

**INFORME EN DERECHO SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE LA
SEGUNDA FISCALÍA PENAL SUPRAPROVINCIAL EN EL CASO
DE LAS ESTERILIZACIONES INVOLUNTARIAS REALIZADAS
EN EL PERÚ DURANTE LOS AÑOS 1996 A 1998**

ELABORADO POR LA

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO
DE LA FACULTAD DE DERECHO - SECCIÓN PENAL

Y EL

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

I. LEGITIMIDAD DE LA PRESENTACIÓN DE UN INFORME EN DERECHO O AMICUS CURIAE.

La Sección Penal de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) de la misma universidad han realizado un informe jurídico-penal sobre la investigación llevada a cabo por la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial en el caso de las esterilizaciones involuntarias practicadas en el Perú durante los años 1995 a 1997. Este informe es el resultado de una investigación académica aplicada que pretende exponer tres temas de suma relevancia para la configuración de un marco teórico necesario que permita evaluar la responsabilidad penal de los funcionarios superiores que diseñaron, impulsaron y ejecutaron la política de planificación familiar, en especial, la política de esterilizaciones quirúrgicas llevadas a cabo en el Perú durante los años 1996 a 1998 y aplicadas a mujeres de zonas rurales pobres y quechua hablantes del país. Se trata de los temas siguientes:

- La calificación penal interna de los actos de esterilización quirúrgica, practicados por personal del Ministerio de Salud a mujeres peruanas sin su consentimiento válido, así como la relevancia penal de aquellos casos en los que se produjo la muerte de algunas de ellas como consecuencia de dicha intervención.
- La posibilidad de utilizar la categoría de la autoría mediata por dominio de organización para considerar la imputación penal de los hechos antes descritos a los funcionarios superiores responsables de la implementación y ejecución de la política de esterilizaciones quirúrgicas llevada a cabo en el Perú durante los años 1996 a 1998: Presidente de la República, ministros de salud, jefes del programa de planificación familiar, directores regionales de salud, directores de establecimientos de salud, etc.
- La calificación de los hechos como un crimen de lesa humanidad y las consecuencias persecutorias y de investigación que se derivan de tal carácter.

En la línea propuesta, las consideraciones que justifican un documento de esta naturaleza provienen del carácter que asumen la doctrina penal y la jurisprudencia en el derecho contemporáneo en tanto criterios de racionalidad en las decisiones de los operadores jurídicos. Al mismo tiempo, su pertinencia y legitimidad están ordenadas por tratarse de criterios de racionalidad fuertemente cimentadas en normas derivadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En tal sentido, debe señalarse que el *amicus curiae* se relaciona con el derecho a la participación democrática. A diferencia de las normas que establecen potestades y competencias al interior del proceso, este derecho justifica el sentido mismo de la actividad contenciosa, en la medida en que constituye una forma de participación de la comunidad jurídica en las decisiones del sistema de impartición de justicia (Poder judicial y Ministerio Público). Este ha sido el criterio de su admisibilidad y procedencia por parte de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República en su sentencia de fecha 7 de

abril de 2009 (parágrafo 29) dado que permite que la comunidad jurídica discuta el fundamento de sus dictámenes o los fallos a la luz de los parámetros dogmático jurídicos compatibles con las garantías constitucionales. Esta última consiste en el sentido hermenéutico que la comunidad de intérpretes le ha dado a determinadas instituciones jurídicas.

Este enfoque cobra importancia ante la presencia de casos de interés público, donde el resultado afecta a la sociedad en su conjunto más allá de las partes. En efecto, mientras que en un litigio privado el resultado obtenido tras un fallo vincula, única y exclusivamente, a las partes, en un litigio donde se discute un interés público relevante (como es el caso en el cual la controversia alude al alcance del derecho a la integridad personal, a la vida y a los derechos reproductivos de un grupo de mujeres especialmente vulnerables de nuestra sociedad), indefectiblemente tendrá un impacto en el funcionamiento de las instituciones públicas y en el sentido de los derechos ciudadanos.

A efectos de dar una presentación esquemática a la consulta, hemos optado por subdividirla en los siguientes puntos:

- Breve referencia sobre los hechos
- Los pronunciamientos fiscales, especialmente el pronunciamiento de la Segunda Fiscalía Penal Supra provincial
- Las conductas penalmente relevantes y las deficiencias del pronunciamiento fiscal
- La autoría mediata por dominio de organización y la posibilidad de imputar los hechos a los funcionarios jerárquicamente superiores
- La calificación de los hechos como crimen de lesa humanidad

II. BREVE REFERENCIA SOBRE LOS HECHOS

Durante la década de los años noventa, el gobierno de Alberto Fujimori dispuso un conjunto de medidas que tenían como objetivo reducir la tasa de crecimiento poblacional. Se emitieron programas de planificación familiar que establecieron la esterilización como principal método para controlar la natalidad.

