

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a seated figure holding a book, flanked by two standing figures. Above the shield is a crown and a lion rampant. The shield is supported by two columns. The outer ring of the seal contains the Latin text "ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA ACADEMIA COCCHIMENSIS INTER CAETERAS ABBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA".

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 378 DEL CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA
PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL
PERPETRADOS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN GUATEMALA

ANA LUCÍA MORÁN VÁSQUEZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 378 DEL CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA
PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL
PERPETRADOS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA LUCÍA MORÁN VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2017



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIA: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidos de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público).



Guatemala, 19 de marzo de 2013.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

Licenciado
ENIO HEDIBERTO FLORES YANES
Ciudad de Guatemala

Licenciado ENIO HEDIBERTO FLORES YANES:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por la estudiante: ANA LUCÍA MORÁN VÁSQUEZ, CARNÉ No. 8611718, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 378 DEL CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL PERPETRADOS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN GUATEMALA" reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo

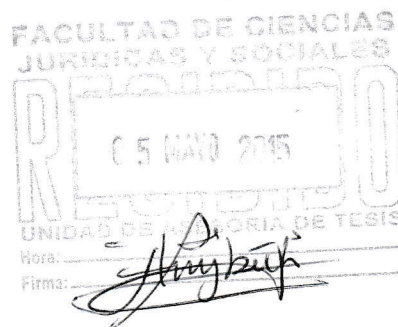


Lic. Enio Hediberto Flores Yanes
ABOGADO Y NOTARIO

10ª calle 7-43 zona 1 Oficina 31
Tels. 52020677
Centro Histórico, Ciudad de Guatemala

Guatemala, 20 de enero de 2015

Señor:
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



De conformidad con la resolución de fecha 19 de marzo del 2013, emitida por la unidad de Asesoría de Tesis y lo establecido en los artículos 32 del Normativo vigente, para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se asesoró el trabajo de tesis de la Bachiller Ana Lucía Morán Vásquez, intitulado: **Análisis jurídico del Artículo 378 del Código Penal de Guatemala para la investigación y sanción de los casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala.** Por haber concluido mi trabajo de asesoría, procedo a emitir **DICTAMEN** en los siguientes términos:

Se realizaron varias reuniones de trabajo, se discutieron y analizaron diversos aspectos de la investigación, llegando a las siguientes consideraciones:


1. El contenido científico y técnico de la investigación describe una realidad social de nuestro país, en relación a la impunidad prevaleciente respecto de los casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno, así como el marco legal vigente aplicable.
2. Se considera que la metodología utilizada empleando los métodos cualitativo y expositivo, así como las técnicas de observación directa, consulta de instrumentos normativos, jurisprudencia, estudios e información relevante sobre el tema, así como los de ordenamiento de dicha información a través de cuadros y fichas; fueron idóneas, por cuanto permitieron analizar la problemática planteada.
3. La redacción es la adecuada al trabajo desarrollado.
4. La investigación presenta aportes importantes, entre los cuales sobresalen: la necesidad de profundizar sobre el desarrollo de la justicia transicional, la actualización profesional por parte de las personas funcionarias de las agencias de justicia, sobre el estándar actual sustantivo y procesal, en materia de

judicialización y sanción de casos de violación sexual en contexto de guerra y supuestos jurídicos aplicables a estos casos.

5. En cuanto a conclusiones y recomendaciones, estas responden a la hipótesis y supuestos de la investigación y constituyen aportes a la problemática planteada, los cuales se fundamentan en los hallazgos del proceso investigativo.
6. La bibliografía fue suficiente y constituyó una fuente adecuada para el análisis y comprensión de la problemática planteada.

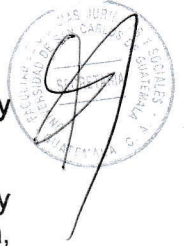
Por lo expresado, procedo a **APROBAR** el trabajo de investigación.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.



Lic. Enio Hediberto Flores Yanes
Asesor de tesis
Colegiado No. 4,751

Enio Hediberto Flores Yanes
ABOGADO Y NOTARIO





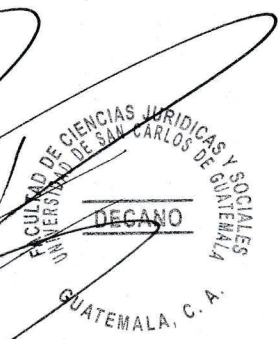
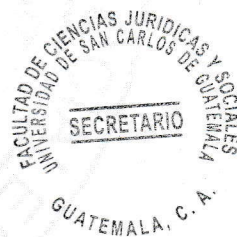
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de julio de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA LUCÍA MORÁN VÁSQUEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 378 DEL CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL PERPETRADOS DURANTE EL CONFLICTO ARMADO INTERNO EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser, mi sustrato resiliente.
- A MI MADRE Y PADRE:** Milagro Vásquez Figueroa y Víctor Manuel
Morán Hernández, por su amor y comprensión.
- A MIS HERMANOS:** Por su amor y apoyo incondicional.
- A LA DRA. CLAUDIA PAZ Y PAZ:** Por su ejemplo de integridad profesional.
- A LAS MUJERES DE
SEPUR ZARCO:** Por su tenacidad y valentía.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Conceptualización y genealogía de la justicia transicional.....	1
1.1 Concepto.....	1
1.2 Origen y evolución.....	3
1.3 Principios de la justicia de transición.....	12
1.4 Objetivos de la justicia de transición.....	15
1.5 Niveles de la justicia de transición.....	16
CAPÍTULO II	
2. La violación sexual como delito y/o crimen de trascendencia internacional	19
2.1. Origen y evolución.....	19
2.2. Estándar actual de conceptualización.....	27
CAPÍTULO III	
3. La violación sexual durante el conflicto armado interno en Guatemala...	33
3.1. Los hechos de violación sexual durante el conflicto armado interno	34
3.2. Modelo de justicia de transición aplicado a Guatemala.....	42
CAPÍTULO IV	
4. Marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno.....	47
4.1. Marco normativo nacional.....	47



	Pág.
4.2. Marco normativo internacional.....	53
4.3. Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma.....	59
4.3.1 Violación sexual como genocidio.....	60
4.3.2 Violación sexual como crimen de lesa humanidad.....	62
4.3.3 Violación sexual como tortura como crimen de lesa humanidad.....	63
4.3.4 Violación sexual como crimen de guerra.....	64

CAPÍTULO V

5. Supuestos jurídicos para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno	67
5.1. El Estado de Guatemala es signatario de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, en los cuales se prohíbe expresamente los atentados contra la vida y la integridad corporal, mutilaciones, tratos crueles, tortura, suplicios; toma de rehenes; atentados a la dignidad personal y, especialmente, tratos humillantes y degradantes lo cual incluye la violación sexual de las mujeres.....	69
5.1.1 Los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.....	72
5.2 Aplicación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo adicional dos, que se refiere a la protección de las personas en conflictos armados internos.....	74
5.2.1 Sistema de protección del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.....	76
5.3 Sistema de protección del protocolo adicional 2, que se refiere a la protección de las personas afectadas por un conflicto armado no internacional.....	78



5.4	Para el encuadramiento de los hechos de violación sexual a la norma Contenida en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, es necesario un análisis e interpretación desde la perspectiva de los principios y doctrina de los derechos humanos, así como del estándar establecido por los estatutos, declaraciones y sentencias de los tribunales penales internacionales, en la materia, condensado en en el Estatuto de Roma.....	81
5.5	La ausencia de descripción técnica de los delitos considerados contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento para que el Estado de Guatemala cumpla con el deber de la debida diligencia de investigar sancionar y reparar los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno.....	84
CONCLUSIONES.....		87
RECOMENDACIONES.....		89
BIBLIOGRAFÍA.....		91



INTRODUCCIÓN

La presente investigación, surge de la necesidad de esclarecer el marco doctrinario y legal referente, nacional e internacional y las pautas jurídicas, a partir de las cuales, es posible la aplicación de la justicia de transición a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala, aportando con ello, insumos para favorecer el acceso a la justicia de miles de mujeres que sufrieron este gravísimo vejamen y el fortalecimiento del Estado de derecho democrático en Guatemala.

Se planteó como objetivo general, obtener la información documental que permita comprobar la hipótesis formulada, así como los elementos necesarios para elaborar propuestas técnicas. El objetivo fue alcanzado en su totalidad, como puede apreciarse en el contenido del informe del presente trabajo de investigación, permitiendo con ello, comprobar la hipótesis planteada.

El estudio se abordó en función de realizar el análisis jurídico de la normativa legal vigente, para la investigación, sanción y reparación, de los hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala, planteándose como hipótesis la ausencia de descripción técnica de los delitos considerados como Delitos contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento para que el Estado de Guatemala cumpla con el deber de la debida diligencia de investigar, sancionar y reparar los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno.



El contenido se presenta en cinco capítulos, donde se abarca los contenidos indispensables para la comprensión y desarrollo del tema: el I, conceptualización y genealogía de la justicia transicional; el II, la violación sexual como delito y/o crimen de trascendencia internacional; el III, la violación sexual durante el conflicto armado interno en Guatemala; el IV, el marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno; y el V supuestos jurídicos para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno.

La investigación requirió de una metodología propia de las ciencias sociales, tal cual fue el método cualitativo, descriptivo y deductivo, ya que se partió del análisis de lo general a lo particular para poder comprender, describir y explicar el problema planteado, desarrollando a lo largo de todo el estudio el análisis jurídico crítico de normas y realidad social, que permitió arribar a conclusiones y recomendaciones valoradas como útiles para la comprobación de la hipótesis y practicables a fin de resolver los problemas planteados.

La lectura de esta investigación, se recomienda para las personas estudiosas del derecho en general y de la justicia transicional en particular, por cuanto que aporta análisis y argumentaciones bien fundamentados.



CAPÍTULO I

1. Conceptualización y genealogía de la justicia transicional

La justicia de transición, se ha ido desarrollando, como toda construcción humana, con la historia, la cual ha estado ligada a las guerras y en función de la cual, se han cometidos graves atrocidades, en ese sentido, es pertinente abordar los conceptos más básicos de dicha institución, así como su desarrollo histórico.

1.1. Concepto

La justicia de transición es un concepto relativamente novedoso, que nombra el proceso a través del cual las sociedades sometidas a conflagraciones bélicas implementan mecanismos para re-construir el andamiaje político, jurídico o social que se alteró o desordenó con la violencia vivida.

“Originalmente la justicia transicional se concentraba en la sanción penal de las violaciones de los derechos humanos y por tanto, las discusiones legales y de derecho penal dominaban la discusión. Hoy en día se ha convertido en un campo interdisciplinario que va más allá del derecho y que cubre una serie de disciplinas y de objetivos”.¹

¹ Benavides Vanegas, Farid Sadimir. **Justicia en épocas de transición. Conceptos, debates, modelos y experiencias.** Pág. 13.



El concepto, ha variado, tal como han variado los procesos implementados, es por ello, que pueden encontrarse definiciones variadas tales como: “La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”.² En esta definición se hace énfasis en la concepción de justicia especialísima, asociada a cambios sociales y políticos abruptos.

“La justicia de transición hace referencia a los procesos y mecanismos judiciales y no judiciales a corto plazo y generalmente temporales que abordan la herencia de violaciones a los derechos humanos y de violencia durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o régimen autoritario”.³ En esta definición se abarcan no sólo procesos de justicia, sino de otra índole, tal como los procesos de verdad o los mecanismos de no repetición, que en muchas sociedades se han implementado.

“...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.⁴ En esta definición, el énfasis está en la finalidad de la

² Teitel, Ruti G. **Genealogía de la justicia de transición**. Pág. 1.

³ Naraghi Anderlini, Sanam, Camille, Conaway Pampell y Kays, Lisa. **Justicia de transición y reconciliación**. Pág. 2.

⁴ Organización de las Naciones Unidas. **El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos**. Pág. 6.



implementación de los distintos procesos o componentes de la justicia de transición, más que en los procesos mismos.

De lo expuesto se infiere que no existe unanimidad en la definición y como todo producto social, es algo en construcción en la medida que la doctrina de los derechos humanos y los derechos humanos mismos avanzan, de igual manera, la justicia de transición adoptará nuevos paradigmas y características.

1.2. Origen y evolución

El abordaje de la genealogía de la justicia transicional pretende deslindar desde una perspectiva crítica, la construcción de los procesos implementados a lo largo de la historia para tratar de restablecer el orden conculcado con ocasión de conflagraciones bélicas, entendiendo que en el proceso se han implementado diversos mecanismos dentro del pulso de poder político marcado por el contexto imperante, e influenciados por el avance de los derechos humanos, en ese sentido, derecho internacional humanitario, derecho penal Internacional y los derechos humanos han confluído en el proceso de origen y desarrollo de la justicia transicional.

