito de violación sexual”* (consideradas as circunstâncias coercitivas que anulam o consentimento) e elimine *“el tipo penal de estupro de su ordenamiento jurídico”*¹⁰⁷. Na sequência, passo a aprofundar alguns dos fundamentos enunciados na Sentença para embasar essa determinação.

a. A tipificação dos crimes “violação” e “estupro” no ordenamento jurídico boliviano

53. Malgrado alguns crimes sexuais já se encontrassem tipificados na lei penal boliviana desde o Código Penal de Santa Cruz (1831), a tipificação dos delitos de “violação” e “estupro”, em conformação próxima da atual, ocorreu apenas em 1972, com a aprovação do Código Penal hoje vigente¹⁰⁸. A separação entre “violação” e “estupro” era muito comum nos países latino-americanos e ainda persiste em boa parte dos sistemas jurídicos da região¹⁰⁹, com o “estupro” geralmente descrevendo casos em que um adulto mantém relações sexuais com um menor que já tenha idade legal de consentimento por meio de sedução ou engano, com penas muito reduzidas em relação à “violação”.

54. O tipo “estupro” persistiu praticamente inalterado na Bolívia desde a entrada em vigor do Código Penal, sendo definido, tanto à época dos fatos como atualmente, da seguinte forma no art. 309 do Código Penal:

Quien mediante **seducción o engaño**, tuviera acceso carnal con persona de uno y otro sexo mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años, será sancionado con privación de libertad de tres a seis años.

55. A “violação”, por sua vez, é tipificada no artigo 308 do Código Penal sendo definida, à época dos fatos, após algumas modificações do texto original, da seguinte forma:

Quien empleando **violencia física o intimidación**, tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo; penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines

¹⁰⁵ Ibid., par. 145.

¹⁰⁶ Ibid., par. 199.

¹⁰⁷ Ibid., par. 198 - 199.

¹⁰⁸ Cfr. *Amicus Curiae* apresentado por Redes y organizaciones de defensa de los derechos humanos de las mujeres del Estado Plurinacional de Bolivia, par. 21.

¹⁰⁹ Um informe recente da ONG Equality Now apontou que 17 das 43 jurisdições estudadas no Continente Americano ainda adotam a separação do “estupro” da “violação”. Cfr. Equality Now. Failure to protect: how discriminatory sexual violence laws and practices are hurting women, girls, and adolescents in the Americas. Disponível em: <http://www.equalitynow.org/esvamericas>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

libidinosos, incurrirá en privación de libertad de cinco (5) a quince (15) años. El que bajo las mismas circunstancias del párrafo anterior, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia de la víctima, o que estuviere incapacitada por cualquier otra causa para resistir, incurrirá en privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años.

56. Desde 2001, o capítulo de crimes sexuais no Código Penal da Bolívia foi modificado por algumas leis, em especial, a Lei n. 348 de 2013, a Lei n. 548 de 2014 e a Lei n. 1173 de 2019¹¹⁰. A mudança mais relevante no artigo 308 foi introduzida pela Lei Integral para Garantir às Mulheres uma Vida Livre de Violência (a referida Lei n. 348 de 2013), que majorou a pena cominada ao crime e modificou sua definição, que atualmente lê:

Se sancionará con privación de libertad de quince (15) a veinte(20) años a **quien mediante intimidación, violencia física o psicológica** realice con persona de uno u otro sexo, actos sexuales **no consentidos** que importen acceso carnal, mediante la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo, o de un objeto cualquiera, por vía vaginal, anal u oral, con fines libidinosos; y quien, bajo las mismas circunstancias, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental grave o insuficiencia de la inteligencia de la víctima o que estuviera incapacitada por cualquier otra causa para resistir.

57. É possível deduzir uma tentativa, por parte do Estado Boliviano, de incluir o parâmetro da ausência de consentimento no artigo 308, com o acréscimo de “atos sexuais não consentidos” na descrição da conduta típica. Conforme destacado na Sentença, sem embargo, trata-se de integração ineficaz do referido critério, visto que a qualificação dos “atos sexuais não consentidos” está condicionada à ocorrência de “intimidação, violência física ou psicológica”, tornando a exigência de consentimento redundante¹¹¹. Intimidação e violência sempre implicam, afinal, ausência de consentimento, mas a recíproca não é verdadeira. A inclusão deste parâmetro, portanto, não alterou a definição do tipo. Assim, o artigo prevê duas formas de violação muito parecidas com sua tipificação original: (i) atos sexuais decorrentes de intimidação ou violência, seja ela física ou psicológica, e (ii) atos sexuais praticados em aproveitamento de alguma circunstância que impeça a resistência da vítima. Ainda, conforme destacou a Corte, a lei “[no] hace referencia a circunstancias en las cuales el consentimiento está viciado como en casos de evidente asimetría de poder entre agresor y víctima”.

58. Os representantes alegaram que esta tipificação da violação no ordenamento boliviano é incompatível com a Convenção e solicitaram a supressão dos critérios de intimidação e violência para que prevaleça aquele do consentimento, que deve ser definido de maneira clara¹¹². O Estado, por sua vez, sustentou que não caberia mudança legislativa, seja porque não teria promovido violação aos direitos da vítima no caso concreto, seja porque a tipificação atual estaria compatível com a Convenção¹¹³. Na sequência, aduzirei os fundamentos que justificam a concessão da medida solicitada pela vítima.

b. Sobre a necessidade de se centrar verdadeiramente a definição da “violação” no parâmetro do consentimento

¹¹⁰ Cfr. Escrito de Contestação de 17 de fevereiro de 2021, par. 312.

¹¹¹ Cfr. Sentença, par. 150.

¹¹² Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 293, 295.

¹¹³ Cfr. Escrito de Contestação de 17 de fevereiro de 2021, par. 231.

59. Ao se tipificar uma ofensa sexual como delito, premente a identificação (i) de *quais tipos* de conduta devem ser coibidas e (ii) de *quais condições* devem preceder o ato sexual para a avaliação da conduta como ilícita¹¹⁴. No ordenamento boliviano, o delito “violação” engloba os seguintes tipos de conduta: “acceso carnal”, “penetración anal o vaginal” e “introdu[cción de] objetos con fines libidinosos”. Já o tipo “estupro” engloba o “acceso carnal” especificamente com maiores de 14 e menores de 18 anos, enquanto outros atos sexuais não pertencentes a estas categorias são abordados no tipo “abuso sexual” (art. 312 do Código Penal). Conforme a Corte afirmou na Sentença, *“la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”*¹¹⁵.
60. Nesse sentido, a definição dos tipos de conduta sexual passíveis de enquadramento nos crimes sexuais na Bolívia parece-me demasiado restritiva. Considerando, contudo, que estas categorizações, por si só, não implicaram os problemas observados no caso concreto, focarei minhas considerações no segundo elemento do tipo: as condições que devem preceder o ato sexual para que a conduta seja ilícita.
61. Conforme já apontado, são considerados como “violação” na Bolívia os atos sexuais praticados mediante intimidação ou violência ou aproveitando-se de alguma circunstância que impeça a resistência da vítima. Nota-se, assim, a relevância do parâmetro da *resistencia* da vítima, que exige a demonstração de tentativa de resistência (vencida por intimidação ou violência) ou de incapacidade de resistir, *mesmo que* o ato tenha ocorrido sem o consentimento da vítima ou em situações em que a vítima não teria como resistir ou em que qualquer resistência da vítima poderia agravar sua situação. A aplicação desse parâmetro foi evidente no caso da Sra. Losada.
62. Perante o Tribunal de Sentença n. 4, a abertura do tipo “violação” a uma avaliação da capacidade da vítima de resistir deu lugar a uma série de testemunhos e argumentos inadequados e discriminatórios sobre a vítima¹¹⁶. Seu caráter e história pessoal pautaram mais as audiências do que a própria conduta do E.G.A, em claro processo de revitimização¹¹⁷. Ainda, a ênfase na capacidade de resistência da vítima incorporada no artigo 309 do Código Penal tornou irrelevante para o tribunal a sua posição de vulnerabilidade e a posição de confiança ocupada pelo abusador. A percepção do tribunal de que a sra. Losada tinha capacidade de resistir aos avanços de seu primo por ser dotada de “personalidade forte” levou o Tribunal de Sentença n. 4 a alterar o tipo a ser analisado de “violação” (que havia sido a demanda do Ministério Público) para “estupro” e analisar a conduta do E.G.A com base na ocorrência de “sedução ou engano”, o que culminou em pena reduzida¹¹⁸. Segundo a Corte, *“[e]stos estereotipos refuerzan la idea erróneamente concebía y*

¹¹⁴ Cfr. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, 2 (2018), p. 124.

¹¹⁵ Cfr. Sentença, par. 136.

¹¹⁶ Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 92.

¹¹⁷ Cfr. Sentença, par. 164-5.

¹¹⁸ Ibid., par. 121. Conforme afirmou a Corte, *“[m]ás allá del uso de estereotipos de género como uno de los fundamentos de la decisión (...) dicho razonamiento demuestra una flagrante falta de capacitación y sensibilidad en cuanto a las circunstancias particulares de casos de violencia sexual cometidas contra una adolescente, especialmente en el hogar y por una persona que ostentaba poder sobre la presunta víctima y, por consiguiente, la ausencia de perspectiva de género y niñez al examinar el caso”*.

*discriminatoria de que una víctima de violencia sexual tiene que ser 'débil', mostrarse 'indefensa', reaccionar o resistir a la agresión'*¹¹⁹.