El referido método se aplicó de forma generalizada en la zona andina del Perú y determinó graves consecuencias, principalmente, para mujeres quechua hablantes y de zonas rurales.

De acuerdo con las investigaciones efectuadas por Giulia Tamayo, desde la sociedad civil, y la Defensoría del Pueblo, desde el Estado, se recuerda que el gobierno peruano incorporó, en el año 1994, la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar. Esta práctica quirúrgica se encontraba, hasta dicho año, prohibida al igual que el aborto. Con dicha incorporación se decidió rápidamente implementar y aplicar este método, estableciendo metas numéricas a nivel nacional, regional y local. Estas metas, como se evidencia en algunos testimonios, tuvieron carácter prácticamente *obligatorio*, es decir, *fueron entendidas de manera conminatoria para los ejecutores*. El riesgo de perder el puesto de trabajo por el hecho de no cumplir las metas era un supuesto de elevada probabilidad.

Esta situación de presión que se ejercía desde las altas autoridades del Ministerio de Salud determinó que un número muy elevado de mujeres quechuahablantes de zonas rurales andinas y pobres fueran esterilizadas de manera involuntaria sea bajo *presión* (visitas continuas de personal médico a los domicilios de las mujeres, generando en éstas un estado de “coacción”), sea bajo *engaño* (aprovechando otra intervención quirúrgica junto a la cual se realizaba la esterilización) o sea bajo *chantaje* (diciéndoles que en caso se nieguen a la operación, no recibirían apoyo del gobierno o podrían ser denunciadas penalmente).

En ese sentido, la investigación de Giulia Tamayo ha documentado que en el año 1995 se realizaron 21, 901 esterilizaciones mientras que en el año 1996 esa cifra ascendió a 81, 76.¹ Si bien no se precisa cuantas de ellas se produjeron de manera involuntaria, los números dan cuenta de la absoluta priorización del método quirúrgico. Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha referido, en sus tres importantes informes defensoriales (Informe N° 07, Informe N° 27 e Informe N° 69) la cantidad de 157 casos documentados sobre irregularidades en la aplicación del método (de los cuales 70 corresponden a falta de consentimiento válido).

La Defensoría del Pueblo siguió monitoreando y vigilando la aplicación del PNSRPF, de manera que en el año 2002, a través del Informe Defensorial N° 69,² sistematizó el número de esterilizaciones identificadas hasta ese momento. Estos datos evidencian la aplicación reiterada y focalizada de este tipo de método:³

Año	Número de esterilizaciones femeninas
1996	81,762
1997	109,689
1998	25,995
1999	26,788
2000	16,640
2001	11,154 ⁴
Total	272,028

Especialmente ha detectado falta de todo tipo de garantías para la libre elección del método de planificación, falta de consentimiento informado debido, entre otros factores, la presión ejercida contra las usuarias del servicio de salud (por ejemplo reteniéndoles el documento de identidad) y la tendencia compulsiva a aplicar el método de ligadura de

¹ TAMAYO, Giulia (Coord.) *Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*. Lima: CLADEM, 2000, . p. 59.

² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La aplicación de la Anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos III*. Informe Defensorial N° 69. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002,.p. 62.

³ Fuente: Informe Defensorial N° 69. Elaborado por Diana Portal Farfán.

⁴ Según información proporcionada por el Ministerio de Salud, a través del Acceso a la Información; se habrían realizado en los últimos años y a nivel nacional: 2006 - 7,722 ligaduras; **2007** – 8,530 ligaduras; **2008** – 9,995 y en el año **2009** – 11, 569. Es decir, pese al incremento de las cifras con el paso de los años; no se ha llegado a las cifras anteriores de aplicación compulsiva de los años 90, que supuso picos de **109,689** ligaduras en el año **1997**.

trompas (existencia de documentos que muestran la exigencia, en múltiples establecimientos de salud, de un número de personas esterilizadas como meta mensual).

En varios de los casos indicados, la intervención quirúrgica de esterilización presentó complicaciones durante o después de la intervención. Así, por ejemplo, luego de la operación, las pacientes no tuvieron un adecuado tratamiento post operatorio y sufrieron un agravamiento de su salud, llegando incluso a la muerte.