Ruti G. Teitel, afirma que la genealogía propuesta está estructurada de acuerdo a ciclos críticos que se pueden separar en tres fases coincidentes con períodos históricos definidos, tales como, el fin de la segunda guerra mundial, el fin de la guerra fría y la época contemporánea, explicándolo de la siguiente forma:



“Fase uno. La justicia transicional de pos guerra: La justicia transicional empieza a gestarse con el fin de la primera guerra mundial, con malogrado esfuerzo por aplicación de la justicia en el ámbito nacional y la sanción colectiva a Alemania, ninguno de estos mecanismos resultaron eficaces, sino más bien contraproducentes, por cuanto que lograron atizar los resentimientos que más tarde aflorarían en odio sin precedentes en la segunda guerra mundial”.⁵

Al final de la segunda guerra mundial, desde una lectura crítica de los mecanismos empleados al final de la primera guerra mundial, se implementan nuevos mecanismos que se convertirían en hitos para la historia, tales como el vuelco a la justicia internacional es decir un viraje hacia el derecho penal internacional y además, la búsqueda de la responsabilidad criminal individual.

Los juicios de Nüremberg inauguraron un nuevo paradigma para el derecho internacional tal cual lo señala Ruti G. Tietel “La fuerza constante del legado de la posguerra se ha hecho evidente en los desarrollos del Derecho Internacional que incorporó aspectos de los precedentes que establecieron los juicios internacionales por los abusos en tiempos de guerra poco después de la Segunda Guerra Mundial. Tal fue el caso de la Convención contra el Genocidio de 1948. Además, dimensiones de los precedentes de la posguerra, tales como su compromiso fundamental con los derechos individuales, también le ha dado forma al derecho local y al derecho comparado, tal

⁵ Teitel, Ruti G. **Op. Cit.** Pág. 2.



como se ha vuelto evidente en la creciente ola de constitucionalismo relacionado a estas materias En la fase de la posguerra, la exportación de distintas formas de justicia transicional ocurrió a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo. El período de la posguerra fue también el apogeo de la creencia en el derecho y el desarrollo y, dicho más generalmente, de la creencia en el derecho como instrumento de modernización del Estado”.⁶

Fase dos. La justicia transicional de la posguerra fría: De acuerdo a Ruti G Teitel “Las últimas dos décadas del siglo XX se caracterizaron por una verdadera ola de transiciones políticas. El colapso de la Unión Soviética, el fin del balance bipolar del poder y la concomitante proliferación de procesos de democratización política y modernización marcó el comienzo de la fase de la posguerra fría de la justicia transicional”.⁷

En el marco de la guerra fría afloraron conflictos armados internos que al finalizar esta, disminuyeron en intensidad y terminaron en su mayoría, al menos en el sentido de la conflagración bélica. En América concluyeron las dictaduras militares del sur y finalizaron los conflictos en Centro América. Se ensayaron mecanismos diversos de justicia transicional tal como informes de verdad, procesos de reparación y en su mayoría mal logrados procesos judiciales, en cuanto a la justicia, como componente,

⁶ **Ibid.** Pág. 6.

⁷ **Ibid.** Pág. 7.



dejó de ser el foco de los mecanismos, aflorando los instrumentos de amnistía y leyes de punto final, como instrumentos de impunidad.

“En una respuesta crítica al proyecto de justicia de postguerra de la fase I, la fase II fue más allá de la justicia retributiva, del modo como se entiende históricamente. Los dilemas transicionales en juego en la fase II se enmarcaron en términos más abarcadores que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades al régimen predecesor, e incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar diversos valores de un estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación, los que habían sido tratados previamente en gran medida como externos al proyecto de justicia transicional. En consecuencia, el abandono de los juicios asociados con la justicia internacional, reflejó un giro en la comprensión de la justicia transicional, la que vino a asociarse con las condiciones políticas más complejas y diversas de la reconstrucción de la nación”.⁸

La justicia transicional de la segunda fase, da nuevo giro, en el sentido de ofrecer respuestas más allá de lo legal y además de apartarse del sentido del derecho penal internacional, predominando el ámbito nacional como medio de ensayo para buscar justicia, sin que necesariamente fuera el foco o centro de las respuestas.

El modelo implementado en esta segunda fase se conoce como modelo restaurativo, poniendo en tensión los valores de la justicia y de la verdad. Preponderando en este

⁸ *Ibid.* Pág. 10.



caso el valor de la verdad, la cual supeditó a la justicia. Surgen las comisiones de verdad, el primer país en implementarlo fue Argentina y luego le siguió Sud África. Este modelo trasciende del plano unidimensional de la responsabilidad de la persona individualmente considerada, a uno más comunitario.

“La fase II tuvo sus raíces en la fase I y constituyó una respuesta crítica ante el proyecto más amplio de la justicia de la posguerra. Mientras en su primera fase el problema de la justicia transicional se enmarcó en términos de justicia versus amnistía, con la consideración de que la amnistía es una excepción respecto a la aplicación del estado de derecho, la segunda fase adoptó una política más amplia a favor de la amnistía con miras a la reconciliación. La excepción se generalizó y reflejó un intento explícito de incorporar a la ley tanto la clemencia como la gracia”.⁹

La fase dos se caracteriza por incorporar el enfoque de los derechos humanos al modelo de justicia transicional con una dimensión amplia en lo social y con un sentido restaurativo, prepondera la legitimidad de la jurisdicción nacional y soberanía de los países, apartándose de los términos de universalidad asociados a la obligación de responder por crímenes lesivos para la humanidad.

Fase 3: La Justicia transicional siglo XXI y discusiones actuales: La deuda dejada por el modelo de la justicia transicional de la fase 2 fue sin duda la deducción de responsabilidades penales por hechos catalogables de crímenes de trascendencia

⁹ Ibid. Pág. 15



internacional, la postergación de litigios dejados a merced o impulso de las víctimas y organizaciones sociales de sociedad civil, lo cual de nuevo puso en el foco de la discusión la necesidad de la justicia universal, partiendo de la imposibilidad material de acceder a la justicia en los espacios nacionales donde habían ocurridos los hechos y donde quienes los habían cometido ostentaban importantes y determinantes parcelas de poder, esto sumado a la caracterización de los conflictos en tiempos de paz, conflictos internos, conflictos permanentes, ligado a Estados débiles que desde un enfoque crítico torna la mirada hacia el modelo de justicia transicional implementado en la fase 1, sólo que ahora, con un carácter normalizado y permanente.

“El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase I en la forma del Tribunal Penal Internacional (TPI), la nueva institución internacional establecida a finales del siglo XX. Este tribunal fue precedido por los tribunales criminales internacionales *ad hoc* convocados para responder a conflictos genocidas en los Balcanes y en Ruanda. Medio siglo después de la Segunda Guerra Mundial, el TPI simboliza el afianzamiento del modelo de Nuremberg: la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad como una materia de rutina bajo el Derecho Internacional. El estándar global del estado de derecho actualmente parece estar basado en una expansión del Derecho de la Guerra”.¹⁰

¹⁰ **ibid.** Pág. 23



Un aspecto relevante de esta fase de la justicia transicional, es el acoplamiento y fusión, entre derecho humanitario, derecho penal internacional y derechos humanos, dentro de un esquema de justicia transicional con carácter permanente y normalizado, que desde un enfoque crítico se aleja de los conceptos de excepcionalidad y posconflicto.

El informe del Secretario General, elaborado a solicitud del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, para evaluar los progresos conseguidos en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe de 2004 del Secretario General, sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición, en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos señala: “En muchos contextos, las mujeres y las niñas se enfrentan a la violencia, la marginación económica y política, así como a la privación de los derechos básicos. La desigualdad entre los géneros es la causa fundamental de esta situación, alimentada por la discriminación en áreas como el empleo, los derechos políticos, la educación, el cuidado de la salud y los derechos de propiedad. La debilidad de los marcos jurídicos permite las políticas y las prácticas discriminatorias de las instituciones, limitando de esa manera el acceso de las mujeres a la reparación jurídica. Los prejuicios de género de los encargados estatales de la justicia y la seguridad desalientan a las mujeres y a las niñas a denunciar los delitos que se cometen en su contra, lo que se refleja en un mayor deterioro de la situación. Los conflictos exacerbando las condiciones existentes de desigualdad, hacen posible y fomentan la proliferación de las formas más atroces de violencia de género, como el uso generalizado de la violencia sexual como táctica de guerra. Los conflictos también destruyen a la



comunidad y a las redes sociales, empujando aún más a las mujeres y a las familias que dependen de ellas a la pobreza y la indigencia.

Desde 2004 ha habido una mayor conciencia de que las mujeres y las niñas sufren de una manera particular y desproporcionada las consecuencias directas e indirectas de los conflictos y sus secuelas, lo que ha comenzado a inspirar las intervenciones relacionadas con el estado de derecho que abordan específicamente las preocupaciones de las mujeres respecto de la justicia y la seguridad. Actualmente, se realizan más esfuerzos por reformar la legislación discriminatoria, ampliar el acceso a la justicia y poner fin a la impunidad de quienes cometen delitos de violencia sexual basada en el género, así como por velar por la participación de las mujeres en instituciones y foros para la consolidación de la paz, como parte de una respuesta integral para transformar la vida de las mujeres y las niñas. Los programas de las Naciones Unidas se han visto fortalecidos por las resoluciones del Consejo de Seguridad 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) y 1960 (2010), en las que se pide que se tomen medidas prácticas para poner término a la impunidad de quienes ejercen la violencia sexual basada en el género, hacer lo necesario para realizar reformas de la justicia que tengan en cuenta el género y asegurar la participación de las mujeres en todos los aspectos de la recuperación después de un conflicto, incluidas las reformas de los sectores de la justicia y la seguridad. En particular, el grupo de expertos establecido en 2010 en virtud del párrafo 8 de la resolución 1888 (2009) del Consejo de Seguridad tiene el mandato específico de fortalecer las capacidades nacionales para



luchar contra la impunidad de quienes ejercen la violencia sexual y ha realizado labores en la República Democrática del Congo, Somalia y Sudán del Sur.

La experiencia señala que la atención del Estado a la estabilidad política puede retrasar la acción legislativa necesaria para combatir la violencia contra las mujeres. Las actividades de promoción de la sociedad civil y las intervenciones de la justicia de transición son importantes para estimular los cambios de las leyes y las actitudes”.¹¹

En ese sentido, la genealogía de transición también reporta los avances o transformaciones de enfoque y comprensión sobre el tratamiento de la violencia sexual que ha estado presente en todas las conflagraciones bélicas, a través del desarrollo de los derechos humanos, especialmente de los derechos humanos de las mujeres, y de la visualización de la violencia sexual, empleada dentro del contexto social de violencia de género en contra de las mujeres, como un arma de guerra, lo cual ha implicado la innovación de estándares sustantivos y procesales.

Este mismo informe afirma, en algunas de sus conclusiones y recomendaciones que “Se alienta al Consejo de Seguridad a rechazar toda concesión de amnistía por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de los derechos humanos y a apoyar la aplicación de las disposiciones sobre la justicia de transición y el estado de derecho en los acuerdos de paz. El Consejo de Seguridad

¹¹ Secretario General de las Naciones Unidas. **El Estado de derecho y la justicia de transición, en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos**. Pág. 14.



debería animar a prestar más atención al derecho de las víctimas a obtener indemnizaciones y reparaciones, en particular las víctimas de la violencia sexual basada en el género relacionada con los conflictos. El Consejo de Seguridad debería continuar fomentando la rendición de cuentas por violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario mediante, por ejemplo, la aplicación de recomendaciones de comisiones investigadoras internacionales”.¹²

1.3. Principios de la justicia de transición

En los estudios de los mecanismos de la justicia en épocas de transición hay una continua referencia a las experiencias de otros países. Sin embargo, cada contexto es diferente y por tanto cada sociedad enfrenta de diversas maneras los conflictos a los que se ve enfrentada. La adopción de modelos de manera acrítica puede ser perjudicial para la población y para todo el proceso de construcción de la democracia y de la paz. Eduardo González del International Center for Transitional Justice ICTJ propone tener en cuenta los siguientes principios:

a) “Las estrategias integrales tienden a ser más sostenibles que las estrategias aisladas. La conjunción de diferentes mecanismos genera complementariedades y círculos virtuosos. El establecimiento de medidas parciales y aisladas puede ser perjudicial o por lo menos puede pasar desapercibida.

¹² **Ibid.** Pág. 21.

b) La secuencia de las medidas de justicia es clave para su sostenibilidad en el largo plazo. Una política de justicia en épocas de transición puede diseñar medidas consecutivas en vez de implementarlas de manera paralela. En el caso de los memoriales se ha visto que suelen venir después de las comisiones de la verdad y de la justicia penal, pues en muchos casos la documentación que aportan proviene de esos mecanismos.

c) Es necesario descartar la ilusión del punto final. En algunos casos los juicios generan tensiones que llevan a las élites políticas a superarlas mediante leyes de punto final. En todo caso, estas medidas no son duraderas y en el largo plazo las sociedades se ven obligadas a enfrentar sus pasados mediante alguno de los mecanismos de justicia.

d) La consulta social legítima y fortalece las estrategias de justicia. El diseño de mecanismos de justicia en épocas de transición es incompatible con la imposición de medidas unilaterales. La consulta con la sociedad civil no sólo enriquece las propuestas sino que contribuye a su estabilidad y duración.

e) La consulta debe ser genuina y sustantiva. La consulta supone la participación de la sociedad civil, esto es, un diálogo constante y transparente. En un Estado de Derecho no es concebible que la ciudadanía sea preguntada acerca de la impunidad a los autores de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario,



pues el marco de derecho penal internacional hace que una pregunta tal sea inválida. Las medidas adoptadas, especialmente las que supongan algún tipo de perdón, deben estar fundadas en un debate amplio y participativo.

f) El rescate de la verdad, la búsqueda de la justicia, la garantía de las reparaciones y las reformas institucionales profundas son puntos centrales para el logro de una paz duradera.

g) La reconciliación es un concepto difícil de asir. Sin embargo todos los mecanismos de justicia en épocas de transición apuntan a la consecución de la reconciliación nacional. Al lado de la reconciliación política debe incorporarse una idea de la reconciliación nacional y local. La reconciliación entendida como reconstrucción social es vista como un estado social, una recreación de la confianza entre la ciudadanía y el Estado, un nuevo acuerdo no sólo entre las élites sino entre todos los actores sociales con el fin de superar el conflicto y los factores que dieron lugar al mismo. Sin embargo, la reconciliación no supone el perdón y el olvido, como ya lo hemos señalado, supone el reconocimiento de la culpa y la garantía de no repetición, así como la sanción a los responsables y la reparación de las víctimas”.¹³

Los principios, engloban el espíritu de la justicia de transición, el cual se caracteriza por su integralidad, su vocación por la justicia y lucha contra la impunidad, el consenso y la reforma profunda política, normativa y social, a fin de garantizar la no repetición.