63. Após a anulação do primeiro julgamento, o Ministério Público acusou o réu perante o Tribunal de Sentença n. 2, novamente, pelo crime "violação". Dessa vez, o tribunal subsumiu a conduta do E.G.A a esse último tipo e inocentou o réu por ausência de evidências conclusivas de que houve intimidação ou violência no momento da suposta conjunção carnal¹²⁰. Na avaliação da Corte:

Ese órgano judicial colegiado sostuvo expresamente **que era necesario probar la existencia de violencia física o intimidación para que se configurara el delito de violación** y, por lo tanto, excluyó el dictamen pericial sobre la coacción psicológica y las pruebas del estado psíquico de Brisa (...). En ese sentido, el Tribunal de Sentencia No. 2 aseveró que "no puede afirmar si [el] acceso carnal constituyó relación consensuada o agresión sexual [...] porque", entre otros factores, "la víctima [no] refirió cuales eran las conductas de intimidación que la doblegaron ante su agresor". De esa forma, se nota que, **ante el examen de la naturaleza de las relaciones sexuales existentes entre una niña de 16 años y un hombre adulto de 26 años que representaba para ella una figura de autoridad, evidenciando una asimetría de poder entre los dos, y con el cual también tenía una relación de confianza, el Tribunal de Sentencia no consideró relevante enfocarse en la existencia o no de consentimiento** por parte de Brisa o en la existencia de un entorno de coacción, en virtud del cual no se podría inferir su consentimiento, "sino en la comprobación fehaciente de la existencia de violencia o intimidación, eliminando a su vez la única prueba que sustentaría dichos elementos". (...) Por todo lo anterior, se considera que la aplicación de la normativa de referencia y su interpretación por parte de los tribunales internos resultaron en la denegación de justicia a una niña víctima de violencia sexual, como lo era Brisa¹²¹.

64. A tipificação da violação na Bolívia e sua avaliação pelos Tribunais de Sentença n. 2 e 4 se enquadram no modelo tradicional de conformação dos crimes sexuais nos países ocidentais, o qual se concentra na existência de um ato coercivo/violento ou numa impossibilidade prática de resistência (como por conta de inconsciência ou alguma deficiência mental)¹²². Historicamente, prevaleceu a compreensão de que uma mulher "honrada" iria ao menos tentar defender sua honra, de forma que o ilícito demandava a resistência física¹²³. Esta lógica já era verificável nas leis da Europa medieval e se justificava pelo baixo grau de sofisticação na avaliação de evidências em julgamentos (em que se demandavam sinais claros de resistência física ou testemunhos visuais ou auditivos)¹²⁴ e pelo objetivo de a lei ser a proteção de valores morais – e não da autonomia sexual da vítima¹²⁵.

65. Cumpre destacar que a resistência da vítima, como condição de ilicitude da ação, falha em englobar situações, como a do caso em tela, que deveriam ser consideradas violação sexual. Conforme o resumo pela Corte EDH de peritagem recebida no caso

¹¹⁹ Ibid., par. 164.

¹²⁰ Ibid., par. 153.

¹²¹ Ibid., par. 153-4 (grifo nosso).

¹²² Cfr. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, 2 (2018), p. 124.

¹²³ Ibid., p. 125-6.

¹²⁴ Cfr. KRATZER-CRYLAN, Ceylan. Finalität, Widerstand, "Bescholtenheit": Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB. In: Schriften zum Strafrecht (SR), Band 274. Berlin: Duncker & Humboldt (2015), p. 109; HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, 2 (2018), p. 125.

¹²⁵ Cfr. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 6, 2 (2018), p. 125.

M.C. vs. Bulgária (2003), muito semelhante ao da Sra. Losada e referido na Sentença, existem padrões de reação diversos à violência sexual:

The experts stated, with reference to scientific publications in several countries, **that two patterns of response by rape victims to their attacker were known: violent physical resistance and "frozen fright"** (also known as "traumatic psychological infantilism syndrome"). The latter was explained by the fact that any experience-based model of behaviour was inadequate when the victim was faced with the inevitability of rape. As a result **the victim, terrorised, often adopted a passive-response model of submission**, characteristic of childhood, **or sought a psychological dissociation from the event, as if it were not happening to her.**

The experts stated that all the scientific publications they had studied indicated that **the "frozen-fright pattern" prevailed.** Further, they had conducted their own research for the purposes of their written opinion in the present case. They had analysed all the cases of young women aged 14 to 20 who had contacted two specialised treatment programmes for victims of violence in Bulgaria during the period from 1996 to 2001, declaring that they had been raped. Cases that were too different from that of the applicant had been excluded. As a result, twenty-five cases had been identified, in twenty-four of which the victim had not resisted violently, but had reacted with passive submission¹²⁶.

66. A resistência exigida pelo tipo penal dificulta, ademais, que casos sejam penalmente solucionados por questões probatórias, visto que o Poder Judiciário exigiria, sob essa ótica, a prova física não só da incapacidade de resistir, como também da demonstração de resistência, requisitos de difícil verificação probatória. Essa situação é agravada pelo fato de que, por várias razões (incluindo medo de retaliação, perda de apoio familiar ou estigma social), muitas vítimas não denunciam imediatamente a violência sexual – o que é particularmente verdadeiro para crianças, que podem não perceber que os atos cometidos contra eles constituem crime. Como resultado, as vítimas que demoram a denunciar a violência se deparam, muitas vezes, com dificuldades – ou até impossibilidade – de obter provas físicas ou médicas, como lesões corporais, para mostrar que violência física adicional foi usada durante a violação.

67. Na maior parte dos Estados que não levaram a cabo uma reforma substancial da tipificação dos crimes sexuais, sua definição continua a ser lastreada nesses ultrapassados conceitos¹²⁷. É improvável que leis que não foram feitas para proteger a autonomia sexual dos cidadãos consigam fazê-lo adequadamente, de forma que é patente a necessidade de os países repensarem a tipificação dos crimes sexuais sob sua jurisdição a fim de proteger o direito à autonomia e à liberdade sexual negativa de maneira efetiva¹²⁸. Alguns países iniciaram reformas nesse sentido a partir da metade do século XX¹²⁹. Nos últimos 30 anos, verifica-se um esforço reforçado de tutela efetiva desses direitos com a emergência do critério do consentimento¹³⁰. Hoje, a maioria dos Estados partes da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1981 (na sigla em inglês,

¹²⁶ Cfr. CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003, par. 70-1.

¹²⁷ Cfr. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 123, 126.

¹²⁸ Cfr. HÖRNLE, Tatiana. Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften*, vol. 127 (2016), p. 851; HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 126.

¹²⁹ Cfr. HÖRNLE, Tatiana. #MeToo – Implications for Criminal Law?. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 2 (2018), p. 125.

¹³⁰ Cfr. Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences (Dubravka Šimonović). *Rape as a grave and systematic human rights violation and gender-based violence against women*, A/HRC/47/26 (2021), par. 70.

“CEDAW”) já adota o parâmetro da ausência de consentimento para definir a violação sexual¹³¹. Algumas regiões, nada obstante, ainda estão atrasadas nesse processo: um estudo de 2021 revela que, no Continente Americano, 23 das 43 jurisdições estudadas ainda baseavam sua tipificação da violação no uso de força e ameaças¹³².

68. Imprescindível, no ponto, realçar e aprofundar a conclusão da Corte de que a incorporação do parâmetro do consentimento é não apenas amparada como exigida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos¹³³. O Comitê responsável por supervisionar o cumprimento da CEDAW já teve a oportunidade de analisar um caso muito semelhante ao da Sra. Losada, ocorrido nas Filipinas, em que uma mulher, a Sra. Vertido, sofreu violação sexual¹³⁴. O Estado, contudo, absolveu o réu após oito anos sem decisão em primeira instância com base em entendimento extremamente restritivo e discriminatório do tipo “violação”¹³⁵. Nesse contexto, conforme apontado na Sentença¹³⁶, o Comitê CEDAW enfatizou a centralidade do consentimento como parâmetro a ser aferido na perquirição do caso concreto:

With regard to the definition of rape, the Committee notes that the **lack of consent is not an essential element of the definition of rape** in the Philippines Revised Penal Code. It recalls its general recommendation No. 19 of 29 January 1992 on violence against women, where it made clear, in paragraph 24 (b), that “States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity”. Through its consideration of States parties’ reports, **the Committee has clarified time and again that rape constitutes a violation of women’s right to personal security and bodily integrity, and that its essential element was lack of consent**¹³⁷.

69. Ao avaliar a tipificação do crime nas Filipinas, o Comitê CEDAW notou que o tribunal interno, ao discutir a ocorrência ou não de resistência física por parte da vítima, adotara visões discriminatórias e estereotipadas sobre qual deve ser o comportamento de uma mulher ao sofrer violência sexual, o que levou à revitimização da Sra. Vertido e demonstrou o caráter inadequado desta exigência:

(...) stereotyping affects women’s right to a fair and just trial and that **the judiciary must take caution not to create inflexible standards of what women or girls should be or what they should have done when confronted with a situation of rape** based merely on preconceived notions of what defines a rape victim or a victim of gender-based violence, in general. (...)

It is clear from the judgement that the assessment of the credibility of the author’s version of events was influenced by a number of stereotypes, the author in this situation not having followed what was expected from a rational and “ideal victim” or what the judge considered to be the rational and ideal response of a woman in a rape situation (...)

Although there exists a legal precedent established by the Supreme Court of the Philippines that it is not necessary to establish that the accused had overcome the victim’s physical resistance in order to prove lack of consent, the Committee finds that **to expect the author to have resisted in the situation at stake reinforces in a particular manner the myth that women must physically resist the sexual**

¹³¹ Cfr. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, par. 8.7.

¹³² Equality Now. Failure to protect: how discriminatory sexual violence laws and practices are hurting women, girls, and adolescents in the Americas. Disponível em: <http://www.equalitynow.org/esvamericas>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

¹³³ Cfr. Sentença, par. 149.

¹³⁴ Cfr. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Cfr. Sentença, par. 146.