A efectos de ilustrar las formas cómo fue aplicado este método quirúrgico de planificación familiar presentaremos sucintamente cuatro casos emblemáticos:

• Caso de María Mamérita Mestanza Chávez

La intervención quirúrgica de María Mestanza se realizó el 27 de marzo de 1998 en el Hospital Regional de Cajamarca. Según la manifestación de su esposo, Jacinto Salazar Juárez, presentada en las Oficinas de la Delegación Policial de la Encañada-Cajamarca, María sufrió diversas presiones y hostigamiento desde 1996 por parte del Centro de Salud del Distrito de La Encañada (que forma parte del sistema público de salud), para que se esterilizara.⁵ Estos acosos incluyeron reiteradas visitas a su casa y su chacra, hasta que lograron su "consentimiento" de manera forzada. Efectivamente, recibieron así, ella y su esposo Jacinto Salazar Suárez, distintas formas de hostigamiento, que incluyeron varias visitas donde el personal de salud amenazaba con denunciarla a ella y al Sr. Salazar Suárez ante la policía, y les mencionaba que el gobierno había dado una ley conforme a la cual la persona que tuviera más de cinco hijos debería pagar una multa y sería llevada a la cárcel⁶.

Momentos previos a la operación, fue llevada a una sala donde le midieron la presión, tomaron la temperatura, pulso y la hicieron firmar un documento sin que previamente lo hubiese leído.⁷

María fue dada de alta cinco horas después de operada, aún cuando presentaba serias anomalías como vómitos e intensos dolores de cabeza. Durante los días siguientes, Jacinto Salazar informó varias veces al personal del Centro de Salud de La Encañada que la salud de su esposa empeoraba cada día, y el personal del Centro de Salud decía que esos eran los efectos post operatorios de la anestesia y que se le pasarían en los próximos días.

Sin embargo, los malestares de María aumentaron, por lo que Jacinto la llevó a la Posta Médica de La Encañada, en donde, el Dr. Martín Ormeño, responsable de la misma, le repitió lo señalado por los médicos del Hospital de Cajamarca. La salud de María se agravó

⁵ Declaración contenida en la denuncia presentada por el Sr. Jacinto Salazar ante la Fiscalía Provincial Mixta de Baños del Inca, con fecha 15 de abril de 1998.

⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N°71/03, petición 12.191, Solución Amistosa, María Mamerita Mestanza Chávez, 10 de octubre de 2003, párrafo 10.

⁷ Manifestación de Nicida Culque Tasilla, vecina de la víctima, 13 de mayo de 1998, en las Oficinas de la Fiscalía Provincial Mixta de Baños del Inca.

y murió ocho días después de la operación, el 4 de abril de 1998, a consecuencia de una infección generalizada post operatoria.⁸

• Caso de Celia Ramos Durand

La intervención quirúrgica de Celia Ramos se realizó el 03 de Julio de 1997, en el Puesto de Salud del Caserío de la Legua-Catacaos (sub región de Salud de Piura). Mónica Berrú Huamán, enfermera del puesto de salud la visitó y asedió para convencerla.⁹

La señora Baltazar Durand viuda de Ramos y Jaime Enrique Monzón Tejada, madre y esposo de la víctima, entre otros familiares, manifestaron que sólo le brindaron información sobre una clase de método anticonceptivo, la AQV, y que la víctima fue visitada alrededor de tres veces por semana por un mes entero.¹⁰

En plena operación tuvo complicaciones médicas y, al no contar la posta con los implementos adecuados para atender la crisis, fue trasladada a la Clínica de San Miguel en la ciudad de Piura (a pesar de que también existía un hospital con unidad de cuidados intensivos en Catacaos), a donde llegó inconsciente, en estado de coma y con signos de daño cerebral severo. Lamentablemente, Celia falleció el 22 de Julio de 1997.