¹³ Benavides Vanegas, Farid Sadimir. **Ob. Cit.** Pág. 83.



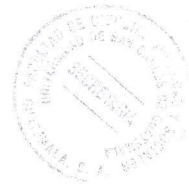
1.4. Objetivos de la justicia de transición

La justicia de transición según Dorys Ardila, tiene los siguientes objetivos:

- a) “Fortalecer o instaurar el estado de derecho;
- b) Abordar, e intentar sanar, las heridas que surgen en la sociedad como resultado de las violaciones a los derechos humanos;
- c) Avanzar en los procesos de reconciliación, garantizando los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, a la justicia y a la reparación integral;
- d) Reducir la impunidad, proveer de justicia a las víctimas y responsabilizar a los culpables;
- e) Develar la justificación ideológica (política, cultural, económica, etc.) de la violencia y los crímenes de guerra y ofrecer a la sociedad la posibilidad de desmontar el sistema de valores asociados a ella.
- f) Promover la eliminación de las causas de una situación de injusticia social de carácter estructural, que a su vez deriven en sólidas garantías de no repetición de las violaciones”.¹⁴

Los objetivos de la justicia de transición son amplios, complejos e integrales, derivado de la grave situación de desorden, injusticia y crisis generalizada que provocan las guerras, en ese sentido la transformación de este estado de cosas, implica necesariamente un abordaje sistemático de las causas, manifestaciones y efectos.

¹⁴ Ardila, Dorys. **Justicia transicional principios básicos**. Pág. 2.



1.5. Niveles de la justicia de transición

De acuerdo con Dorys Ardilas la justicia transicional puede desarrollarse en cuatro niveles:

a) "Individual: En este nivel los sujetos operan fundamentalmente en los roles de víctimas o victimarios, lo que los ubicaría en un lado u otro de los efectos de los mecanismos de justicia transicional.

b) Estados-nación: Corresponde a los actores de este nivel definir los acuerdos y disposiciones que son entendidos como necesarios para que las partes involucradas en el conflicto faciliten la transición efectiva hacia la democracia. Así mismo, el derecho internacional público, establece la obligación a los Estados de esclarecer, castigar y reparar las violaciones graves a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, lo que supone una tensión compleja entre esos dos propósitos, como ocurre por ejemplo con las leyes de indulto a excombatientes, que son necesarias para facilitar la entrega de armas y la desmovilización pero que tienen límites en su aplicación debido al imperativo de justicia y la prevención de la impunidad.

c) Actores corporativos: Entre ellos se cuentan las organizaciones (partidos políticos o iglesias), las empresas económicas, las asociaciones profesionales y las entidades administrativas de orden territorial. En tanto actores colectivos pueden desempeñar roles de víctimas o victimarios de las violaciones, como el caso de los



banqueros suizos en los crímenes de guerra de la Alemania nazi. Aunque es mucho más frecuente encontrarlos en roles de facilitadores o veedores de los procesos de negociación o acuerdos.

d) Instituciones supranacionales: La justicia transicional opera en este nivel cuando, en el ámbito nacional no existe ni la capacidad ni la voluntad política para enjuiciar a los sospechosos de crímenes de guerra. Corresponden a este ámbito los tribunales internacionales, tanto aquellos creados para abordar situaciones particulares como el tribunal de crímenes de guerra de Nuremberg, el tribunal internacional de crímenes de guerra para el Lejano Oriente o los recientes tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia, Ruanda y Burundi, o como la figura de tribunal permanente a la que corresponde la Corte Penal Internacional, resultado del acuerdo logrado en Roma en el año 2000".¹⁵

Para concluir, la revisión histórica sobre el origen y el desarrollo de la justicia transicional permite afirmar que la construcción de los modelos implementados han estado ligados al pulso de poder instalado en cada etapa, y que de menos a más, los derechos humanos han ido permeando y fusionándose con el derecho humanitario y el derecho penal internacional, que se ha avanzado de la idea de la justicia de excepción a la justicia normalizada y permanente, y de la idea de la justicia en el ámbito nacional, a la justicia internacional y finalmente a la justicia con carácter universal, para conocer las graves violaciones a derechos humanos tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

¹⁵ **Ibid.** Págs. 3 y 4.





CAPÍTULO II

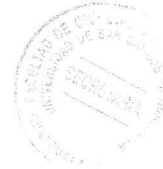
2. La violación sexual como delito y/o crimen de trascendencia internacional

No siempre, la violación sexual, fue considerada un delito y/o crimen de trascendencia internacional, a pesar de afectar a grupos grandes de mujeres y de ser una constante en todas las conflagraciones bélicas, aún en nuestros días, la normalización de la violencia sexual contra las mujeres continua prevaleciendo y la sanción de estos hechos, sigue siendo por ende, un desafío. Siendo pertinente conocer cómo y de qué manera este tipo de violencia fue visibilizada e incorporada en los catálogos de delitos de trascendencia internacional.

2.1. Origen y evolución

La violación sexual ha estado presente en todas las guerras de las que se tiene memoria, normalizando su instrumentalización para efectos de gratificar a los combatientes, castigar y/o desmoralizar al enemigo, como método de tortura, y método de exterminio de un grupo determinado a través de impedir la reproducción humana de ese grupo; entre otros usos.

La instrumentalización de la violación sexual en contexto de guerra, es posible porque la violación sexual es una constante en las sociedades regidas por el sistema patriarcal, es decir, en tiempos de paz, guerra o transición, la violación sexual es una



manifestación de la violencia de género, que se justifica, alimenta y sostiene cotidianamente a través de las relaciones desiguales de poder, entre hombres y mujeres, donde los hombres por privilegio de género, consideran a las mujeres como una extensión de sus propiedades, cosificando sus cuerpos y su sexualidad. En tiempos de guerra esa forma de violencia se exagera e instrumentaliza en contra de las mujeres consideradas propiedad de aquellos a quienes, consideran el enemigo.

Durante milenios, las mujeres han sufrido los efectos de la violación sexual, la cual se sabe, socaba, mina y anula el goce y disfrute pleno de los derechos humanos, afectando de forma individual a la víctima, así como su grupo familiar, comunidad y a la sociedad en general.

La prohibición de la violación sexual en contexto de guerra, empezó a reglarse en el siglo uno, tal como lo afirma Patricia Viseur Seller: "Es posible percibir cómo ya en los primeros códigos guerreros que datan del siglo I y de manera inconfundible en los códigos militares del siglo XVIII, la intención era que la violencia sexual en tiempo de guerra no afectara a quienes se suponía inocentes, como por ejemplo los intelectuales, campesinos, mujeres, comerciantes, sacerdotes, niñas o niños. Dichas prohibiciones no le otorgaban al individuo un valor similar al que le reconocen las nociones modernas de derechos humanos sino que más bien apuntaban a garantizar que los segmentos no militares de la sociedad continuaran siendo funcionales. La violencia sexual relacionada con la guerra no debía afectar a las personas que ocupaban esos círculos funcionales de la sociedad. Los actos de violación constituían un elemento central de la proscripción

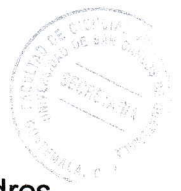


de la violencia sexual en tiempo de guerra, como medio para garantizar la continuidad de la producción económica y también de preservar a la sociedad como entidad política unificada”.¹⁶

En 1863 el Código Lieber en el Artículo 44 prohibió toda violación y en el Artículo 47 estableció la violación como un delito sancionable. Para 1899 el Artículo primero del anexo de la segunda Convención de La Haya y el Artículo primero de la Cuarta Convención de La Haya en 1907 señalaba que las operaciones de las partes beligerantes debían regirse por las leyes y tradiciones de guerra, las cuales prohibían la violación. En la sección III, Artículo 46 del mismo instrumento contemplaba el deber de respetar el honor de la familia en períodos de ocupación, pese al lenguaje esta norma se refería a no cometer violaciones sexuales, ya que para la época, la violación sexual era abordada como una ofensa al honor de los patriarcas en las familias y no como vulneración de la libertad sexual o de la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres. En 1929 la Convención de Ginebra, estableció en el Artículo 14 que las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo, contextualizando el texto al lenguaje de la época, este, se refería a la prohibición de la violación sexual de las mujeres.

En la justicia de transición implementada al final de la segunda guerra mundial se instauran dos tribunales, el tribunal militar internacional en Nüremberg y el tribunal

¹⁶ Viseur Sellar, Patricia. **Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: La importancia de los derechos humanos como medio de interpretación.** Pág. 7.



militar internacional para el lejano Oriente en Tokio a través de los Estatutos de Londres y de Tokio. Ambos tribunales permitieron presentación de casos por violación sexual, pero sólo el de Tokio emitió sentencias condenatorias por estos hechos. No obstante, los casos de esclavitud sexual cometidos por Japón, contra mujeres de diferentes países donde ejercieron ocupación, y a las que se les denominaba, mujeres de confort, no fueron presentados, y hoy en día se reconoce como una de las mayores deudas hacia las mujeres del lejano oriente en particular y de todas las mujeres víctimas a lo largo de la historia.

Un dato importante, es que posteriormente a los juicios de Nüremberg y Tokio, al juzgarse a criminales de menor escala, por tribunales aliados, si fueron emitidas condenas, por hechos de violación sexual.

En virtud de estos hechos, se requiere de análisis especial el tratamiento de la violación sexual en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977.

Las convenciones contemplan la violación sexual como un atentado contra el honor y pudor, de forma explícita, la cuarta convención en el Artículo 27, la primera y segunda convención en el Artículo 12 y la tercera convención en el Artículo 14, no obstante el Artículo 3 común a todas las convenciones establece la prohibición de los atentados contra la integridad personal, especialmente tratos humillantes y degradantes. Los protocolos adicionales sancionan los estándares mínimos del Artículo 3 común e



incluye la prohibición explícita de violar en conflictos armados de carácter internacional y no internacional.

El primer protocolo que regula los conflictos armados internacionales, en su totalidad es considerado parte del derecho consuetudinario o sea de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, el segundo protocolo que regula los conflictos armados no internacionales no alcanzó este estatus.

“Sin embargo en diciembre de 1992, tras la ratificación de los protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra, el Comité Internacional de la Cruz Roja presentó un Aide-memoire aclaratorio sobre la prohibición de violar bajo las Convenciones de Ginebra de 1949. Allí se decía, en parte, que las infracciones graves enumeradas en el Artículo 147 de la cuarta Convención de Ginebra y especialmente la que consiste en causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, obviamente cubre no sólo la violación sino también cualquier otro ataque contra la dignidad de una mujer. La interpretación que realiza el Aide-memoire echa algo de luz sobre el alcance legal de las prohibiciones enumeradas en el Artículo 147 y, por inferencia analógica, también acerca de las prohibiciones de cometer infracciones graves que pueden encontrarse en la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convenciones de Ginebra de 1949”.¹⁷

¹⁷ **Ibid.** Pág. 10.



Con el desarrollo de los derechos humanos, particularmente, los derechos humanos específicos de las mujeres, la aprobación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1978 y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer, Belem Do Pará de 1994; el trabajo de las relatorías de la Organización de Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario re-conceptualiza la naturaleza de la violación en contexto de guerra, ratificándola de manera explícita, como un crimen de trascendencia internacional, tanto como delito de lesa humanidad como crimen de guerra; evolucionando de su concepto inicial de considerarle una falta al pudor o al honor, a determinarla como una grave afectación a la dignidad e integridad de las personas, re-definiendo además el concepto mismo de violación.