¹³⁷ Cfr. CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, par. 8.7.

assault. In this regard, the Committee stresses that **there should be no assumption in law or in practice that a woman gives her consent because she has not physically resisted the unwanted sexual conduct**, regardless of whether the perpetrator threatened to use or used physical violence¹³⁸.

70. Com base nesta avaliação, o Comitê da CEDAW prescreveu a medida reparatória descrita na Sentença:

recomendó que Filipinas "revisara [su] definición de violación en la legislación a fin de que se centrara en la falta de consentimiento" y que promulgara una definición que "exigiera la existencia de un 'acuerdo inequívoco y voluntario' y que requiriera prueba por parte del acusado de medidas tomadas para asegurar el consentimiento de la denunciante/sobreviviente", o bien que "exigiera que el acto tuviera lugar en 'circunstancias coercitivas, incluida una amplia gama de circunstancias coercitivas'"¹³⁹.

71. Com base neste e outros precedentes, a ONU Mulheres – agência da ONU responsável pelo desenvolvimento de programas, políticas e normas para a proteção dos direitos das mulheres – especificou, no seu "Manual de legislação sobre a violência contra a mulher" (2012), que:

"La legislación ha de: (...) **suprimir todo requisito de que la agresión sexual sea cometida por fuerza o violencia**, y todo requisito de prueba de penetración, y minimizar toda victimización secundaria de la persona demandante/superviviente en procedimientos mediante la promulgación de una definición de agresión sexual que: (i) exija la existencia de "acuerdo inequívoco y voluntario" y que la persona acusada aporte pruebas de las medidas adoptadas para determinar si la demandante/superviviente había dado su consentimiento; (ii) exija que el acto tenga lugar en "circunstancias coercitivas" e incluya una amplia gama de circunstancias coercitivas"¹⁴⁰.

72. No mesmo sentido caminhou a Corte EDH ao decidir o referido caso *M.C. vs Bulgaria* (2003), que versava sobre a conduta estatal após a denúncia da vítima, então com 14 anos, de que havia sofrido violação sexual por dois homens maiores de idade. A investigação realizada pelo Estado concluiu que não havia prova suficiente de que a vítima fora compelida a ter a relação sexual, o que revelou a inadequação da tipificação da violação sexual na Bulgária e a falta de diligência das autoridades estatais ao processar denúncias. Nota-se a semelhança do tipo "violação" na Bolívia com seu equivalente na Bulgária quando dos fatos (art. 152.1 do Código Penal): "*sexual intercourse with a woman (1) incapable of defending herself, where she did not consent; (2) who was compelled by the use of force or threats; (3) who was brought to a state of helplessness by the perpetrator*"¹⁴¹.

73. A Corte EDH iniciou suas considerações enfatizando a obrigação positiva dos Estados de promulgar legislação penal apta a eficazmente punir episódios de violação sexual e de aplicar essa legislação mediante investigação e julgamento eficazes¹⁴². Para isso, os Estados devem considerar a evolução da própria concepção moderna dos elementos que caracterizam a violação sexual, cujos contornos foram descritos pelo tribunal europeu:

[H]istorically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a **clear and steady trend** in Europe and some other

¹³⁸ Ibid., par. 8.4-5.

¹³⁹ Cfr. Sentença, par. 142; CEDAW. *Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 2010, par. 8.9.b.i.

¹⁴⁰ Cfr. UN WOMEN. Handbook for Legislation on Violence against Women. Nova York, 2012, parte 3.4.3.1.

¹⁴¹ Cfr. CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003, par. 74.

¹⁴² Ibid., par. 153.

parts of the world **towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations** of the law in this area (...).

it appears that **a requirement that the victim must resist physically is no longer present in the statutes of European countries**. In common-law countries, in Europe and elsewhere, **reference to physical force has been removed** from the legislation and/or case-law (...). In most European countries influenced by the continental legal tradition, the definition of rape contains references to the use of violence or threats of violence by the perpetrator. It is significant, however, that in case-law and legal theory, lack of consent, not force, is seen as the constituent element of the offence of rape (...).

The Court also notes that the member States of the Council of Europe, through the Committee of Ministers, have agreed that **penalising non-consensual sexual acts, "[including] in cases where the victim does not show signs of resistance", is necessary** for the effective protection of women against violence (...) and have urged the implementation of further reforms in this area. In international criminal law, it has recently been recognised that force is not an element of rape and that taking advantage of coercive circumstances to proceed with sexual acts is also punishable. (...) the development of law and practice in that **area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual's sexual autonomy**¹⁴³.

74. Com base nestas observações, a Corte EDH firmou o entendimento de que "qualquer abordagem rígida para o julgamento de crimes sexuais, como exigir prova de resistência física em todas as circunstâncias, corre o risco de deixar impunes certos tipos de estupro e, assim, comprometer a proteção efetiva da autonomia sexual do indivíduo"¹⁴⁴. Assim, a Corte EDH estabeleceu que as obrigações dos Estados membros relativas ao artigo 3 (proibição da tortura e direito à integridade física) e 8 (direito à vida privada) da Convenção Europeia exigem a criminalização de qualquer ato sexual não consensual, mesmo na ausência de resistência física pela vítima¹⁴⁵. Estabelecido esse parâmetro, a Corte passou a avaliar a legislação búlgara e concluiu que esta não contemplava a criminalização de todo ato não consensual e que o Estado não logrou demonstrar que seu poder judiciário a interpretava de forma ampla¹⁴⁶. No caso concreto, foi consignado que as autoridades adotaram visões estereotipadas e discriminatórias ao exigir evidências de violência, resistência ou gritos¹⁴⁷. A Corte elabora, na sequência, parâmetros para a condução pelas autoridades de casos de violação:

(...) it appears that the prosecutors did not exclude the possibility that the applicant might not have consented, but adopted the view that in any event, in the absence of proof of resistance, it could not be concluded that the perpetrators had understood that the applicant had not consented (...). The prosecutors forwent the possibility of proving the perpetrators' *mens rea* by assessing all the surrounding circumstances, such as evidence that they had deliberately misled the applicant in order to take her to a deserted area, thus creating an environment of coercion, and also by judging the credibility of the versions of the facts proposed by the three men and witnesses called by them (...).

The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent. That was not done in the applicant's case. The Court finds that the failure of the authorities in the applicant's case to investigate sufficiently the surrounding circumstances was the result of their

¹⁴³ Ibid., par. 156-165.

¹⁴⁴ Ibid., par. 166.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., par. 170, 173.

¹⁴⁷ Ibid., par. 179.

putting undue emphasis on “direct” proof of rape. Their approach in the particular case was restrictive, practically elevating “resistance” to the status of defining element of the offence.

The authorities may also be criticised for having attached little weight to the particular vulnerability of young persons and the special psychological factors involved in cases concerning the rape of minors¹⁴⁸.

75. Reforço que o estudo realizado pela Corte EDH neste caso e suas conclusões serviram de lastro para o estabelecimento das obrigações dos Estados-parte da Convenção sobre Prevenção e Combate à Violência Contra a Mulher e à Violência Doméstica (ou “Convenção de Istanbul”) de 2011 no que tange à tipificação de crimes sexuais, cujo artigo 36 incorpora o standard do consentimento refletido na Sentença:

(1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised: (a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object; (b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person; (c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person. (2) Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances¹⁴⁹.

76. Outro precedente paradigmático na definição do consentimento como o parâmetro adequado para a violação sexual se deu no âmbito do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia (“ICTY”, na sigla em inglês), no caso *Fiscal vs. Kunarac, Kovac e Vokovic* (2001)¹⁵⁰, já abordado na Sentença¹⁵¹. Na oportunidade, o Tribunal precisou estabelecer uma definição para o crime “violação” cristalizado no artigo III comum das Convenções de Genebra e que constitui crime contra a humanidade, pois constatou que não havia definição de “violação” no Direito Internacional Humanitário¹⁵². Após realizar um estudo aprofundado, a Sala de Primeira Instância concluiu que o parâmetro deveria ser a ausência de consentimento da vítima para o ato sexual, e que este consentimento deve ser dado voluntariamente, por livre e espontânea vontade, devendo ser avaliado no contexto das circunstâncias de cada caso¹⁵³. Os réus apresentaram recurso em que argumentaram que o standard correto do crime de violação era o “uso de coação ou força”, e não a “falta de consentimento”¹⁵⁴. A Câmara de Apelações rejeitou tal recurso, consolidando que a “força ou ameaça de força fornece evidência clara de falta de consentimento, mas a força não é um elemento *per se* da violação” – reforçando, portanto, o standard do consentimento¹⁵⁵.

77. Ainda no âmbito do Direito Penal Internacional, o Tribunal Penal Internacional, ao definir as regras de evidência para os crimes previstos no Estatuto de Roma (que

¹⁴⁸ Ibid., par. 180-3.

¹⁴⁹ Cfr. Sentença, par. 139.

¹⁵⁰ Conforme exposto pela Corte Europeia em *M.C. vs. Bulgária*, embora as sentenças do caso *Fiscal vs. Kunarac, Kovac e Vokovic* (2001) do ICTY terem sido proferidas no contexto particular de violações ocorridas durante um conflito armado, o caso reflete uma tendência universal direcionada à adoção do critério da ausência de consentimento como o elemento essencial dos crimes de violação e abuso sexual. Cfr. CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003, par. 163.

¹⁵¹ Cfr. Sentença, par. 138.

¹⁵² Cfr. ICTY (Trial Chamber). *Fiscal vs. Kunarac, Kovac e Vokovic*. Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2001).

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Cfr. ICTY (Appeals Chamber). *Fiscal vs. Kunarac, Kovac e Vokovic*. Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (2002).