“Haciendo un breve recuento, se puede decir que las disposiciones de los instrumentos constitutivos que crearon la jurisdicción temática de estos organismos internacionales establecieron que los siguientes crímenes de agresión sexual pueden constituir la base de cargos penales:

- a) El Estatuto del tribunal para la ex-Yugoslavia en el Artículo 5 (g) menciona la violación como crimen de lesa humanidad;
- b) El Estatuto del Tribunal para Ruanda en el Artículo 3 (g) menciona la violación como un crimen contra la humanidad, y en su Artículo 4 a la violación, la prostitución forzada y los abusos deshonestos de cualquier clase como violaciones graves al



Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra y a su Protocolo Adicional II del 8 de junio de 1977;

c) Los Paneles Especiales: en la Sección 6 (1) (b) (xxii) y 6 (i) (e) (vi) mencionan la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado... la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como actos que constituyen infracciones graves a las Convenciones de Ginebra y violaciones serias al Artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra;

d) El Estatuto de la Corte para Sierra Leona en el Artículo 2 (g) menciona la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual como crímenes contra la humanidad, y en su Artículo 3 (e) se refiere a los abusos contra la dignidad personal, en particular el trato humillante y degradante, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de abuso deshonesto como violaciones graves al Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección a las víctimas de guerra y de su Segundo Protocolo Adicional del 8 de junio de 1977.

e) El Estatuto de las Salas Especiales de Camboya en el Artículo 9 enumera los crímenes de lesa humanidad, tal como los definió el Estatuto de Roma en 1998;

f) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el Artículo 7 (1) (g) menciona la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado,



esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable como crimen de lesa humanidad. En el Artículo 8 (2) (b) (xxii) enumera la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como violaciones graves a las leyes y usos aplicables en conflictos armados internacionales. El Artículo 8 (e) (vi) considera a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado... la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como violación grave al Artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre conflictos armados de carácter no internacional".¹⁸

Para cerrar este apartado, es importante acotar que la definición inicial de la violación sexual y otros atentados de carácter sexual, como crímenes que lesionaban el honor de la familia o el pudor de la persona, fue un valladar para la sanción de estos hechos como crímenes graves de trascendencia internacional, no obstante el desarrollo de la doctrina y los derechos humanos, especialmente los derechos humanos de las mujeres, permitió la comprensión exacta de la naturaleza de estos hechos, ya que los mismos se cometen por excelencia, en contra de las mujeres por ser mujeres, en un contexto misógino que exacerba las relaciones de dominio en detrimento de las mujeres y en beneficio de los hombres, con el agravante mayor de que esto se instrumentaliza para lograr los objetivos bélicos, convirtiendo la misoginia y la violación sexual como expresión de ella, en arma de guerra.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 14.



“Es a partir del trabajo realizado por los Tribunales Penales Internacionales para la ex – Yugoslavia y Ruanda, cuando se ha catalizado la capacidad para establecer responsabilidad penal individual bajo el Derecho Penal Internacional por actos de violencia con base en género y de índole sexual, marcando un importante avance en la lucha contra la impunidad por crímenes basados en el género de una persona”.¹⁹

2.2. Estándar actual de conceptualización

El estándar actual de conceptualización sustantivo y procesal de la violación sexual en contexto de guerra, refleja el avance progresivo que en esta materia se ha llevado a cabo en el ámbito de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, en ese sentido los Tribunales Penales Internacionales han producido jurisprudencia declarativa que fue y es posible sistematizar; cabe señalar que el estándar actual, en el cual se condensa esta jurisprudencia, se encuentra plasmado en el Estatuto de Roma.

“En la actualidad, la violación y las agresiones sexuales pueden constituir en sí mismas genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y tortura. Igualmente, la violación es un elemento de otros crímenes como la esclavitud sexual y la prostitución forzada”.²⁰

En ese sentido, el Estatuto de Roma, en los Artículos del 5 al 9, describen los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional que son los más graves de

¹⁹ Women´s Link Worldwide. **Crímenes de género en el derecho penal internacional**. Pág. 3.

²⁰ **Ibid.** Pág. 6.

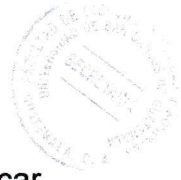


trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, siendo estos a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión.

Dicho Estatuto en el Artículo 6 define el Genocidio diciendo : “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

El artículo tiene especial relevancia en cuanto a la violencia de género, por cuanto describe hechos de este tipo de violencia que pueden ser considerados como mecanismo genocida, hechos como provocar abortos, o medidas de esterilización forzada, negación de asistencia médica específica a las mujeres en estado de

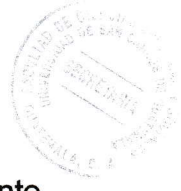


gestación y período de lactancia, así como los actos de violación que podrían implicar por sí mismos mecanismos abortivos o interrumpir la reproducción del grupo étnico.

El Artículo 7 del Estatuto de Roma define los crímenes de lesa humanidad, indicando que: “se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:...”. Para el efecto enumera una serie de actos encuadrables dentro de la figura, siendo especialmente relevante lo consignado en la literal g) de dicho Artículo, el cual establece: “ g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;”

Como puede establecerse, el Estatuto de Roma contempla la violación sexual como un acto encuadrable dentro de la figura de crimen de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

El Estatuto de Roma en el Artículo 8 regula lo referente a los crímenes de guerra de la manera siguiente “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por crímenes de guerra:...”



Por ser de especial relevancia para los hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala, se transcribe lo establecido en la literal c) numeral vi) del mencionado Artículo: “c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: ... vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;”

De lo anterior puede inferirse que la violación sexual está contemplada como acto considerado crimen de guerra, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Pese al estándar actual de conceptualización de la violencia sexual y violación sexual como crimen de trascendencia internacional, el juzgamiento y sanción de estos crímenes es aún una tarea ardua sobre lo que hace falta discutir y profundizar, tal como lo afirma Maxine Marcus, fiscal penal internacional con 15 años de experiencia internacional en materia de justicia penal, quien afirma: “Pese a los logros



extraordinarios que se han obtenido, la justicia de género todavía es esquiva para la mayoría de los testigos sobrevivientes. Los mandatos de los tribunales internacionales están hechos para procesar solamente a los responsables a gran escala, y es así que los oficiales de alto rango responsables de violaciones al derecho penal internacional sí están siendo juzgados, pero muy a menudo los autores directos de los crímenes de violencia de género quedan impunes. Incluso internacionalmente, en la realidad, sólo unas pocas sobrevivientes de delitos de género de verdad tienen la oportunidad de comparecer ante la justicia”.²¹

Para concluir el capítulo es importante resaltar que la comprensión de la violación sexual y las distintas manifestaciones de violencia sexual, así como otros crímenes de género, como infracciones graves a normas de trascendencia internacional, han sufrido un proceso de declaración histórica, al igual que la justicia de transición misma, al punto que en la actualidad es objeto de debate constante en todos los foros de justicia, tanto nacional como internacional, sobre todo en aquellos países que sufren o han sufrido conflagraciones bélicas, donde la violencia de género en general y la violación y violencia sexual en particular, se ha empleado como arma de guerra. No obstante, existe un estándar mínimo sustantivo y procesal, pautado por las normas del Estatuto de Roma, que condensa la declaración que sobre el tema se ha hecho por los tribunales penales internacionales en abundante jurisprudencia. En virtud de lo cual se esperaría que cada día existan más casos, en los que se enjuicie y sancione a las

²¹ <http://www.unwomen.org/es/2012/09/qa-with-expert-on-criminal-courts-and-prosecuting-gender-based-violence-perpetrators-bringing-victims-in-for-their-day-in-court/> (Consultado: 12-12-2003 14:19).



personas responsables, por hechos de violencia de género y violación sexual, sin embargo se debe considerar como un elemento importante y a veces determinante, el contexto local, ya que además de la pugna de intereses entre poderes institucionales y fácticos, debe considerarse las limitantes, que la normativa interna del Estado donde se cometen las infracciones pauta, toda vez que como en el caso de Guatemala, la existencia de un tipo penal abierto, presupone un trabajo de interpretación complejo, en la búsqueda de ese enjuiciamiento y sanción.



CAPÍTULO III

3. La violación sexual durante el conflicto armado interno en Guatemala

La violencia en contra de la mujer forma parte de la cultura patriarcal. El patriarcado como sistema, establece que todo hombre es superior a las mujeres, que estas le pertenecen, le deben obediencia y que en su papel de autoridad pueden ejercer violencia para disciplinarlas; consideran la violencia ejercida contra las mujeres que les pertenecen, como un ataque a su honor y se creen en el deber de defender lo que consideran suyo. Todo ha estado presente en la historia de la humanidad y también en la sociedad guatemalteca, normalizando la violencia contra las mujeres, antes, durante y después del conflicto armado interno. En el conflicto armado interno sólo se exacerbó esa violencia, instrumentalizándola y llevándola a un extremo sádico, dentro de la lógica, y con el fin, de aniquilamiento del enemigo y de lo que es, del enemigo.

“La violencia sexual contra las mujeres durante los conflictos armados es uno de los silencios más grandes de la historia. Lejos de ser un daño colateral, es una política de guerra, y una práctica planificada y sistemática para destruir y humillar a las mujeres y a través de ellas a la comunidad y a pueblos enteros”.²²

²² Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado de Guatemala.** Pág. 8.



La violación sexual se ha empleado en todas las guerras, de las cuales se tiene registro en la historia, pero el fenómeno ha sido invisibilizado, infravalorado, sub-dimensionado, tomado como parte de los riesgos y pérdidas en una guerra.

“La violencia contra las mujeres se construye en un contexto ideológico y sociocultural permisivo de la misma, donde la violencia contra las mujeres está naturalizada. Esto hace posible que la violación sexual en las guerras sea vista como un mal menor, o algo que de manera natural les ocurre a las mujeres. Al mismo tiempo, las guerras son escenarios de demostración de la supremacía del poder masculino sobre las mujeres. Es un espacio donde se fomenta la masculinidad violenta, donde los guerreros deben demostrar a los otros hombres el poder patriarcal que poseen mediante la violencia sexual contra las mujeres”.²³

La violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno en Guatemala, debe analizarse desde los enfoques de derechos humanos y de género, para entender sus causas, manifestaciones y efectos.

3.1. Los hechos de violación sexual durante el conflicto armado interno

En los informes de verdad elaborados para Guatemala, sobre lo ocurrido durante el conflicto armado interno, se recogieron testimonios de la utilización de la violación sexual como expresión de la violencia sexual y como arma de guerra.

²³ Álvarez Asencio, Jeannette con aportes de Luz Méndez y Brisna Caxaj. **Peritaje de género**. Pág. 77.



“Durante el conflicto armado en Guatemala, de acuerdo con la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), la violencia sexual contra las mujeres, mayoritariamente indígenas, fue una práctica generalizada y sistemática utilizada por agentes del Estado, en el marco de la política contrainsurgente, habiéndose constituido en un arma para generar terror,. Además la violencia sexual fue cometida con extrema crueldad, incluyendo violación de mujeres embarazadas, esclavitud sexual, mutilación de cuerpos, empalamiento de mujeres y destrucción de fetos. Asimismo, hubo otras formas de violencia contra las mujeres indígenas, tales como obligarlas a servir comida, lavar la ropa y bailar para los soldados, así como permanecer en estado de esclavitud doméstica y sexual dentro de los destacamentos militares”.²⁴

Los informes de verdad que se realizaron en Guatemala son, el primero, Guatemala Memoria del Silencio de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y el segundo, Guatemala Nunca Más del Proyecto Interdiocesano para la Recuperación de la Memoria Histórica. En ambos se recogieron testimonios de violación sexual, sin haber planificado recabar dicha información.

“Dos informes dan cuenta de esta grave violación a los derechos humanos cometida en Guatemala durante el conflicto armado: Guatemala memoria del silencio de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), creada como resultado de los acuerdos de paz; y Guatemala nunca más del Proyecto Interdiocesano para la Recuperación de la

²⁴ **Ibid.** Pág. 78.



Memoria Histórica (REMHI) realizado por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado.

En Guatemala memoria del silencio, se establece que: “Las mujeres fueron víctimas de todas las formas de violación de los derechos humanos, pero además sufrieron formas específicas de violencia de género. La violencia contra las mujeres durante el conflicto armado se expresó de manera particular en la violación y otras formas de violencia sexual”.²⁵

Durante el conflicto armado, en el marco de las operaciones contrainsurgentes, las mujeres, mayoritariamente mujeres mayas, fueron víctimas de violación y otras formas de violencia sexual por parte de agentes del Estado, de manera generalizada y sistemática. “Es importante resaltar que la violación sexual en conflictos armados es uno de los silencios más grandes de la historia de la humanidad, constituyéndose en una práctica común en todas las guerras y en todos los genocidios, -para someter pueblos y bandos enemigos a través del cuerpo de las mujeres”.²⁶

Cabe resaltar que el silencio sobre los hechos de violación sexual, es el resultado de la normalización de ese tipo de violencia en la sociedad, de tal manera que las víctimas han interiorizado culpa por hechos de los cuales son víctimas y los victimarios, han

²⁵ Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Op. Cit.** Pág. 3.

²⁶ Fulchirone, Amandine. **Tejidos que lleva el alma: Memoria de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado.** Pág. 3.

logrado colocar su discurso de justificación. Todo esto en tiempos de paz, y en tiempos de guerra, esta política social se instrumentaliza racional y eficazmente.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Guatemala, también considera que: “La extrema crueldad y ensañamiento con que fueron violadas las mujeres indígenas en los operativos contrainsurgentes, obedece al hecho de que eran consideradas seres inferiores, al mismo tiempo que eran percibidas como parte o base de apoyo de las organizaciones que enfrentaban al Estado para transformar el sistema socioeconómico y político imperante. Las atrocidades cometidas contra las mujeres expresaban misoginia u odio hacia las mujeres, odio racial y de clase, en sus cuerpos se sintetizaron todos los sistemas opresivos que han marcado y previenen la sociedad guatemalteca”.²⁷

En Guatemala, la exclusión es un conjunto de mecanismos de opresión, la mayoría de la población es excluida por clase, por etnia y género, sin dejar de lado otras estructuras, pero estas son las más generalizadas.

“La Comisión para el Esclarecimiento Histórico reconoce que la violación sexual estuvo dirigida en un 99% contra mujeres, afectando por igual a ancianas, adultas, jóvenes y niñas. Algunos hombres también fueron víctimas de tales hechos. Sin embargo las cifras de violación sexual, muestran un sub registro en términos absolutos, en relación a otras violaciones de derechos humanos. Por un lado, no se diseñaron instrumentos

²⁷ Organización de Naciones Unidas. **Violencia contra las mujeres indígenas en Guatemala**. Pág. 27.



específicos para preguntar y obtener los testimonios de violación sexual. Por el otro, las mujeres no socializaron su dolor como otras víctimas del conflicto, sino que lo asumieron con sentimientos de culpa, aislamiento y marginalidad. A pesar de tales limitaciones, la CEH obtuvo un registro de 1,465 hechos de violación sexual, esto coloca a la violación sexual en el quinto tipo de violación a los derechos humanos y hechos de violencia cometidos durante el conflicto armado interno en Guatemala”.²⁸

La violación sexual, está entre las cinco graves violaciones a derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno, de forma generalizada y sistemática. “Las mujeres indígenas, aún siendo población civil fueron atacadas como parte del enemigo interno. Este término fue una construcción que se elaboró como parte de la doctrina de seguridad del Estado. Desde esa doctrina, el pueblo maya se constituyó en un aliado natural de la guerrilla, con lo cual pasó a ser parte del enemigo interno. Las investigaciones realizadas por la CEH revelaron que el 53% de las víctimas del conflicto armado eran de origen maya, mientras que el 11% eran ladinos y del 30% restante no se registró el origen étnico”.²⁹

Los informes de verdad, reportan la perpetración de la violación sexual durante el conflicto armado interno como una acción sistemática, generalizada, planificada dentro de la política contra insurgente, implementada en ese momento histórico. “Según la información proporcionada por la CEH, la práctica de la violación sexual se efectuó en

²⁸ Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Op. Cit.** Págs. 4 y 5.

²⁹ Álvarez Asencio, Jeannette con aportes de Luz Méndez y Brisna Caxaj. **Op. Cit.** Pág. 80.



16 de los 22 departamentos en que se divide territorialmente el país. Esto no implica que en los otros departamentos no se haya producido violaciones sexuales, dado que en ocasiones las víctimas fueron trasladadas de un destacamento a otro”.³⁰

La violación sexual conlleva lesiones graves a la integridad física y mental de las víctimas directas así como afectación psicosocial a los miembros del grupo. Las violaciones y otras lesiones físicas dejaron daños a veces irreversibles en los órganos reproductores femeninos, especialmente en el caso de las niñas y adolescentes, con somatizaciones en sus cuerpos que pueden constatarse, también provocaron embarazos forzados. Los efectos físicos y psicosociales aún perduran. Socialmente quebraron la secuencia vital del grupo al estigmatizarlas e impedirles formar familias.

“La violación sexual supuso una ruptura de la propia existencia, en la continuidad de la vida. Marcó un antes y un después. Fueron despojadas del lugar social que ocupaban, tanto porque la comunidad social ya no las reconoció como sujetas y porque ellas mismas no pudieron reconocerse como merecedoras de un espacio social. Todos sus proyectos de vida, fueron arrebatados por la violación. Nunca más podrán corresponder al ideal de madre esposa, alrededor del cual se habían construido. La culpa se instaló en la subjetividad de las mujeres, se reforzó, resonó y se incrementó en la respuesta del grupo”.³¹

³⁰ Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Op. Cit.** Pág. 5.

³¹ Fulchirone, Amandine. **Op. Cit.** Pág. 262.

Los efectos de la violación sexual perpetrada durante una conflagración bélica son más profundos y desestructurantes que en tiempos de paz. “La violación sexual es un hecho que violenta la integridad de las mujeres, transgrediendo los límites corporales, emocionales y energéticos que dan seguridad, control y autonomía personal. En condiciones de guerra los efectos son mucho más devastadores, pues el tejido social más próximo está roto y la condición humana está en un estado límite de extrema vulnerabilidad. El motivo del ataque sexual no es primordialmente el placer o la satisfacción sexual del agresor, sino es una expresión exacerbada de relaciones estructurales de opresión basada en el género”.³²

En general, las violaciones sexuales de mujeres, por su modus operandi, originaron el éxodo de mujeres y la dispersión de comunidades enteras, rompieron lazos conyugales y sociales, generaron aislamiento social y vergüenza comunitaria, provocaron abortos y filicidio, impidieron matrimonios y nacimientos dentro del grupo, facilitando la destrucción de los grupos indígenas.

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “la Junta Militar y el Alto Mando diseñaron y ordenaron la implementación de un plan de campaña militar llamado “Victoria 82”, para lo cual utilizó nuevas definiciones estratégicas dentro del marco de la contrainsurgencia y los objetivos del “Plan Nacional de Seguridad y Desarrollo” (...) la época más violenta de este conflicto correspondió a

³² Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Op. Cit.** Pág. 15.

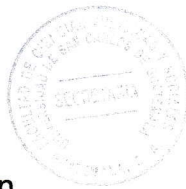


los años 1978-1983, cuando los operativos militares se concentraron en las regiones del Quiché, Huehuetenango, Chimaltenango, Alta y Baja Verapaz, la costa sur y Ciudad de Guatemala. Durante estos años, la política contrainsurgente en Guatemala se caracterizó por “acciones militares destinadas a la destrucción de grupos y comunidades como tales así como al desplazamiento geográfico forzado de comunidades indígenas cuando se las consideraba posibles auxiliares de la guerrilla”.³³

A lo largo del enfrentamiento armado el ejército también diseñó e implementó una estrategia para provocar terror en la población, para lo cual utilizaban mecanismos de terror masivo, para ejemplificar ante la comunidad lo que le sucedería a quienes apoyaran a la guerrilla. Esta estrategia se convirtió en el eje de sus operaciones, tanto en las de estricto carácter militar como en las de índole psicológica y las denominadas de desarrollo.

“Hasta 1979, como parte de la estrategia contrainsurgente, la violación sexual fue selectiva, dirigida a víctimas individuales, especialmente mujeres integrantes de organizaciones sociales y revolucionarias; a partir de 1980 fue indiscriminada y masiva. Esta práctica se extendió hasta 1989. La mayoría de las violaciones sexuales colectivas se concentró en los años 1980-1983. Se inició hacia el segundo semestre de 1980, alcanzando el pico más alto durante el primer semestre de 1982. Descendió significativamente, pero manteniéndose como práctica, durante los años 1983-1984.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.** Sentencia de 29 de abril de 2004. Párrafos 42.4 y 42.5.



Ello coincide con la política de tierra arrasada ejecutada por el ejército. La participación colectiva de los agentes del Estado fue una tendencia general en la práctica de las violaciones sexuales. Solamente en ocho de los casos presentados a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico se describe la ejecución de los hechos en forma individual”.³⁴

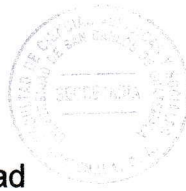
De lo anterior puede inferirse que además de ser una práctica sistemática y generalizada, la violación sexual se perpetró de forma colectiva, porque ello ofrece garantías de impunidad, los perpetradores, se sabían vistos y conocidos por sus pares, en grupo se asumía, como una orden acatada, como cumplimiento del deber. Cabe anotar que existía la política de asegurar la impunidad, en ese sentido, se hablaba de discrecionalidad, de actos aislados y de complicidades asumidas que sin duda eran planificadas y ordenadas.

3.2. Modelo de justicia de transición aplicado en Guatemala

En Guatemala, se implementó la justicia de transición de la fase dos o sea la justicia transicional de la posguerra fría, a través de los siguientes mecanismos:

a) Los Acuerdos de Paz, constituidos por un conjunto de acuerdos integrados al Acuerdo de Paz Firme y Duradera, de fecha de 29 de diciembre 1996, fueron

³⁴ Consorcio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Op. Cit.** Pág. 6.

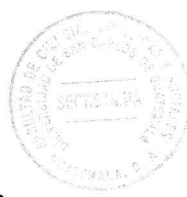


negociados y firmados entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), al auspicio y con la ayuda de las Naciones Unidas y el acompañamiento de países amigos para poner fin al conflicto armado interno. Constituían un plan de construcción de una sociedad nueva y preveían reformas constitucionales y legales para asegurar su respeto.

b) La creación de una Comisión para el Esclarecimiento Histórico, que produjo un Informe oficial de Verdad sobre los hechos ocurridos durante el conflicto armado interno, no obstante y además, desde el Arzobispado de la Iglesia Católica se realizó otro esfuerzo de verdad que también produjo un informe de verdad conocido como REMHI. La violación sexual fue contemplada como una de las violaciones graves a derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, llegándose a concluir por parte de la Comisión para el esclarecimiento Histórico que este crimen se cometió de manera sistemática y generalizada.

c) También se creó el Programa Nacional de Resarcimiento con el objeto de resarcir a las víctimas del conflicto armado interno; y la violación sexual es uno de los hechos por los cuales se puede solicitar resarcimiento.

d) En cuanto al tema de justicia, a través del Decreto Legislativo 145-1996 se creó la Ley de Reconciliación Nacional, que decretó amnistía para todos los delitos políticos y conexos cometidos por las partes intervinientes en el conflicto armado interno, señalando un procedimiento especial para el conocimiento de estos casos. La Ley



establece que, no es aplicable a los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, a delitos imprescriptibles o delitos que deben ser excluidos del ámbito de la amnistía de acuerdo a obligaciones internacionales asumidas por el Estado, en cuanto a lo procesal estos deben ser juzgados conforme al Código Procesal Penal.

Los límites que deben regir la concesión de amnistías fueron señalados en un informe de 2004 sobre “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, quien enfatizó que: “Esos principios [los principios de las Naciones Unidas] también fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos, así como, en los casos en que recibimos el mandato de desempeñar funciones ejecutivas o judiciales, el de que los servicios de las Naciones Unidas deben cumplir escrupulosamente los principios internacionales de derechos humanos en la administración de justicia”.³⁵

En consecuencia, el Secretario General concluyó que se debe rechazar: “la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y que se debe garantizar que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo

³⁵ Organización de Naciones Unidas. **Op. Cit.** Párrafo 10.



para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”.³⁶

Derivado de lo anterior, la búsqueda de justicia para las víctimas genocidio, tortura, desaparición forzada, a delitos imprescriptibles o delitos que deben ser excluidos del ámbito de la amnistía de acuerdo a obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como lo son los delitos de lesa humanidad, ha sido lenta y penosa, no obstante se han logrado pronunciamientos emblemáticos como las sentencias condenatorias en los casos de Las dos erres y El Jute, por mencionar algunas, no obstante, ninguna de ellas, ha incluido condena por hechos de violación sexual. En la mayoría de casos presentados por hechos de violaciones a derechos humanos dentro del conflicto armado interno, contienen hechos de violación y violencia sexual, pero las acusaciones no los incluyen, y en algunos casos donde se han incluido como el caso de Cándido Noriega, no se han condenado a los perpetradores o el caso de Genocidio, donde se anuló el proceso.

³⁶ **Ibid.** párrafo 64 c.





CAPÍTULO IV

4. El marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno

La justicia transicional tiene su asidero en un marco normativo tanto nacional como internacional, el cual es necesario abordar, para poder establecer, cómo exactamente se puede encuadrar, la aplicabilidad del mismo a casos de violación sexual, ocurridos durante el conflicto armado interno de Guatemala.

4.1. Marco normativo nacional

En Guatemala las normas penales vigentes al momento de consumarse las violaciones sexuales denunciadas ante la Comisión para el esclarecimiento histórico, están contenidas en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, cuerpo normativo, vigente.

Debido a que las denuncias por violación sexual, perpetradas durante el conflicto armado interno, originan la afirmación de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, de que la violación sexual fue empleada de forma generalizada y sistemática, y de que dicha afirmación, implica la aplicación de la justicia de transición, por tratarse de hechos de trascendencia internacional, es necesario remitirse al capítulo cuarto del Decreto



Legislativo 17-73 Código Penal de Guatemala, denominado de los delitos de trascendencia internacional específicamente en el Artículo 378 que regula los delitos contra los deberes de humanidad el cual está redactado de la siguiente manera: “Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos será sancionado con prisión de veinte o treinta años.”

Nótese que el Artículo 378 hace referencia a dos categorías, la primera, los crímenes de guerra y la segunda, los crímenes de lesa humanidad. Los primeros refiriéndose a actos inhumanos cometidos contra prisioneros o rehenes de guerra y los segundos respecto a actos inhumanos en contra de población civil o contra hospitales o lugares destinados a heridos. En ese sentido, debido a que los relatos de los testimonios recogidos por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico incluyen en su mayoría niñas, adolescentes y mujeres de la población civil y además jóvenes mujeres combatientes, ambas categorías son aplicables. Nótese además que dicha norma no establece los supuestos de hecho que constituyen cada categoría, es decir, no estipula un catálogo de conductas prohibidas que constituyan en cada caso, ya sea un crimen de guerra o bien un crimen de lesa humanidad.