¹⁵⁵ Ibid.

inclui a violência sexual em seu artigo 7.1.g), estabeleceu o standard do consentimento e especificou-o nos seguintes termos:

Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo¹⁵⁶.

78. Apesar de esta Corte não ter tido a oportunidade de analisar, antes do presente caso, uma situação tão semelhante à da Sra. Losada como o referido precedente europeu¹⁵⁷, o caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010) discutiu a violação sexual da vítima, mulher indígena de 25 anos, por um militar no contexto da invasão de sua casa por cerca de onze soldados armados, sem que o Estado concluísse a investigação e o julgamento dos responsáveis. Ao perquirir as evidências de que dispunha para avaliar o caso – especificamente, as provas de ocorrência de violação sexual –, a Corte valeu-se dos referidos casos *MC vs. Bulgaria* da Corte EDH e *Kunarac, Kovac e Vukovic* do ICTY para abordar a ausência de evidências de resistência física:

En cuanto a la prueba médica, cabe resaltar que la presunta víctima solo recibió asistencia en una ocasión tras la denuncia de los hechos, por parte de una médica general quien le realizó una exploración física y una revisión ginecológica en la que determinó que “no present[aba] datos de agresión”. En este sentido, la Corte observa que el certificado médico concuerda con las diversas declaraciones de la señora Fernández Ortega, dado que **en ninguna de ellas la presunta víctima manifestó que se resistió físicamente a la agresión**. Por lo demás, esta Corte observa lo establecido en la jurisprudencia internacional en el sentido de que **el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta**. En el presente caso, **está acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción**, con el agravante de producirse en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados¹⁵⁸.

79. O mesmo standard foi recomendado pela Comissão, que já afirmou que “los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. ICC. *Rules of Procedure and Evidence*. Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002 (ICC-ASP/1/3 and Corr.1), part II.A.

¹⁵⁷ CEDH. *M.C. vs. Bulgária*, no. 39272/98, 2003.

¹⁵⁸ Cfr. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215, par. 115.

¹⁵⁹ Cfr. CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63 (2011), par. 97.

80. Assim, porquanto (i) o modelo tradicional de tipificação de crimes sexuais, adotado pela Bolívia, é baseado em premissas ultrapassadas e não contempla todas as formas de violação; (ii) a exigência de resistência não leva em conta situações em que esta não é a resposta da vítima, que pode ficar paralisada por evitação psicológica ou medo de lesões adicionais; (iii) as definições de violação focadas em resistência perpetuam a percepção equivocada de que é responsabilidade da vítima se proteger e que, se não o fizer, é porque é participante voluntária do ato sexual; e (iv) exigir consentimento genuíno e voluntário para o ato sexual e considerar as circunstâncias coercitivas que viciam qualquer consentimento é o standard mais adequado perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos para proteger as vítimas de violação, conclui-se que a Bolívia deve eliminar os requisitos de violência e intimidação do artigo 308 do seu Código Penal como garantia de não repetição, incorporando, verdadeiramente, um parâmetro centrado na ausência de consentimento¹⁶⁰.

c. A alteração do tipo “violação” só será eficaz se o tipo “estupro” for eliminado do ordenamento boliviano.

81. Conforme exposto (*supra*, par. 12) o tipo “estupro” na Bolívia descreve os casos em que um adulto mantém relações sexuais com um menor de idade (com menos de 18 anos) que já atingiu a idade legal para consentimento (maior de 14 anos) por meio de sedução ou engano. Apesar de parecer proteção adicional a este grupo, o que ocorre na prática é que pessoas acusadas de crimes sexuais contra pessoas (geralmente mulheres) de 14 a 18 anos são enquadradas no tipo “estupro” *no lugar* do tipo “violação”, o que acarreta a imposição de penas mais leves a condutas de igual ou maior reprovabilidade social que aquelas previstas no delito de violação. As dificuldades probatórias inerentes ao tipo “sedução ou engano” podem, em juízo prospectivo, levar à impunidade de crimes sexuais contra essa categoria de vítimas – de forma semelhante ao que aconteceu no caso concreto.

82. Esta Corte já teve a oportunidade de avaliar a tipificação do estupro em um Estado-réu no caso *Guzman Albarracín vs. Equador* (2020), que versou sobre a violência sexual contra uma vítima entre 14 e 16 anos de idade pelo vice-reitor de sua escola, que a levou ao suicídio¹⁶¹. As autoridades judiciais equatorianas enquadraram a conduta do réu no delito “estupro” (avaliado com base no elemento “sedução”, de forma paralela ao tipo boliviano) e não no delito “acoso sexual” (tipo de pena maior, semelhante ao delito “violação” na Bolívia)¹⁶². A Corte analisou a inadequação do tipo nos seguintes termos:

En primer término, porque descarta la comisión de un delito a partir de evaluar la supuesta conducta de la víctima, haciéndola responsable del “principio de la seducción”. (...) Lo anterior denota un entendimiento de la mujer, que en este caso era una niña, como “provocadora” y permite la violencia sexual y discriminatoria ejercida en el hostigamiento, eximiendo de responsabilidad al victimario por ello. Respecto a lo último señalado, adviértase que, si bien la decisión imputa un delito al Vicerrector, descarta el delito de acoso sexual. De este modo, (...) avaló conductas de acoso sexual contra una niña, al no considerar que las mismas incluyen la “preparación” del abuso posterior, mediante la utilización de una situación de poder por parte del perpetrador (...).

Por otra parte, al calificar la conducta de “estupro”, la Corte (...) se refirió a requisitos de “honestidad” y “doncellez”, lo que implican la evaluación de la conducta previa de la

¹⁶⁰ A mesma conclusão foi oferecida pela Dra. Dubravka em peritagem. *Cfr.* Perícia de Dubravka Šimonović (expediente de prova, fl. 11495).

¹⁶¹ *Cfr. Caso Guzmán Albarracín e outras vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 24 de junho de 2020. Série C No. 405.

¹⁶² *Ibid.*, par. 70.

vítima. Es decir, implica un juzgamiento de la víctima, conceptualmente previo a la evaluación del accionar del victimario. De ese modo, el delito se configura en la medida en que la mujer afectada cumpla determinados requisitos de conducta, exigidos de conformidad a preconceptos de género, es decir, a prejuicios sobre las conductas pretendidamente debidas por una mujer o esperadas de ella por su condición de tal¹⁶³.

83. A revogação do tipo “estupro” também serve ao propósito de evitar a dupla cominação da pena desse crime com a do tipo “violação”, o que ocorreria caso a reforma ao artigo 308 do Código Penal Boliviano descrita acima fosse implementada. Ao se realizar o necessário deslocamento do núcleo típico da “violação” para o elemento do consentimento, os elementos do tipo “estupro” (sedução e engano) perdem sua característica distintiva, pois são elementos que também viciam o consentimento da vítima. Assim, haveria sobreposição no conteúdo dos dois delitos, abrindo margem à arbitrariedade devido às penas menores atribuídas ao tipo “estupro”.
84. Portanto, alinho-me à avaliação da Relatora Especial da ONU sobre Violência contra a Mulher, a Dra. Dubravka, que apresentou valorosa peritagem a esta Corte, e apontou que “a existência de um crime menos grave envolvendo adolescentes contribui para a impunidade dos abusadores, vez que as evidências sugerem que os estupradores tendem a ser acusados de estupro em vez de violação, caso venham a enfrentar acusação”, de forma que a tipificação do “estupro” deve ser abolida nos países em que ainda existe. A preocupação com a impunidade de crimes sexuais é especialmente relevante no contexto da Bolívia, que, de acordo com dados da Organização Panamericana de Saúde, tem a maior taxa de violência sexual da América Latina e a segunda mais alta do Continente Americano¹⁶⁴.
85. Assim, afigura-se crucial que o Estado, além de adequar seu ordenamento jurídico de forma que a falta de consentimento seja central e constitutiva do tipo “violação”, também o adeque em relação ao delito de estupro, de forma a eliminá-lo da legislação penal¹⁶⁵.

d. Conclusão parcial

86. Considerando o exposto, uma reparação efetiva no presente caso demanda a incorporação verdadeira do critério do consentimento no artigo 308 do Código Penal Boliviano, bem como a eliminação do tipo “estupro” previsto no artigo 309, de forma a garantir que todos os casos de violação sejam avaliados com base no artigo 308 reformado. Estas alterações são necessárias para o cumprimento, pelo Estado, de suas obrigações sob os artigos 5, 11, 8 e 25 da Convenção e, especialmente, o artigo 7(e) da Convenção de Belém do Pará, que estabelece o dever estatal de tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

¹⁶³ Ibid., par. 191-2.

¹⁶⁴ Cfr. Organização Panamericana de Saúde. *Violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe* (2013), p. 9. Disponível em: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/paho-vaw-exec-summ-eng.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2022. De acordo com dados da ONG Equality Now, a Bolívia continua a ter a maior taxa de violência sexual da América Latina. Cfr. Equality Now. *Sexual Violence Against Adolescent Girls In Bolivia And Its Consequences*. Disponível em: <https://www.equalitynow.org/sexual-violence-against-adolescent-girls-in-bolivia/>. Acesso em 29 de novembro de 2022.

¹⁶⁵ Cfr. Sentença, par. 199, 230 (pontos resolutivos n. 13 e 14).