Debido a lo anterior, se ha señalado recurrentemente que dicha norma es una norma incompleta que de aplicarse vulneraría los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Cabe citar a autores como Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán



quienes afirman: "...nos encontramos ante una ley penal en blanco cuando parte de esta estructura (generalmente la parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal sino que esta se remite a una norma distinta".³⁷

Para aclarar este aspecto es necesario tener presente que la norma jurídica es una construcción lógica, compuesta de una hipótesis de conducta o supuesto jurídico y una hipótesis de consecuencia o consecuencia jurídica. Según Alvarado Martínez "Las normas penales cuentan con la misma estructura, solo que el supuesto jurídico recibe el nombre de tipo y la consecuencia jurídica, el de punibilidad, por lo que ninguno de los dos componentes es una norma completa, sino parte de la misma".³⁸

En ese sentido, el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, es una norma penal en blanco, de ahí la importancia de conocer el origen de esta figura y la finalidad o el sentido, de su existencia. "Las leyes penales en blanco, fueron así denominadas por el penalista alemán Karl Binding (1841-1920) refiriéndose a aquellas que imponen una sanción, pero la descripción de la figura delictiva a la que se refieren, está contenida en otra norma jurídica, pudiendo remitirse a otra ley penal o de otro sector del orden jurídico, o a alguna norma reglamentaria, jerárquicamente inferior, que necesariamente las debe complementar. La razón de que se dicten estas clases de leyes penales en

³⁷ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**. Pág. 37.

³⁸ Alvarado Martínez, Israel. **La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente**. Pág. 289.



blanco es que se trata de prescribir sobre conductas que varían a lo largo del tiempo o que requieren ir adaptándose a las circunstancias”.³⁹

El estudio de las normas penales en blanco o abiertas como son conocidas doctrinariamente, ha sido extenso y existen básicamente dos posturas. La concepción amplia y la concepción restringida. Grispigni citado por Alvarado Martínez y exponente de la concepción amplia indica: “Se caracterizan porque solo señalan la pena, pero el precepto se encuentra en otra disposición o artículo de la misma ley diverso de aquel que contiene la sanción”.⁴⁰

El Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es una norma penal en blanco en su concepción amplia, de ahí la relevancia de referirse a la concepción restringida, por ser la concepción que enmarca su contenido. La concepción restringida señala que las normas penales en blanco son aquellas que no señalan individualmente la conducta punible pero ofrecen elementos a los juzgadores para que determinen la conducta que conocen, de conformidad con otras normas o cuerpos legales. Para Muñoz Conde y Mercedes García Aran: “cuando existen razones técnicas y político criminales muy precisas, puede emplearse esta técnica de economía legislativa”.⁴¹

³⁹ [Http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/leyes-penales-en-blanco#ixzz2Hi9KVJzD](http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/leyes-penales-en-blanco#ixzz2Hi9KVJzD) (Consultado: 14-10-2013 17:00).

⁴⁰ Alvarado Martínez, Israel. **Op. Cit.** Pág. 298.

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Op. Cit.** Pág. 39.



En ese sentido, el Artículo 378 del Decreto Legislativo 17-73 Código Penal de Guatemala, es efectivamente una norma penal en blanco, en su sentido estricto, ya que no describe el catálogo de las conductas tipificadas como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, lo que hace, es definir claramente, que las mismas deben buscarse en leyes, convenios internacionales suscritos por Guatemala: “Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a...” y además ofrece el elemento diferenciador en el supuesto de hecho, que se trata de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en ese sentido lo que se hizo fue aplicar lo indicado por autores como Muñoz Conde, la técnica legislativa de una norma penal en blanco, para dejar abierta la posibilidad de aplicar el catálogo de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, contenidos en los tratados y convenios suscritos y ratificados por Guatemala, en materia de derechos humanos y derechos humanitarios. Cumpliendo esta norma penal en blanco, con la finalidad por la que fue creada, es decir, que pueda adaptarse al desarrollo del derecho internacional relacionado con derechos humanos y derecho humanitario.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 46 “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

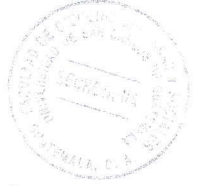
El mismo cuerpo normativo regula en el Artículo 149 “De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los



principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”

Como puede establecerse, la Constitución Política de la República de Guatemala, prepondera el respeto y la aplicación de los Tratados y Convenios internacionales, en materia de derechos humanos, aún por encima del ordenamiento interno, de igual manera estipula que su relación con la comunidad internacional se realizará con fundamento en los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados, en ese sentido, el Estado de Guatemala, se constituye como garante del cumplimiento de las obligaciones asumidas al suscribir y ratificar Tratados y Convenios y todo ello, con arreglo a principios, reglas y prácticas acuñadas al seno de la comunidad internacional, es decir con apego a la doctrina, prácticas y normas del derecho internacional, especialmente el derecho consuetudinario.

En consecuencia, para encuadrar la conducta de las personas que pudiesen resultar responsables por los hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno, se requiere revisar los instrumentos internacionales de protección de



derecho humanitario y derechos humanos, con la finalidad de poder hacer la investigación criminal y emitir la sentencia judicial pertinente.

4.2. Marco normativo internacional

Para efecto de abordar el marco normativo internacional aplicable a los casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala es necesario retrotraer el análisis, a lo afirmado respecto al estándar actual de conceptualización de la violación sexual en contexto de guerra.

“En la actualidad, la violación y las agresiones sexuales pueden constituir en sí mismas genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y tortura. Igualmente, la violación es un elemento de otros crímenes como la esclavitud sexual y la prostitución forzada”.⁴²

En ese sentido, y habiendo establecido que el estándar actual de conceptualización de la violación sexual en contexto de guerra, se condensa en lo establecido en el Estatuto de Roma, que recoge lo elaborado por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, de Yugoslavia y Ruanda, todo análisis para la tipificación de los hechos de violación sexual durante el conflicto armado interno, debe pasar por el tamiz de este instrumento de derecho internacional, especialmente porque por principio, los derechos humanos y los derechos humanitarios son un catálogo declarativo de

⁴² Women’s Link Worldwide. **Op. Cit.** Pág. 6.



derechos, que evoluciona conforme la humanidad se construye y perfecciona, esto en todo caso, también fue lo que inspiró a los legisladores guatemaltecos, al legislar una norma penal abierta que remite a los Convenios internacionales suscritos por Guatemala para la tipificación de los hechos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra.

La premisa principal es que el Estado de Guatemala de conformidad con el derecho consuetudinario internacional, debe y puede lograr la judicialización efectiva de los hechos de violación sexual ocurridos en el marco del conflicto armado interno, toda vez que tanto en el momento de su comisión, como en la actualidad, constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de carácter imprescriptible.

La más importante afirmación es que para el momento de la comisión de los hechos, la violación sexual, era considerada tanto una violación a los derechos humanos, como un crimen de guerra, y en contextos en los que se hubiere perpetrado de manera generalizada o sistemática, también podía ser considerada un crimen de lesa humanidad. La declaración ulterior por el Estatuto de la Corte Penal Internacional y por los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, según las cuales, la violación sexual es tanto un crimen de guerra como un crimen de lesa humanidad, no tuvo nunca un carácter constitutivo, sino meramente declarativo, de lo que ya podía ser considerado un consenso de la comunidad internacional acerca de la naturaleza de esos crímenes. Adicionalmente, múltiples estados han reconocido la necesidad de eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres en todas sus manifestaciones

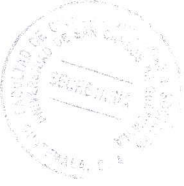


y en todos los ámbitos a través de dos Convenciones, siendo estas, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer o CEDAW y la Convención Interamericana, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Belem Do Pará las cuales Guatemala suscribió y ratificó.

De esta cuenta corresponde ver el Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que incluye dentro de los crímenes de lesa humanidad, algunas de las formas más graves de violencia sexual, específicamente la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

Además en el Artículo 8 el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como crimen de guerra cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f, del párrafo dos del Artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave a los Convenios de Ginebra.

La conceptualización de la violación sexual como crimen de lesa humanidad en los tratados internacionales es una forma de reconocimiento de su condición de atentado contra la humanidad. Este reconocimiento implica no una declaración constitutiva de los crímenes sino que reconoce la existencia de hechos que atentan contra la humanidad y que por tanto requieren de persecución penal y sanción. Por lo tanto, su condición de



crímenes internacionales no empieza con su inclusión en los tratados o tipificación, sino que le antecede.

Para el efecto, tal y como se abordó en el capítulo II de esta investigación, la evolución de la violencia y violación sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, ha sido no sólo a través de los tratados sino de los Estatutos, declaraciones y pronunciamientos de órganos internacionales, particularmente las sentencias de los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda.

Reforzando lo anterior, es importante acotar que algunos juristas señalan que al aplicar el estándar actual de conceptualización de la violación sexual como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, a hechos ocurridos con antelación a las sentencias de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda y al Estatuto de Roma, es una clara violación a los principios de legalidad y retroactividad.

Para refutar dicha posición es necesario recordar que a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los principios de legalidad y retroactividad tienen límites concretos de acuerdo al Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: "1-Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2-Nada de lo dispuesto en



este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Claramente el numeral 2 del Artículo 15 del citado Pacto, constituye una excepción a la irretroactividad de la ley penal, la cual tiene por objeto permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales del derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho internacional ni por el derecho nacional y de esta forma evitar que actos que vulneren a la humanidad queden sin ser penalizados por no haber sido previstos expresamente en el derecho positivo nacional o internacional.

La fuente de esta excepción a los principios de retroactividad penal y legalidad, son los juicios de Nuremberg, ya que muchas conductas que fueron motivo de juicio fueron tipificadas ex post facto, es decir con posterioridad al acto o hecho, baste recordar que para esa época, pese a que ya se usaban conceptos como crímenes contra la humanidad, no existía en el derecho internacional positivo una clara tipificación de estos crímenes, empero su trascendencia y gravedad, obligó a que se investigaran y juzgaran, por haber ofendido a la humanidad entera.

En otras palabras, esta excepción posibilita la investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, aunque en el momento de su comisión no hubiesen sido tipificados de esta forma por el derecho nacional, esto



siempre que el derecho internacional, convencional o consuetudinario, lo considere un crimen contra la humanidad, en la época que se cometieron los hechos.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma *ius cogens*, es decir una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general, aun cuando no se encuentren tipificados en el momento de su comisión.

Para el caso de Guatemala, se reúnen los requisitos para que opere la excepción de mérito, en cuanto al principio de retroactividad, por cuanto que para el momento de la comisión de los hechos, la violación sexual era considerada como una violación a los derechos humanos y como crimen de guerra, y además en los contextos donde se hubiere realizado de forma sistemática o generalizada también era considerada un crimen de lesa humanidad. La declaración posterior de las sentencias de los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, así como el Estatuto de Roma, no tuvo un carácter constitutivo, sino más bien declarativo de lo que ya era un consenso en la comunidad internacional respecto a la naturaleza de esos crímenes, y ese consenso no era solamente consuetudinario, sino que tenía en parte un asidero normativo en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Guatemala desde 1954.



Basta mencionar que la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre de 1973 adoptó los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, en los cuales se afirma: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas, contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

Dicho lo anterior es pertinente conocer los elementos de los crímenes de violencia y violación sexual como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, estipulados en el Estatuto de Roma.

4.3. Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma

De conformidad con el Artículo 9 del Estatuto de Roma, los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional, ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los Artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, además, como lo indica Kai Ambos: “Por último, cumplen una función declarativa y de sistematización. Sistematizan los Artículos 6 al 8 en tanto que sus elementos típicos se estructuran en varios párrafos. La introducción general a los elementos prevé la siguiente configuración: en primer lugar, se exponen



comportamiento (típico), resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad ("mental element") y, por último, los llamados elementos o circunstancias contextuales ("contextual circumstances").⁴³

En los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional se define la violación sexual como la acción que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo, que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coerción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino.

4.3.1. Violación sexual como genocidio

Ambos Kai, indica: "En el Artículo 6 literal b se establecen los elementos del Genocidio mediante lesión grave física o mental, en virtud de lo cual, la violación sexual constituye acto de genocidio que ocasiona graves lesiones a la integridad física y mental de los

⁴³ Ambos Kai. **Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional**. Pág. 1.



miembros del grupo, cuando se cometa con la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, sus elementos son:

a) Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas.

b) Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

c) Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

d) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción".⁴⁴

Evidentemente la violación sexual, se ha empleado en muchas conflagraciones bélicas con la finalidad de destruir a ciertos grupos étnicos, que para el caso de Guatemala también es aplicable, derivado del contexto multiétnico y debido a que la violencia más generalizada se desarrolló en territorio indígena.

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 2.



4.3.2. Violación sexual como crimen de lesa humanidad

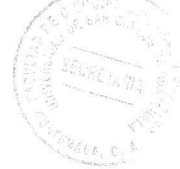
Con relación a la violación sexual como crimen de lesa humanidad, Ambos Kai, indica:

“El Artículo 7.1 literal g numeral uno establece la violación como crimen de lesa humanidad y señala como sus elementos:

a) Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

b) Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

c) Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.



d) Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.⁴⁵

En Guatemala, el conflicto armado interno derivó en acciones planificadas dirigidas contra grupos poblacionales no beligerantes, realizadas de manera generalizada, sistemática, miles de mujeres, fueron violadas durante esas operaciones militares.

4.3.3. Violación sexual como tortura como crimen de lesa humanidad

El Estatuto de Roma en el Artículo 7 punto 1 literal f regula la tortura como crimen de lesa humanidad, la que se entenderá como causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas y en el Artículo 8 numeral 2 literal a numeral ii) numeral uno establece como elementos del mencionado crimen los siguientes:

“a) Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.

b) Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.

⁴⁵ Ibid. Pág.3.



c) Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, que no fuese inherente ni incidental a ellas.

d) Que la tortura se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

e) Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

4.3.4. La violación sexual como crimen de guerra

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ha comprendido la violación sexual cometida en contexto de conflicto armado como un ultraje a la dignidad personal aplicando para su sanción la literal c del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

El Estatuto de Roma en Artículo 8 literal e y numeral romano xxii, establece como crimen de guerra “al acto de cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado[...] esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya violación grave de los Convenios de Ginebra.”



Ese mismo cuerpo legal, en el Artículo 8 numeral dos literal b numeral romano xxii guión 1, que habla de los elementos señala los siguientes:

“a) Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

b) Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona, o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.

c) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionado con él.

d) Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

De lo transcrito puede inferirse que la violación sexual perpetrada en el contexto de guerra, de conformidad con el estándar internacional, puede ser constitutiva de delito de lesa humanidad o crimen de guerra.



En conclusión el marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno encuentra asidero en la normativa interna en el Artículo 378 del Código Penal de Guatemala Delitos contra deberes de humanidad y en el ámbito internacional en los Convenios de Ginebra, en los Estatutos, declaraciones y jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y el Estatuto de Roma, a la luz interpretativa de los principios generales del derecho internacional, así como el consenso de la comunidad internacional sobre lo que constituye derecho consuetudinario.



CAPÍTULO V

5. Supuestos jurídicos para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno

En Guatemala durante los 36 años de conflicto armado interno hubo graves violaciones a los derechos humanos, entre esas graves violación a los derechos humanos se ha constatado crímenes de género, llamados así porque fueron ejecutados en contra de las mujeres por ser mujeres, especialmente los de naturaleza sexual, es decir las violaciones, que de conformidad con el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento histórico fue perpetrado en un 99% contra mujeres, quienes en su mayoría, fueron mujeres civiles, mayas y pobres.

Al finalizar la conflagración bélica, se aplicó un proceso de justicia de transición, en un modelo que además de verdad, justicia y reparación, se buscaba la no repetición de estos hechos, proceso que aún continúa, y cuya deuda principal es lo relativo a la justicia.

Esta investigación aborda el tema de la justicia en cuanto a hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno, por la existencia de una impunidad absoluta sobre esos hechos. A la fecha múltiples han sido los factores que han coincidido para configurar esta impunidad, uno de ellos es la discusión jurídica, sobre si



es posible aplicar el Artículo 378 del Código Penal de Guatemala para la investigación y sanción de estos hechos, debido a que el mencionado Artículo, no contempla el catálogo de delitos, para los cuales se asigna una pena.

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha hecho un análisis de la gravedad de los hechos constitutivos de violaciones a derechos humanos, durante el conflicto armado interno, los cuales se catalogan como infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente el Artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949, en particular atentados contra la vida y la integridad corporal, mutilaciones, tratos crueles, torturas y suplicios; toma de rehenes; atentados a la dignidad personal y, especialmente, tratos humillantes y degradantes, incluyendo la violación sexual de las mujeres, esto conmina al Estado de Guatemala ha desarrollar procesos de investigación, judicialización y sanción, debido a que estos hechos ofenden gravemente la conciencia de la humanidad y no prescriben.

A continuación se desarrollarán los supuestos jurídicos, para la aplicabilidad del Artículo 378 del Código Penal de Guatemala, a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno.



5.1. El Estado de Guatemala es signatario de los Convenios de Ginebra, y sus protocolos adicionales, en los cuales se prohíbe expresamente los atentados contra la vida y la integridad corporal, mutilaciones, tratos crueles, tortura y suplicios; toma de rehenes; atentados a la dignidad personal y, especialmente, tratos humillantes y degradantes, lo cual incluye la violación sexual de las mujeres

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Protegen a las personas que no participan en las hostilidades civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias, y a los que ya no pueden seguir participando en los combates tales como heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra. En ese sentido los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, son la piedra angular del derecho internacional humanitario, es decir el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos.

Para efectos de una mejor comprensión es necesario puntualizar la definición del derecho internacional humanitario, que según el autor, Swinarski, es: "El cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que



protegen a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto”.⁴⁶ El derecho internacional humanitario, se ocupa pues de la protección de la persona humana, combatientes y no combatientes, cuando acontece una conflagración bélica.

“Los hospitales y ambulancias son algunos de los lugares y bienes que se encuentran protegidos y no se deben de atacar. Se calcula que en la actualidad el 80% de la población civil representa el total de las víctimas de los conflictos armados”.⁴⁷ El alto porcentaje de víctimas no combatientes que se ha registrado en todas las guerras de la humanidad, motiva una especial protección para este grupo humano. El derecho internacional humanitario limita razonablemente el uso de la fuerza militar y apunta hacia una estrategia moderna para que se dé el buen manejo de los recursos militares en tiempos de guerra.

Cabe reiterar que el derecho internacional humanitario, no sólo son las normas contenidas en el Convenio de Ginebra y sus protocolos adicionales, sino que también condensa las normas de derecho consuetudinario. El derecho internacional humanitario tiene su origen en las prácticas militares consuetudinarias que se desarrollaron con el tiempo y en todos los continentes. No todos los ejércitos aplicaron las leyes y costumbres de la guerra, como se ha denominado tradicionalmente esta rama del derecho, y no lo hacían necesariamente con todos los enemigos, ni tampoco todas las

⁴⁶ Swinarski, Christophe. **Introducción al derecho internacional humanitario**. Pág. 11.

⁴⁷ Nono, Thomaz. **Respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Guía práctica para los parlamentarios**. Págs. 14 y 15.



normas eran iguales. Sin embargo, típicamente se podía observar una pauta de restricción del comportamiento hacia los combatientes y civiles basada principalmente en el concepto de honor del soldado. El contenido de estas normas incluía, generalmente, la prohibición de conductas consideradas innecesariamente crueles o deshonrosas, y no fue desarrollado solamente por los propios ejércitos, sino que influyeron también en él los escritos de los líderes religiosos.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el Artículo 38 describe el derecho internacional consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho”. Se acepta, en general, que la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica estatal (*usus*) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (*opinio juris sive necessitatis*).

Guatemala en 1943, suscribió la Declaración de Naciones Unidas y en el año 1945 suscribió la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, formando parte de la base legal de los tribunales de Nüremberg y de Tokio; acontecimientos que marcan un hito en el derecho consuetudinario, por cuanto que, se reconoce y muestra de forma inequívoca la vocación y espíritu, de la comunidad internacional, de sancionar los delitos de trascendencia internacional ya que se nombran, regulan y aplican, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en la investigación, enjuiciamiento y sanción de los criminales de guerra de la segunda guerra mundial. El Estado de Guatemala, a través del Decreto 174 del Congreso de la



República de Guatemala, ratificó el 11 de octubre de 1945, las declaraciones previas de la ONU, que fueron fundamento para los Tribunales de Nüremberg y Tokio que incorporan los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y otras declaraciones importantes.

Lo anterior, se suma a que en 1945 Guatemala ratificó los Convenios de Ginebra, el cual en el Artículo 3 común prescribe la aplicabilidad de estas normas a los conflictos armados internos, así como el Protocolo segundo adicional a los Convenios de Ginebra, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, que impone al Estado, el deber de cumplir con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los actos que ahí se prohíben.

De la misma forma en 1950 el Estado de Guatemala ratificó la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, realizando la incorporación de los delitos contra deberes de humanidad y genocidio en el Código Penal guatemalteco en 1973, en los Artículos 378 y 376 respectivamente.

5.1.1. Los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales

Los 4 Convenios de Ginebra ratificados por Guatemala en 1945 contienen lo siguiente:

“a) Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, 12 de agosto de 1949: Confiere protección a los combatientes



heridos y enfermos, al personal que asiste, los edificios en los que son alojados y el material que utilizan. Regula el uso del emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

b) Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949): Amplía la protección a los combatientes náufragos y establece las condiciones en que deben ser asistidos.

c) Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949): Confiere protección a los miembros de las fuerzas armadas que son hechos prisioneros. Estipula las normas de trato, los derechos y las obligaciones de la Potencia detenedora.

d) Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, Establece las normas de protección de la población civil, en particular el trato debido a las personas civiles en territorio ocupado, los civiles privados de libertad y la ocupación en general".⁴⁸

Como puede inferirse, los Convenios de Ginebra, son el marco de protección fundamental, relacionada a derechos humanos, para las personas combatientes y no combatientes que se ven inmersas dentro de un contexto bélico.

Los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, contienen lo siguiente:

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 17.



“a) Protocolo adicional primero relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del ocho de junio de 1977, amplía la protección conferida a personas civiles y limita los medios y métodos de hacer la guerra.

b) Protocolo adicional segundo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del ocho de junio de 1977, contiene las garantías fundamentales para las personas que no participan en las hostilidades durante un conflicto armado no internacional, y regula normas para la protección de las personas civiles, así como de sus bienes e instalaciones esenciales”.⁴⁹

Los protocolos adicionales, son cuerpos legales que amplían los derechos de protección con énfasis a las personas civiles, no beligerantes, que se ven afectadas por las guerras.

5.2. Aplicación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y protocolo adicional dos, que se refiere a la protección de las personas en conflictos armados internos

Debido a que en Guatemala ocurrió un conflicto armado interno y que la mayoría de víctimas de graves violaciones a derechos humanos, incluyendo la violación sexual, fueron civiles, es importante abordar el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y protocolo adicional dos que se refiere a la protección de las personas en conflictos armados internos.

⁴⁹ **Ibid.** Pág. 17.



Para tales efectos, es necesario partir de la definición de conflicto armado interno: “El conflicto armado interno es sinónimo de guerra civil, en el diccionario de Derecho internacional de conflictos armados, un conflicto armado no internacional se caracteriza por el enfrentamiento entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes o rebeldes”.⁵⁰

La definición que actualmente se aplica es la del Artículo 1 del protocolo adicional dos de 1977, que establece “Es un conflicto que tiene lugar en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo”.

De la anterior definición, se desprenden los siguientes elementos constitutivos:

- “a) El conflicto tiene lugar en el territorio de un Estado;
- b) Se oponen las fuerzas armadas o a grupos armados que no reconocen su autoridad; Estas fuerzas y estos grupos armados deben estar bajo el mando de una autoridad responsable;
- c) Deben ejercer un dominio sobre una parte del territorio de dicho Estado que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar las

⁵⁰ Verril, Pietro. **Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados**. Pág. 26.



disposiciones de derecho humanitario del protocolo dos”.

En ese sentido no cabe duda que en Guatemala ocurrió un conflicto armado interno y que por ello, el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el protocolo adicional dos le son aplicables.

5.2.1. Sistema de protección del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

El derecho internacional humanitario se basa en el principio de la inmunidad de la población civil. Las personas que no participan en las hostilidades no deben ser atacadas; por el contrario, deben ser respetadas y protegidas. En los conflictos armados internacionales la protección a las personas se regula por disposiciones específicas contenidas en el cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional uno de 1977.

En los conflictos armados no internacionales, la protección a las personas civiles se da en virtud de lo dispuesto en el Artículo tres común a los cuatro convenios de Ginebra y en el protocolo adicional dos de 1977.

El Artículo 3 común de los convenios de Ginebra, dispone: “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: Las personas que no participen directamente en

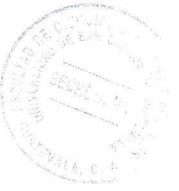


las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.”

A este respecto, de conformidad con el Artículo 3 común de los convenios de Ginebra, se prohíbe en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- “a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Derivado de lo anterior, puede inferirse que todo atentado contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, como puede ser la violación sexual,



no está permitido, durante un conflicto armado interno como el ocurrido en Guatemala, en tal virtud, estos hechos deben ser investigados, enjuiciados y sancionados.

5.3. Sistema de protección del protocolo adicional 2, que se refiere a la protección de las personas afectadas por un conflicto armado no internacional

El protocolo, desarrolla y completa el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

El protocolo adicional 2 tiene mucha relación con los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Por instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos derivados de ésta, en particular lo relativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención sobre el Genocidio o la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, invocadas a menudo en las situaciones de conflicto armado no internacional, y más recientemente la Convención contra la Tortura.

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales tienen la misma finalidad que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, que es la protección de la persona humana. En el considerando número 3 del protocolo 2, se encuentra el



objetivo fundamental del protocolo referido que es el de “garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados”.

El título 1 del protocolo adicional 2, que corresponde al ámbito de aplicación, indica en el artículo 1, “el presente protocolo desarrolla el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y que es aplicable a todos los conflictos armados que no estén contemplados por el artículo 1 del protocolo adicional 1, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”.

Establece el Artículo 2 del referido protocolo, lo siguiente: “el presente se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo, a todas las personas afectadas por un conflicto armado.” Las personas que se ven afectadas por un conflicto armado se ven beneficiadas por el protocolo, estén donde estén dentro del territorio que se encuentra en conflicto.