87. Ressalvo, por fim, que a incorporação eficaz do critério do consentimento demanda definição precisa do que ele significa e em que circunstâncias sua ausência deve ser presumida. Esta definição deve ser elaborada com base nos standards internacionais sobre a matéria, em especial na forma consubstanciada na Lei Modelo sobre Violação ("Model Rape Law") elaborada pela relatora especial das Nações Unidas sobre a violência contra a mulher¹⁶⁶. Noto com satisfação a pesquisa realizada pelos representantes da vítima para elaborar sua proposta para um "Artículo 308 ter" no Código Penal que definiria o significado de consentimento, fornecendo substrato sólido para o Estado adotar essa medida de não repetição de forma adequada.
88. A proposta define consentimento como "acuerd[o] por elección y (...) libertad y capacidad de hacer esa elección", exigindo que "[l]a creencia y la confianza del autor en el consentimiento de la receptora debe ser razonable" e que "el silencio no puede usarse para inferir consentimiento". Ainda, define-se que menores de 14 anos não possuem capacidade legal de consentir a relações sexuais e que se presume ausência de consentimento se o ato é praticado em circunstâncias que eliminam ou limitam a capacidade de consentimento da pessoa, explicitando-se uma série de circunstâncias que gerariam tal presunção: violência ou ameaça, restrição ou confinamento, estado de inconsciência, intoxicação, deficiência mental, deficiência física, impersonalização, engano, exploração de poder coercitivo, pretexto de práticas culturais, ancestrais ou religiosas ou desvantagem social, cultural ou religiosa. Considero que tais parâmetros efetivamente reforçam os que já foram introduzidos na Sentença:

(...) el Tribunal estima necesario que la legislación penal también establezca que no se podrá inferir el consentimiento (i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual, y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción. (...) es fundamental que la normativa concerniente a delitos de violencia sexual disponga que el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y de manera previa al acto y que éste puede ser reversible. En virtud de esa premisa, como ya ha señalado este Tribunal, ante "cualquier tipo de circunstancia coercitiva ya no es necesario que se dé la figura del consentimiento porque esa circunstancia eliminó, sin lugar a dudas, el consentimiento"¹⁶⁷.

IV. Sobre o imperativo de se atribuir maior visibilidade à violação sexual incestuosa e a adequação do estabelecimento de um *nomen juris* específico para este fim

89. O caso *Angulo Losada vs. Bolivia* revelou, para além das dificuldades em se proteger adequadamente as vítimas de violação sexual por conta da ausência de incorporação efetiva do standard do consentimento discutidas acima, particularidades da abordagem jurídica da violação sexual incestuosa que também levaram a revitimização da Sra. Losada¹⁶⁸. A Corte constatou que, devido à natureza diferenciada da violação sexual incestuosa em relação a outras formas de violação e sua afetação diferenciada aos direitos das crianças, o delito demanda enfoque especializado por parte do Estado¹⁶⁹. Determinou, dessa maneira, que o Estado deve

¹⁶⁶ Cfr. Conselho de Direitos Humanos. *A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*. A_HRC_47_26_Add.1-EN (2021).

¹⁶⁷ Cfr. Sentença, par. 148.

¹⁶⁸ Ibid., par. 200.

¹⁶⁹ Ibid., par. 201.

adequar seu ordenamento de forma a dar maior visibilidade ao crime de violação sexual incestuosa, e que essa visibilidade deve se dar mediante a atribuição de um *nomen juris* próprio no Código Penal à conduta tipificada. A seguir, passo a expor os motivos pelos quais adotar um *nomen juris* específico para a violação sexual incestuosa é uma medida de reparação adequada no caso em tela.

a. A abordagem do incesto pelo ordenamento jurídico boliviano

90. Desde a entrada em vigor do atual Código Penal Boliviano em 1972, as qualificadoras dos crimes sexuais são especificadas em seu artigo 310. O texto original previa que a ocorrência de óbito da vítima aumentaria a pena da violação para 10 a 20 anos e do estupro para 4 a 10 anos, e três circunstâncias que agravariam a pena em um terço: resultar em grave dano à saúde da vítima, a concorrência de duas ou mais pessoas no ato e caso *"el autor fuera ascendiente, descendiente, hermano, medio hermano, adoptante o encargado de la educación o custodia de aquella"*¹⁷⁰. Tem-se, assim, a tipificação do incesto como qualificadora dos crimes sexuais no código penal – mas sem que o termo "incesto" seja utilizado na legislação.
91. Em 2001, quando dos fatos iniciais deste caso, o artigo 310 já havia sido significativamente modificado, com a qualificadora do incesto agravando a pena em cinco anos se o autor fosse "ascendente, descendente ou parente dentro do quarto grau de consanguinidade ou segundo de afinidade". Ainda, a *Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual*, de 29 de outubro de 1999, acrescentou uma qualificadora para situações em que *"el autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia o autoridad"*, circunstância que o Estado considerou, em sua argumentação, como outra tipificação do incesto. Desde então, apesar de diversas leis terem modificado as qualificadoras dos crimes sexuais (com a última modificação tendo sido feita em 2019 pela Lei n. 1173), o inciso que tradicionalmente se refere ao incesto permaneceu praticamente inalterado¹⁷¹. Hoje, o artigo 310, alínea "o" apresenta a seguinte redação:

Artículo 310. (AGRAVANTES). La pena será agravada en los casos de los delitos anteriores, con cinco (5) años, cuando: (...) o El autor fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; (...)

92. Os representantes questionaram esta abordagem do ordenamento jurídico boliviano, apontando que o incesto não deveria ser mera qualificadora, mas, sim, tipo autônomo, para dar visibilidade à "cultura do incesto" existente no país e para permitir a formulação de estratégias específicas de prevenção¹⁷². A partir da mobilização de dados de organizações internacionais e ONGs nacionais, apontaram que o incesto é fato comum e tabu na Bolívia, sendo mantido oculto e em segredo devido ao reforço da cultura de silêncio quanto à violência sexual ocorrida dentro no ambiente familiar¹⁷³. Ao especificar sua alegação da existência de uma "cultura de incesto" na Bolívia, os representantes declararam:

A cultura da violação incestuosa é particularmente perigosa. Essa cultura é baseada em um conjunto de crenças, normas, valores e construções sociais que fazem meninos,

¹⁷⁰ Texto original disponível em http://www.silep.qob.bo/norma/4368/texto_ordenado.

¹⁷¹ Houve, contudo, o acréscimo da alínea "g" ao artigo 310, que o Estado entende como também fazendo referência ao incesto: *"El autor estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia respecto a éste o bajo su autoridad"*.

¹⁷² Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 288-90.

¹⁷³ Ibid.

meninas e adolescentes vivenciam e aceitam como normal o suposto direito do homem adulto de ser senhor da vida, dos sentimentos, os pensamentos, decisões e corpos de crianças e adolescentes, principalmente se forem mulheres. Essa cultura de incesto nas famílias é impulsionada por noções arraigadas de lealdade e respeito pela autoridade, guarda e proteção de segredos familiares e estereótipos de gênero tóxicos e polarizadores¹⁷⁴.

93. Os representantes alegaram, por estes motivos, que um tipo separado para o incesto é fundamental para lançar luz sobre este problema sistêmico e estrutural. Leis podem ser importantes aceleradoras de mudanças sociais, transformando práticas culturais e contribuindo para a proteção efetiva de crianças contra esta grave forma de violência¹⁷⁵. Assim, os representantes demandaram, como medida de reparação, a transformação da qualificadora "o" do artigo 310 do Código Penal em tipo autônomo contemplando a violação sexual incestuosa. O Estado não abordou este argumento em suas considerações.

b. Da violência sexual intrafamiliar como grave violação de direitos humanos e o imperativo de sua prevenção

94. Apesar de a relação sexual entre familiares, consensual ou não, ser popularmente conhecida como "incesto", é crucial diferenciar o "incesto" da "violação incestuosa", esta última também conhecida como violência sexual intrafamiliar. A criminalização do incesto em sua modalidade consensual entre pessoas que atingiram a idade de consentimento, que foi objeto de acirrados debates no paradigmático "Caso do Incesto" da Corte Constitucional Alemã em 2008,¹⁷⁶ não será tematizada neste voto e tampouco foi demanda das vítimas, que centraram seus argumentos na "violação incestuosa". Com efeito, diferentemente do incesto consensual, em que alguns argumentam – como fez o Juiz Hassemer da Corte Constitucional Alemã em seu voto dissidente no referido caso¹⁷⁷ –, que não caberia tipificação penal pois não haveria bem jurídico tutelado, a tipificação da violação sexual incestuosa é imperativa para a proteção da integridade física e psicológica e a autonomia sexual de pessoas que se encontram em posição de extrema vulnerabilidade, especialmente agravada no caso de vítimas que não atingiram a idade legal de consentimento.

95. Conforme aponta a Relatora Especial da ONU sobre a violência contra a mulher, a Dra. Radhika Coomaraswamy, "[m]uchos de los que han pasado por prácticas incestuosas sufren después diversos trastornos psicológicos y físicos"¹⁷⁸. As consequências psicológicas da violação sexual incestuosa de menores de idade se desdobram em três vertentes: dificuldades de adaptação afetiva, dificuldades de adaptação interpessoal e dificuldades de adaptação sexual¹⁷⁹. As gravosas consequências dessa modalidade de abuso são evidentes no caso da Sra. Losada, conforme descreveu em audiência ao ser perguntada sobre como os seus pais descobriram o abuso:

Cuando yo era una niña muy activa, yo estaba en el equipo de natación nacional, tocaba piano, violín, y trabajaba mucho en servicios comunitarios, con personas mayores, niños y niñas, y de pronto mi vida empezó a cambiar, yo, literalmente me estaba

¹⁷⁴ Ibid., p. 2.

¹⁷⁵ Ibid., p. 288-90.

¹⁷⁶ Cfr. BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf (2008).

¹⁷⁷ Cfr. BVerfGE 120, 224 – Geschwisterbeischlaf (2008), voto dissidente do Juiz Hassemer, par. 73.