En el título 2 del referido protocolo, se establece lo concerniente al trato humano, indicando que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respete su persona, honor, convicciones y prácticas religiosas. Esta normativa determina, que no puede existir en ningún tiempo ni lugar algún atentado contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en consecuencia



se prohíbe toda práctica de tortura, genocidio, castigos colectivos, toma de rehenes, actos de terrorismo, la violación, la prostitución forzada, que son actos que van en contra de los derechos más elementales de la persona.

Indica el Artículo 4 del Protocolo, que las personas privadas de libertad por motivos del conflicto armado que se ha originado, recibirán el mismo trato que la población local, entiéndase alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto.

Entre las personas privadas de libertad no solamente se encuentran los detenidos sino también los heridos y enfermos, a los cuales se les debe de prestar los cuidados ya sean individuales o colectivos. En el ámbito del conflicto no internacional, todos los heridos, enfermos y náufragos, deben ser respetados y protegidos, tratados humanamente y asistidos médicamente, sin discriminación alguna, de conformidad con los Artículos 7 y 8 del Protocolo. Se debe entender que la protección de los heridos, enfermos y náufragos es una exigencia humanitaria fundamental.

En el título 4, se establece lo relativo a la población civil, aquí se estipula que gozan de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, no podrán ser objeto las personas civiles de actos de violencia que tengan como finalidad causar temor en la misma, esto está regulado en los Artículos 13, 14 y 17 del Protocolo.



Derivado de lo anterior, es pertinente concluir que si de conformidad con los informes de verdad, en Guatemala las víctimas de hechos de violación sexual, fueron mujeres mayas, la mayoría civiles, y otras, en menor proporción fueron mujeres combatientes la mayoría ladinas o mestizas que sufrieron violación sexual cuando se encontraban privadas de libertad, las normas aplicables son las contenidas en el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional 2 que se refiere a la protección de las personas en conflictos armados internos.

5.4. Para el encuadramiento de los hechos de violación sexual a la norma contenida en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, es necesario un análisis e interpretación desde la perspectiva de los principios y doctrina de los derechos humanos, así como del estándar establecido por los estatutos, declaraciones y sentencias de los Tribunales Penales Internacionales, en la materia, condensado en el Estatuto de Roma

La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene tres normas importantes para efectos de la aplicación de las normas de derechos humanos en general y del derecho internacional humanitario en particular, a continuación se transcriben:

“Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés



particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”

“Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

“Artículo 149. De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”

Esas normas son relevantes, debido a que están en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual contiene las normas fundamentales que rigen el ordenamiento interno, en ese sentido, son coherentes con principios del derecho internacional, y deben regir en la aplicación de los derechos humanos no explícitos en la propia constitución, tales como los derechos relativos al derecho internacional humanitario y para ello, debe tenerse presente el principio de convencionalidad.



El principio de convencionalidad, se refiere a que cuando un Estado ha ratificado un tratado o convención internacional, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de dicho instrumento no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, entre las normas internas y los tratados y convenciones internacionales, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.

El fundamento de este principio deviene del derecho internacional que ha establecido que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe y no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, esto está regulado en los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En ese sentido, el Estado de Guatemala, encarnado en sus funcionarios de justicia, están obligados al cumplimiento de los Tratados suscritos por Guatemala, lo cual incluye los Convenios de Ginebra, sus Protocolos auxiliares y el desarrollo de sus normas a través de las declaraciones, estatutos y sentencias de los Tribunales Penales Internacionales y el Estatuto de Roma por condensar el estándar actual relacionado con el contenido sustantivo de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

A este respecto, también es necesario resaltar que la evolución de los derechos humanos es una constante, tal y como fue abordado en capítulos anteriores y que en



cuanto el marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala, a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno, encuentra asidero en la normativa interna en el Artículo 378 del Código Penal de Guatemala Delitos contra deberes de humanidad y en el ámbito internacional en los Convenios de Ginebra, en los Estatutos, declaraciones y jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y el Estatuto de Roma, a la luz interpretativa de los principios generales del derecho internacional, así como el consenso de la comunidad internacional sobre lo que constituye derecho consuetudinario.

5.5. La ausencia de descripción técnica de los delitos considerados contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento para que el Estado de Guatemala cumpla con el deber de la debida diligencia de investigar, sancionar y reparar los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno

Derivado de la impunidad prevaleciente en cuanto a los hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno en Guatemala, y que entre sus muchos elementos influyentes, se encuentra la afirmación por parte de juristas y profesionales del derecho litigantes en materia penal, de que no es posible aplicar el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco a estos hechos, por no estar contemplado expresamente el catálogo de conductas sancionables, es importante afirmar, luego del análisis realizado, que en principio, el Estado de Guatemala no puede alegar omisión en su normativa interna, para sustraerse de aplicar los compromisos asumidos en Tratados y Convenios



internacionales, de hacerlo, estaría incurriendo en grave responsabilidad ante la comunidad internacional, sobre todo, cuando se trata de normas consideradas parte del derecho consuetudinario internacional.

Además, para el momento de la comisión de los hechos de violación sexual perpetradas durante el conflicto armado interno, la violación sexual era considerada como una violación a los derechos humanos y como crimen de guerra, y además en los contextos donde se hubiere realizado de forma sistemática o generalizada también era considerada un crimen de lesa humanidad. Las sentencias de los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, así como el articulado del Estatuto de Roma, tienen un carácter declarativo de lo que ya era un consenso en la comunidad internacional respecto a la naturaleza de esos crímenes, y ese consenso no era solamente consuetudinario, sino que tenía en parte un asidero normativo en el Artículo tres común a los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Guatemala desde 1954.

Debe considerarse que por principio, los derechos humanos y los derechos humanitarios son un catálogo declarativo de derechos, que evoluciona conforme la humanidad se construye y perfecciona, esto en todo caso, también fue lo que inspiró a los legisladores guatemaltecos, al legislar una norma penal abierta que remite a los Convenios internacionales suscritos por Guatemala para la tipificación de los hechos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra.



En ese sentido, el Artículo 378 del Decreto Legislativo 17-73 Código Penal de Guatemala, es efectivamente una norma penal en blanco, en su sentido estricto, remite a normas internacionales convencionales o de carácter inderogable o de ius cogens, en donde se hallan los presupuestos de hecho; por tanto la ausencia de descripción técnica de los delitos considerados como Delitos contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento para que el Estado de Guatemala cumpla con el deber de la debida diligencia de investigar, sancionar y reparar los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno.



CONCLUSIONES

1. La revisión genealógica de la justicia transicional pone en evidencia que la misma es el resultado del pulso político del contexto donde se implemente; en Guatemala la justicia de transición incluyó los componentes de Informe de Verdad, Programa de Reparación, Justicia y No repetición. De estos componentes, aún están pendientes de aplicación plena, la justicia y la no repetición.
2. Actualmente, el estándar mínimo sustantivo y procesal, para el abordaje de la violación sexual y las distintas manifestaciones de violencia de género, en contexto de guerra, está pautado por las normas del Estatuto de Roma, que condensa los Convenios de Ginebra, sus Protocolos adicionales, declaraciones, estatutos y sentencias de los tribunales penales internacionales.
3. En Guatemala, la violación sexual de conformidad con los informes de verdad se perpetró de forma generalizada y sistemática durante el conflicto armado interno, lo cual cataloga dichas acciones como crímenes de trascendencia internacional que no prescriben y comprometen al Estado de Guatemala al cumplimiento del principio de la debida diligencia para investigar, enjuiciar y sancionar estos hechos.



4. El marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno encuentra asidero en la normativa interna en el Artículo 378 del Código Penal de Guatemala delitos contra deberes de humanidad y en el ámbito internacional el estándar mínimo, sustantivo y procesal, declarado y preceptuado.

5. En Guatemala, la ausencia de descripción técnica de los delitos considerados como delitos contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento para que el Estado de Guatemala cumpla con el deber de la debida diligencia de investigar, sancionar y reparar los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno.

RECOMENDACIONES

1. Que las agencias de justicia, cumplan con la implementación del proceso de justicia de transición de forma completa, lo cual implica investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario, cometidas durante el conflicto armado interno.
2. Que los funcionarios de justicia cumplan con el principio de convencionalidad y apliquen el estándar mínimo, sustantivo y procesal, sobre el tema de la violación sexual, pautado por las normas del Estatuto de Roma, que condensa los Convenios de Ginebra, sus protocolos, declaraciones, estatutos y sentencias de los tribunales penales internacionales.
3. Es necesario que el Ministerio Público y Organismo Judicial apliquen el principio de la debida diligencia para investigar, enjuiciar y sancionar los hechos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno, y poner fin a la impunidad prevaleciente.
4. Las agencias de justicia deben capacitar a sus funcionarios sobre el marco normativo referente para la aplicabilidad de la justicia transicional en Guatemala a casos de violación sexual perpetrados durante el conflicto armado interno.



5. La Corte Suprema de Justicia, defina como criterio jurídico penal, que la ausencia de descripción técnica de los delitos considerados como delitos contra los deberes de humanidad en el Artículo 378 del Código Penal guatemalteco, no es impedimento, para que se cumpla con el deber de la debida diligencia, en los casos de violación sexual perpetrada durante el conflicto armado interno.



BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel. **La estructura de los tipos penales y los alcances del principio constitucional de legalidad en las construcciones típicas contra el ambiente.** México: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Volumen 3, 2007.

ÁLVAREZ ASECIO, Jeannette con aportes de Luz Méndez y Brisna Caxaj. . **Peritaje de género.** Guatemala: Ed. Instituto de Estudios sobre desarrollo y cooperación internacional, 2012.

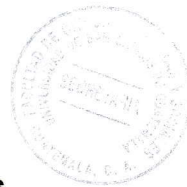
AMBOS, Kai. **Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional.** Caracas: Ed. Texto C.A., 2005.

ARDILA, Dorys. **Justicia transicional, principios básicos.** <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf> (Consultado 26/12/2013).

BENAVIDES VANEGAS, Farid Sadimir. **Justicia en épocas de transición. Conceptos, debates, modelos y experiencias.** Barcelona: Ed. Institut Cataláná per la Pau ICIP, 2010.

Comisión del esclarecimiento histórico. **Memoria del silencio.** Guatemala: Ed. Oficina para servicios de proyectos de las Naciones Unidas, Tomo 2 y 3, 1999.

Consortio Actoras de Cambio e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Rompiendo el silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado de Guatemala.** Guatemala: Ed. F&G Editores, 2007.



Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala.** Sentencia de 29 de abril de 2004.

FULCHIRONE, Amandine. **Tejidos que lleva el alma: Memoria de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado.** Guatemala: Ed. Consorcio Actoras de Cambio -ECAP/UNAMG, 2009.

[HTTP://www.unwomen.org/es/2012/09/qa-with-expert-on-criminal-courts-and-prosecuting-gender-based-violence-perpetrators-bringing-victims-in-for-their-day-in-court/](http://www.unwomen.org/es/2012/09/qa-with-expert-on-criminal-courts-and-prosecuting-gender-based-violence-perpetrators-bringing-victims-in-for-their-day-in-court/) (Consultado 12/12/2003).

[HTTP://derecho.la.guia.2000.com/derecho-penal/leyes-penales-en-blanco#ixzz2Hi9KVJzD](http://derecho.la.guia.2000.com/derecho-penal/leyes-penales-en-blanco#ixzz2Hi9KVJzD) (Consultado 14/10/2013)

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general.** España: Ed. Tirant lo Blanch, cuarta edición, 2000.

NARAGHI ANDERLINI, Sanam, Camille Conaway Pampell y Lisa. Kays. **Justicia de transición y reconciliación.** <http://internationalalert.org/sites/default/files/library/TKTransitionalJustice.pdf> (Consultado 26/12/2013).

NONO, Thomaz. **Respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Guía práctica para los parlamentarios.** Suiza: (s/e), 1999.

Organización de las Naciones Unidas. **Violencia contra las mujeres indígenas en Guatemala.** Guatemala: Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 2007.

Secretario General de las Naciones Unidas. **El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.** Estados Unidos: (s/e), 2004.



SWINARSKI, Christophe. **Introducción al derecho internacional humanitario**. San José, Costa Rica: Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (s/e), 1984.

TEITEL, Ruti G. **Genealogía de la justicia de transición**. Estados Unidos, Universidad de Cambridge, publicado en Harvard human rigths journal, 2003.

VERRIL, Pietro. **Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados**. Colombia: (s/e), 2002.

WISEUR SELLER, Patricia. **Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: La importancia de los derechos humanos como medio de interpretación**. Ensayo. <http://www.fmyv.es/ci/es/DH/19.pdf> (Consultado 27/12/2013).

Women's Link Worldwide. **Crímenes de género en el derecho penal internacional**. Argentina (s/e), 2010.

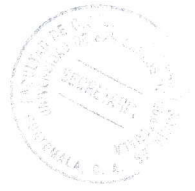
Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 1978

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas, 1948

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.



Convenios de Ginebra. Comité Internacional de la Cruz Roja. 1949

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Organización de Naciones Unidas. 1979

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Organización de Estados Americanos. 1994

Estatuto de Roma. Organización de Naciones Unidas. 2002

Ley de Reconciliación Nacional Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 145-96, 1996.

Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Comité Internacional de la Cruz Roja. 1949