¹⁷⁸ Cfr. Comissão de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*. E/CN.4/1996/53 (1996), par. 66-72. (Tradução nossa)

¹⁷⁹ Cfr. AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane de Azevedo. *Pele de asno não é só história...: Um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Iglu, 1988.

muriendo en su cara, dejé de ir a nadar, dejé de tocar música, ya no iba al colegio, desarrollé bulimia, anorexia, empecé a auto mutilarme, entré a un depresión, pasaba horas en mi cuarto durmiendo, llorando y durmiendo, en un viaje a Estados Unidos traté de suicidarme dos veces (...) ¹⁸⁰.

96. Estudos de múltiplas disciplinas são unânimes em apontar que o maior índice de violência sexual contra crianças ocorre em suas residências, com o abuso partindo de alguém com que têm relação de confiança ¹⁸¹. Este dado também é corroborado por relatórios de organizações internacionais e ONGs de direitos humanos apresentados nos autos ¹⁸². A característica mais marcante desse tipo de violação é a utilização do segredo como ferramenta para a continuidade do abuso e para o estreitamento da conexão entre vítima e perpetrador, o que torna especialmente difícil a denúncia e a investigação da violência ¹⁸³. A “Síndrome de Segredo”, característica das relações abusivas intrafamiliares, descreve o processo pelo qual o agressor, tentando evitar repúdio social, utiliza-se de formas de coação para que a criança não revele o que ocorre entre eles ¹⁸⁴. Não é à toa que Florence Rush descreve o incesto como “o segredo mais bem-guardado” da humanidade ¹⁸⁵.

97. Ao manter o segredo de seu abusador, a vítima tem a tendência psicológica de se sentir cúmplice do ocorrido, sendo tomada por sentimentos de culpa que podem ter sérias repercussões para toda a vida ¹⁸⁶. A culpa, somada à desestruturação da compreensão da instituição família e de relações de confiança, torna a violação sexual incestuosa ainda mais danosa do que a violação sexual comum, que já é uma das maiores atrocidades a que um ser humano pode ser submetido. Noto que o segredo sobre a violação pode persistir mesmo se a vítima denuncie a violência sofrida a algum familiar. São descritas na literatura especializada situações em que mães, por exemplo, acobertam o abuso sofrido por seus filhos para manter uma suposta estabilidade e segurança de sua família ¹⁸⁷.

98. Esta conformação típica da violência sexual intrafamiliar é plenamente observável no caso em tela. A Sra. Losada foi submetida a meses de abuso reiterado por seu primo que era 10 anos mais velho e maior de idade, que habitava sua residência e, conforme descrito pela vítima, ocupou o espaço emocional aberto em sua vida depois que seus irmãos mais velhos se mudaram da casa dos seus pais, estabelecendo

¹⁸⁰ Cfr. Declaração de Brisa De Angulo Losada em audiência pública perante a Corte em 29 de março de 2022.

¹⁸¹ Cfr. FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993; HABIGZAN, Luísa et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. Psicologia: Teoria e Pesquisa, vol. 21, 3, (2005), p. 341-348.

¹⁸² Cfr., por exemplo, Federación Iberoamericana de Ombudsmen. Niñez y adolescencia: III Informe sobre derechos humanos (2005), p. 125. Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/8016.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2022.

¹⁸³ Furniss (1993) descreve uma “síndrome conectadora de segredo”, que vincula tanto a criança, a pessoa que cometeu o abuso e os familiares. Cfr. FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. No mesmo sentido, cfr. RANGEL, Patricia Calmon. Abuso sexual intrafamiliar recorrente. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁸⁴ Cfr. FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

¹⁸⁵ Cfr. RUSH, Florence. The Best-kept Secret: Sexual Abuse of Children. Hoboken: Prentice Hall, 1980. (Tradução nossa)

¹⁸⁶ Cfr. RANGEL, Patricia Calmon. Abuso sexual intrafamiliar recorrente. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁸⁷ Cfr. PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. Jornal de Pediatria, vol. 81, 5 (2005), p. 197-204. No caso da sra. Losada, conforme descreveu em audiência, “*todos los antiguos miembros de mi familia se volvieron en mi contra, incluso iban al juicio a hablar mal de mí*”. Cfr. Declaração de Brisa De Angulo Losada em audiência pública perante a Corte em 29 de março de 2022.

relação de confiança¹⁸⁸. Conforme exposto na Sentença e nas declarações da sra. Losada por escrito e em audiência pública, E.G.A empregou técnicas de manipulação emocional para gerar sentimentos de culpa e vergonha na vítima, convencendo-a de que ela se engajou voluntariamente nos atos sexuais e de que sua conduta tinha sido errada e intencional¹⁸⁹. A relação de confiança com seu primo mais velho fez com que ela invalidasse quaisquer sentimentos futuros de maldade de sua parte e se repreendesse por pensar mal de seu primo¹⁹⁰. Destaco o trecho de seu depoimento, em audiência pública, que demonstra os efeitos perniciosos dessa manipulação:

(...) a mi me violaron repetidamente, me torturaron decenas de veces, **pero ninguno de esto se me ocurrió contar a alguien o pedir ayuda, es más me pareció que era mejor para mi quitarme la vida**, antes de compartir esto, dos veces intenté suicidarme, y hay varias razones por las que no le dije nada a nadie, esa pregunta es de las más difíciles para mi, porque cuando fui a los tribunales, me dijeron: **pero porqué no dijo nada?** Yo no entendía en ese momento, después de años de trabajo con otros sobrevivientes, y entender el trauma, ahora si entiendo, yo sé lo que me estaba pasando, **yo no sabía que lo que me estaba pasando era un delito**, tenía noción equivocaba, de que la violación se da, es algo que pasa en un callejón oscuro de parte de un desconocido, mis padres no sabían que la violación incestuosa era un delito, nunca habíamos escuchado hablar de este tipo de delito, **el agresor, al igual que otros agresores, son muy inteligentes para mantener a la víctima en silencio**, él era una persona adulta, de mi familia, él me tenía que orientar, me tenía que proteger, era la persona que me debía mostrar y que yo tenía que ver el mundo por los ojos de él, jamás pensé, lo que él me estaba haciendo yo lo odiaba pero no le podía dar un nombre, no podía entender que era un delito, además, él me llenó de temor, no usó violencia física, durante el acto violatorio, peor lo hizo en otros momentos, me daba golpes, me tiraba al suelo, me pateaba, tortura a los animales, yo sabía de lo que era capaz, yo sabía lo que me podía hacer a mi si yo no hacía lo que él quería, estaba llena de temor, yo no me atrevía ni siquiera a enfrentarlo o cuestionar lo que estaba haciendo¹⁹¹.

99. Com o conjunto das circunstâncias contribuindo para que a violação sexual incestuosa não seja revelada (e, conseqüentemente, investigada e sancionada), é imprescindível que o Estado atue no sentido de divulgar amplamente o caráter ilícito e reprovável dessas condutas, mobilizando todo o seu aparato para facilitar, na maior extensão possível, diálogos sobre o tema e denúncias de sua ocorrência. O rompimento do ciclo de abuso depende da revelação do segredo¹⁹². Nesse sentido, as leis são particularmente importantes ao (i) fornecer a estrutura e as ferramentas apropriadas para punir os infratores e proteger as vítimas por meio da justiça criminal e dos sistemas de proteção à criança; ao (ii) servir como medidas de proteção ao dissuadir potenciais autores de atos de violência sexual quando amplamente publicizadas e compreendidas; e ao (iii) serem combinadas com campanhas de conscientização pública e treinamento de autoridades, servindo como acelerador de mudanças culturais e sociais. No resumo do especialista em abuso sexual infantil, Dr. David Finkelhor, “[a] coisa mais básica que o sistema de justiça criminal pode

¹⁸⁸ Cfr. Declaração informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de provas, fl. 1064), par. 3-7.

¹⁸⁹ Ibid. par. 8-15; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 69.

¹⁹⁰ Cfr. Declaração informativa de Brisa De Angulo Losada de 1 de agosto de 2002 (expediente de provas, fl. 1064), par. 8-15; Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 69.

¹⁹¹ Cfr. Declaração de Brisa De Angulo Losada em audiência pública perante a Corte em 29 de março de 2022.

¹⁹² Cfr. FURNISS, Tilman. Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

fazer com relação a um crime é aumentar sua detecção e divulgação e a probabilidade de o infrator ser preso e processado”¹⁹³.

100. É especialmente relevante, portanto, que o Estado atue no sentido de conscientizar famílias sobre a importância de acolher integralmente uma criança vítima de abuso. Quando uma vítima supera todos os obstáculos à denúncia e rompe com o silêncio, o abuso pode ter efeitos ainda mais destrutivos se ela não receber o apoio esperado¹⁹⁴. Quando o abuso é revelado em ambiente acolhedor e a vítima se sente protegida e respeitada, por outro lado, ela pode finalmente iniciar seu processo de cura, reestabelecendo sua percepção de segurança e fortalecendo sua autoestima, ficando menos vulnerável a novas agressões¹⁹⁵. O Estado também precisa ter postura acolhedora para evitar a vitimização durante os procedimentos investigativos e judiciais. O caráter crucial desta abordagem é evidente no depoimento da sra. Losada, que relatou a esta Corte que “[v]einte años después, todavía tengo terrores nocturnos, y síndrome de estrés post traumático, y tiene más que ver con lo que hicieron los fiscales, médicos forenses y jueces, que las violaciones en sí”¹⁹⁶.
101. Assim, a violação sexual incestuosa é marcada por especificidades que a distinguem de outras formas de violação sexual e que demandam abordagem especializada por parte do Estado na sua legislação, que será tematizada a seguir.

c. Avaliação da tipificação da violência sexual incestuosa na Bolívia e da necessidade de um tipo autônomo

102. Apesar da importância de considerar os elementos acima na criminalização da violação incestuosa, conforme aponta a Dra. Radhika Coomaraswamy, “[e]n muchas partes del mundo el incesto está culturalmente tolerado y en el Código Penal de numerosos países no figura como delito”¹⁹⁷. Esse não é o caso da Bolívia, que conta, em seu Código Penal, com qualificadoras de crimes sexuais para quando o autor “fuera ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad” ou “estuviere encargado de la educación o custodia de la víctima, o si ésta se encontrara en situación de dependencia respecto a éste o bajo su autoridad”. O artigo 310 é, assim, compatível com a Lei Modelo sobre a Violação elaborada no âmbito das ONU, que demanda que as leis penais sobre violação incluam o incesto¹⁹⁸ – sem especificar se na forma de qualificadora ou de tipo autônomo.
103. Esta Corte teve a oportunidade de contar, neste caso, com avaliação por parte da própria redatora da Lei Modelo sobre a tipificação dos crimes sexuais na Bolívia. Em peritagem submetida a esta Corte, a Dra. Dubravka declarou que não concorda que o incesto precisa, necessariamente, ser um tipo autônomo no país, podendo ser abordado como circunstância qualificadora¹⁹⁹. A perita apontou que havia

¹⁹³ Cfr. Together For Girls. *Preventing Sexual Violence Against Children*. Disponível em: <https://www.togetherforgirls.org/svsolutions/>. Acesso em 29 de novembro de 2022. (Tradução nossa)

¹⁹⁴ Cfr. DURRANT, Michael; WHITE, Cheryl. *Terapia del abuso sexual*. Espanha: Gedisa, 1993.

¹⁹⁵ Cfr. RANGEL, Patricia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁹⁶ Cfr. Declaração de Brisa de Ângulo Losada em audiência pública perante a Corte em em 29 de março de 2022

¹⁹⁷ Cfr. Comissão de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*. E/CN.4/1996/53 (1996), par. 66-72.

¹⁹⁸ Cfr. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. *A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*. A_HRC_47_26_Add.1-EN (2021), par. 15.

¹⁹⁹ Cfr. Perícia de Dubravka Šimonović (expediente de prova, fl. 11495).

recomendado aos Estados, em sua capacidade de Relatora Especial, que incluíssem entre as circunstâncias qualificadoras dos crimes sexuais, entre outros, situações em que o agressor é ou foi cônjuge ou companheiro da vítima ou é parente dela, ou que abusou de seu poder ou autoridade sobre a vítima²⁰⁰. Nesse sentido, o artigo 310 do Código Penal do Código Penal Boliviano, ao prever que a natureza incestuosa do crime é qualificadora que aumenta a pena de prisão em 5 anos, é adequado²⁰¹.

104. Para avaliar a necessidade de tipificação autônoma da violação incestuosa, considero essencial retomar o caso *Albán Cornejo e outros vs. Equador* (2007) discutido acima (par. 26-28), no qual os representantes da vítima demandaram a tipificação autônoma do delito de má prática médica. A Corte considerou a tipificação autônoma como desnecessária, tendo em vista a adequação de sua subsunção nos delitos de lesões ou homicídio já existentes²⁰² e a ausência de acordos internacionais demandando tipificação separada, diferenciando o caso de suas decisões sobre o desaparecimento forçado. Ainda, a Corte estabeleceu os parâmetros para determinar se há necessidade de tipificação autônoma de determinado delito nos seguintes termos:

La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. **No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquélla si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que éste fue cometido y la culpabilidad del agente.** Sin embargo, corresponde al propio Estado decidir la mejor forma de resolver, en este campo, las necesidades de la punición, puesto que no existe acuerdo vinculante acerca de la formulación del tipo, como los hay en otros casos en que los elementos esenciales de la figura penal e inclusive la precisión de tipos autónomos se hallan previstos en instrumentos internacionales, así por ejemplo, genocidio, tortura, desaparición forzada, etc.²⁰³

105. Assim, é patente o alinhamento da Sentença com a ideia de que, em casos em que não haja necessidade absoluta, sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de tipificar alguma conduta, o princípio da *ultima ratio* demanda que o Direito Penal não seja manejado.
106. Com efeito, promulgar leis penais sem aderência ao critério da estrita necessidade e sem critério rigoroso que garanta sua efetiva aplicação e coerência deturpa a função do direito penal e não serve adequadamente ao propósito de tutela dos bens jurídicos de maior importância à sociedade (o que caracteriza a função instrumental do direito penal²⁰⁴). Arrisca-se, assim, a adoção de um direito penal meramente simbólico, definido por Roxin e Greco como “dispositivos penais que não apresentam, primariamente, efeitos protetivos concretos, destinando-se, antes, à autorrepresentação de grupos políticos ou ideológicos mediante o compromisso com determinados valores ou o repúdio a posturas consideradas nocivas”²⁰⁵. Sobre a

²⁰⁰Cfr. Conselho de Direitos Humanos. *A framework for legislation on rape (Model Rape Law): report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences*. A_HRC_47_26_Add.1-EN (2021).

²⁰¹ Cfr. Perícia de Dubravka Šimonović (expediente de prova, fl. 11495).

²⁰² Cfr. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Ecuador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171, par. 136.

²⁰³ Ibid., par. 135-136.

²⁰⁴ Cfr. RIPOLLÉS, José. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 25, 103 (2002), p. 68.

²⁰⁵ ROXIN, Claus; GREGO, Luis. Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I (Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre). Munique: C. H. Beck, 2020, p. 46 (tradução nossa).

distinção entre uma função simbólica penal legítima e uma ilegítima, explanam os autores:

(...) [É] natural que todos os dispositivos penais busquem não apenas lograr a prevenção e punição dos delitos concretos, mas também exercer uma influência na consciência jurídica geral. Na medida em que o Estado se compromete com a proteção da vida, da integridade física, da propriedade etc., ele tenta, também, reforçar na população a consideração por tais valores. Não há nada de questionável nisso. Pelo contrário, essa chamada prevenção geral positiva figura entre as finalidades reconhecidas do direito penal. (...) [A] legitimidade e ilegitimidade das tendências legislativas “simbólicas” dependem, ao lado das finalidades de sensibilização que orientam um dispositivo e da sua demonstração de compromisso com posições axiológicas, também do quão necessário ele é para a proteção real de uma convivência pacífica²⁰⁶.

107. Assim, tem-se que, apesar do poder simbólico da lei cumprir papel importante na sistemática criminal – incluindo efeitos preventivos –, a criação de tipos não pode servir a um fim em si, e tampouco a fins meramente simbólicos. Afinal, além do peso simbólico do Direito Penal não ser apto a solucionar os problemas sociais de criminalidade, o constante risco de o Direito Penal servir como “espada” mesmo quando a sua intenção é ser “escudo” pode culminar em mais violações de direitos humanos. Nem todo anseio social deve ser atendido pelo sistema repressivo, ou se arrisca a criar a percepção de que maior controle penal social é a solução de todos os problemas²⁰⁷.

108. Tomando essas premissas em consideração, passo a analisar a demanda das vítimas de que a violação sexual incestuosa seja transformada em um tipo penal autônomo na Bolívia, bem como a argumentação da perita Dubravka no sentido de que o problema neste caso não se deu pela ausência de um tipo autônomo, mas, sim, pela avaliação inadequada da gravidade do elemento incestuoso nas violações sofridas pela Sra. Losada pelos tribunais internos²⁰⁸. No que tange à segunda série de julgamentos, recordo as palavras da perita:

En el caso de Brisa, sin embargo, **el Tribunal Supremo tomó una decisión errónea en la Sala Penal Segunda: “que la relación entre primos causa malestar social pero no es un delito”**. El artículo 310 tipifica como delito el incesto en mi opinión pericial y, si efectivamente el incesto es ya una circunstancia agravante, entonces el tribunal debería haber aplicado la pena adicional correspondiente. Además, aunque la primera sentencia sí aplicó una pena adicional respecto a la circunstancia agravante de incesto, solo añadió un año a la condena mientras que la ley parece indicar cinco años. Combinado con otras circunstancias que ocurrieron durante los juicios de Brisa, este es otro indicio de la **influencia de los mitos discriminatorios y estereotipos de género sobre la violación en el sistema de justicia penal de Bolivia**, especialmente en lo que se refiere a la violencia sexual. Mi recomendación adicional para Bolivia sería que considere detenidamente si está tomando en cuenta de forma adecuada las circunstancias agravantes en relación con los delitos de violación y violencia sexual, incluso en los casos de incesto, y si son necesarias más orientaciones para evitar sentencias menores o incluso la impunidad de los perpetradores.²⁰⁹

109. Para além da atuação do poder judiciário, o caso evidenciou outro problema na compreensão da violação incestuosa como delito na Bolívia, conectada com a alegação dos representantes de que haveria uma “cultura do incesto” permeando a sociedade e contribuindo para que a violação incestuosa não seja suficientemente

²⁰⁶ Ibid., p. 46-47 (tradução nossa).

²⁰⁷ Cfr. MORON, Eduardo; MATTOSINHO, Francisco. A lei n.º 13.104/2015 (feminicídio): simbolismo penal ou uma questão de direitos humanos? Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, vol. 1, 2 (2015), p. 239.

²⁰⁸ Cfr. Perícia de Dubravka Šimonović (expediente de prova, fl. 11495).

²⁰⁹ Cfr. Perícia de Dubravka Šimonović (expediente de prova, fl. 11495), par. 61.

reprovada. Conforme apontou em audiência, aos 16 anos, a Sra. Losada ainda não havia sido conscientizada sobre o caráter criminoso das violências que sofreu, e seus pais tampouco sabiam que a violação incestuosa era delito na Bolívia. Em depoimento à polícia, E.G.A declarou que suas relações com a Sra. Losada não eram ilegais²¹⁰. Além disso, o Ministério Público não acusou E.G.A. da qualificadora de incesto ao apresentar denúncia, mesmo sabendo que os dois eram primos e que a Sra. Losada era menor de idade. Foi a intervenção dos pais da vítima, em sede de acusação privada, que logrou a inclusão da qualificadora na análise do tribunal.

110. Portanto, considero que, apesar de não ser estritamente necessário tornar a qualificadora da violação incestuosa presente no artigo 310 um crime autônomo, o Estado deve atuar de forma a aumentar a visibilidade e a reprovabilidade desta conduta. Assim, sustento, a seguir, a incorporação de um “nomen juris” próprio à violação sexual incestuosa no Código Penal Boliviano como forma alternativa de servir a este propósito sem incrementar a legislação penal com um novo tipo.

d. Sobre a incorporação de um “nomen juris” próprio à violação sexual incestuosa no Código Penal Boliviano

111. 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 crimes²¹¹. 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.

112. No Brasil, a discussão sobre a tipificação do ato de matar uma mulher por razões de sua condição própria condição de gênero, considerado problema estrutural no país, trouxe valiosas lições. Apesar de a legislação penal brasileira já prever a figura do homicídio qualificado por motivo torpe, categoria na qual casos de morte por violência de gênero poderiam ser enquadrados, o legislador brasileiro optou por criar qualificadora específica para o homicídio de mulheres por razões da condição de sexo.

113. A Lei n. 13.104/2015, no entanto, foi além de incluir a mera descrição da conduta no Código Penal²¹² e previu a inclusão do nome “femicídio” como título dessa qualificadora²¹³, com o propósito de dar maior visibilidade à ocorrência de homicídio de mulheres por razões de gênero, promovendo conscientização, sensibilização e mudança da mentalidade patriarcal que figura por trás das altas taxas de violência de gênero²¹⁴. Ademais, ao tornar o problema mais visível à população, o Estado reforça a obrigação de suas autoridades tomarem providências no sentido de evitar a morte de mulheres, por meio da criação de políticas públicas adequadas de prevenção e erradicação da violência, bem como da persecução penal do agressor²¹⁵.

²¹⁰ Cfr. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 20 de novembro de 2020, p. 240.

²¹¹ Cfr. ASHWORTH, Andrew. Principles of Criminal Law (6a ed.). Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 78-80.

²¹² A nova lei também modificou a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) para incluir o feminicídio.

²¹³ Código Penal Brasileiro, art. 121, par. 2º, inciso VI c/c art. 121, par. 2º-A, incisos I e II.

²¹⁴ Cfr. CLADEM. Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del femicidio/feminicidio (2012), p. 177-229.

Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf. Acesso em 29 de novembro de 2022.

²¹⁵ Ibid.

Dar nome ao feminicídio cumpre a função essencial de reverter a percepção social da violência de gênero como algo que “atenua” – e não agrava – um homicídio, percepção arcaica relativa aos “crimes de honra” cujas consequências ainda estão enraizadas nas sociedades contemporâneas²¹⁶. Da mesma forma, o incesto foi por boa parte da história reconhecido como circunstância atenuante ou até mesmo excludente da punibilidade de violação, percepção que é ativamente combatida pelo estabelecimento do *nomen juris* “violação incestuosa”.

e. Conclusão parcial

114. Portanto, ao servir ao imperativo de combater a “cultura de incesto” sem incrementar o número de crimes previstos no Código Penal, a criação do *nomen juris* “violação incestuosa” é uma medida reparatória de não repetição cabível neste caso concreto. Especificamente, tratar-se ia de nomear a modalidade qualificada por incesto do artigo 308 (“violação”) como “violação incestuosa” e a modalidade qualificada por incesto do artigo 308bis (“violação de criança ou adolescente”) como “violação incestuosa de criança ou adolescente”. Acredito que essa solução adotada pela Corte serve adequadamente ao propósito de dar maior visibilidade à violação incestuosa, cuja importância foi destacada pela própria Sra. Losada:

(...) **[el] incesto tiene que ser visibilizado, tiene que ser reconocido como un crimen en sí, como un agravante**, una niña que crece en una familia y tiene un tío, un papá, un padrastro, no tendría que haber el cuestionamiento de si hubo o no hubo cuestionamiento, o un primo adulto, ellos son los adultos, ellos son los que nos tienen que guiar, los que nos tienen que cuidar, para mí, **el hecho de que hayamos invisibilizado tanto el incesto, si, escuchamos sobre violaciones, en universidades, escuchamos de violaciones en colegios, pero donde más ocurre en mi experiencia, 70% a 80% de las niñas víctimas de violencia sexual es dentro del entorno familiar, tenemos que visibilizar eso**, tenemos que ponernos como un código penal, que la gente sepa que esto es un crimen, que yo pueda ir a los colegios y decirles, niños, niñas y adolescentes, si una adulto en su familia las toca de una forma sexual, eso es un crimen, a no ser que ustedes no hayan consentido, o que haya consentido, y toda esta explicación que tengo que dar, es un crimen en sí, **toda niña, niño o adolescente tiene que crecer seguro en su casa**²¹⁷.

115. Ressalvo, contudo, que a adoção de um tipo autônomo para a violação incestuosa também poderia ser uma medida protetiva adequada em alguns contextos se ponderados todos os elementos indicados na Sentença, tendo em vista o caráter nefasto desse crime e a importância dos bens jurídicos tutelados. A argumentação pela adoção de um *nomen juris* próprio neste caso concreto não busca deslegitimar a possibilidade de adoção de tipos específicos para o crime nos ordenamentos jurídicos americanos, mas, sim reforçar que a adoção de um tipo novo não é estritamente necessária no estado atual da legislação penal boliviana para atingir o objetivo almejado de conferir maior visibilidade e percepção de gravidade ao delito.

V. Conclusão

116. A sentença proferida pela Corte no presente caso prestou-se a abordar, em profundidade, a responsabilidade internacional do Estado por violações dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada e familiar, aos direitos da criança, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, nos termos dos artigos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2, 19, 24 e 25.1 da Convenção, em relação aos seus artigos 1.1 e

²¹⁶ Cfr. MORON, Eduardo; MATTOSINHO, Francisco. A lei n.º 13.104/2015 (feminicídio): simbolismo penal ou uma questão de direitos humanos? Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, vol. 1, 2 (2015), p. 245.

²¹⁷ Cfr. Declaração de Brisa De Angulo Losada em audiência pública perante a Corte em 29 de março de 2022.

2, bem como pelo descumprimento das obrigações derivadas dos artigos 7.b), 7.c), 7.e) e 7.f) da Convenção de Belém do Pará, em detrimento da Sra. Losada²¹⁸, conclusões com as quais concordei integralmente.

117. A proeminência da atuação da Corte como intérprete e supervisora do cumprimento da Convenção pelos Estados-parte deriva, em boa medida, do desenvolvimento, em cada caso concreto, de um conjunto de medidas aptas a reparar, na maior extensão possível, o dano sofrido pela vítima e evitar que novas vítimas sejam submetidas a situações semelhantes, erigindo, nessa linha, uma espécie de prevenção especial, individualizada e específica, e outra geral, abstrata e genérica. Assim, com fundamento no artigo 63.1 da Convenção, a Corte elencou na Sentença quais são as medidas aptas e adequadas para reparar o dano sofrido pela Sra. Losada, de sorte a corrigir déficits legislativos e institucionais que contribuíram para a violação de seus direitos e que ainda colocam em risco as presentes e futuras vítimas de crimes sexuais na Bolívia.
118. Nesse contexto, este voto concorrente objetivou fortalecer o fundamento da importância de duas medidas de reparação adotadas pela Corte na Sentença: a introdução efetiva do elemento do consentimento como caracterizador do tipo “violação” no Código Penal Boliviano (o que inclui a supressão do tipo “estupro” do diploma legal) e a atribuição de *nomen juris* próprio no Código Penal à violação sexual incestuosa. Para tanto, busquei destacar o papel do Sistema IDH em garantir a adequação dos ordenamentos internos aos standards internacionais e tecer considerações sobre a complexa interação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal para, assim, amparar as discussões sobre as referidas alterações na legislação penal boliviana.
119. Na audiência pública deste caso, a Sra. Losada afirmou que o motivo que a levou a estudar Direito foi, justamente, seu desejo de um dia poder argumentar perante esta Corte. Ao ser questionada sobre quais eram suas expectativas em relação à atuação desta Corte, a vítima se referiu à importância de fortalecer a resposta estatal a situações de violência sexual contra menores:

Quisiera decirle a la Corte que he trabajado con 2200 niños y niñas que han sido abusados sexualmente, (...) que buscan ayuda y nadie responde. Quiero que la Corte entienda que todos los días mi vida está en riesgo, porque no quiero que se repita mi historia, y se está repitiendo todos los días, se ha repetido por veinte años, quiero que la Corte sepa que tenemos la posibilidad de cambiar esto, y de evitar que suceda de nuevo, **para que dentro de veinte años no tengan a otra niña en mi lugar, pidiéndoles que actúen, y pidiéndoles a los gobiernos que respondan a esta horrible situación**²¹⁹.

120. Como se pode notar, a Sra. Losada manifesta comovente desprendimento; preocupa-se menos com a sua própria situação e mais com garantias gerais e abstratas de não repetição, que possam proteger suas semelhantes no futuro. Para que tais efeitos sejam efetivamente alcançados, é necessário primeiro recontar a sua história de maneira apropriada e, segundo, que essa narrativa impulse mudanças concretas. A sentença dessa Corte, com a qual concorro, atinge ambos os objetivos, mas, com especial atenção ao louvável pedido da Sra. Losada, este voto almeja realçá-los mais uma vez.

²¹⁸ Cfr. Sentença, par. 172.

²¹⁹ Cfr. Declaração de Brisa De Angulo Losada em audiência pública perante a Corte em 29 de março de 2022.