• Caso de Leopoldina Vega Chipana

Leopoldina, analfabeta y quechuhablante, migrante en una zona muy pobre de Lima, a mediados de 1997, fue visitada en reiteradas oportunidades por personal de la Posta Médica de Viñas para que se someta a la AQV, en el que se señalaba que ésta era una operación gratuita, sencilla, no le dieron información de otro método anticonceptivo. El 19 de junio de 1997, ella junto a 3 señoras de su comunidad aceptaron someterse a esta operación; la obstetra encargada le hizo poner su nombre en un papel que le mostró, mas nunca le explicó de qué se trataba. Al día siguiente la llevaron al Hospital Bravo Chico, donde habían varias mujeres esperando ser operadas. La señora Leopoldina al ver a una de sus vecinas con dolores y sangre se asustó, por lo que quiso salir de la sala de espera, pidió a una de las enfermeras su ropa, pero le dijo que al haber “firmado” ya no podía salir. Luego, cuando se encontraba en la camilla de operaciones, insistió en no ser operada; sin embargo, personal médico la obligó a operarse, incluso amarraron sus brazos a la camilla, y la anestesiaron. Cuando despertó ya había sido esterilizada, la llevaron con las otras señoras y le dijeron que podían regresar a sus casas. Leopoldina tuvo fuertes dolores luego de la operación, su esposo no sabía que ella se había sometido a esta operación, por lo que solicitó apoyo a la Posta Médica y amenazó con denunciarlos, tras lo cual fue atendida.

⁸ El Certificado de Defunción de María Mamerita se encuentra en el Anexo N° 4 de la Denuncia.

⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. Casos Investigados por la Defensoría del Pueblo*. Serie de Informes Profesionales N° 7. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, p. 48

¹⁰ Manifestación de José Lazaro Yamamuque Zapata, testigo presencial de estos hechos, del 14 Agosto de 1997, ante el instructor en la Sección de Policía del Ministerios Público, Piura; y Manifestación de Luis Napoleón CASTRO SANZ médico cirujano obstetra, del veintinueve de Agosto de mil novecientos noventa y siete ante el instructor en la Sección de Policía del Ministerio Público, Piura.

Luego de esta experiencia Leopoldina señala “no puedo trabajar, esa operación cambió mi vida, porque sintió mucho dolor por la parte donde me han operado, antes podía hacer mi cosas, ahora no; soy diferente. Me quedé traumada, tengo mucho miedo de ir al doctor, es difícil, tengo pánico de atender por todo lo que pase en esas fechas. Luego de la operación yo me arrepentí mucho haber sometido, porque me quedé traumada. Cuando camino mucho me adormece a la pierna; voy al doctor y me dice que no tengo nada”¹¹

- **Caso de Victoria Vigo**

Otro caso emblemático que puede ilustrar uno de los *modus operandi* de esta práctica extendida¹² es el de la señora Victoria Vigo. Esta señora de 35 años de edad, fue esterilizada el 23 de abril de 1996 en el Hospital Regional Cayetano Heredia de Piura. La citada señora fue intervenida por parto distócico, y le ligaron las trompas sin ninguna autorización para ello. La señora V.E.V.E. ingresó por emergencia al mencionado nosocomio, ya que presentaba malestares, presumiblemente relacionados con su embarazo. Tenía 33 semanas de gestación. El parto distócico fue atendido por el Dr. Angulo Silva, quien además de practicarle una cesárea, le ligó las trompas sin ninguna autorización. El niño nacido prematuramente falleció unos días más tarde. Enterada de que había sido esterilizada sin su consentimiento, la señora V.E.V.E. denunció al mencionado médico por delito contra la vida, el cuerpo y la salud; asimismo, afirmó no haber autorizado en la ligadura de trompas.

III. PRONUNCIAMIENTOS DE LA FISCALIA

3.1 Antecedentes

Sin perjuicio de las denuncias que en su momento se formularon contra los médicos que conocieron alguno de estos casos y que han sido archivados por prescripción, el Ministerio Público también ha tenido pronunciamientos de archivamiento de denuncias que se han formulado contra los responsables superiores de la política de esterilizaciones impuesta, en múltiples casos, sin el consentimiento de las pacientes. Estos últimos son los dictámenes emitidos por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Contra los Derechos Humanos de fecha 26 de mayo de 2009 y de la Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos contra los Derechos Humanos de fecha 11 de diciembre de 2009 las cuales archivaron las denuncias presentadas a raíz de las investigaciones iniciadas en el Congreso de la República sobre la aplicación de AQV en el año 2001. Este archivo implica además las denuncias presentadas por la organización no gubernamental DEMUS, la Procuraduría Ad Hoc: casos Fujimori y Montesinos y el Instituto de Defensa Legal.

¹¹ DEMUS. *Estudio para los Derechos de la Mujer. Petición contra el Estado peruano sobre esterilizaciones forzadas*, 11 de junio de 2010. pp. 29 – 31.

¹² DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Informe Defensorial N° 7. Anticoncepción Quirúrgica voluntaria I. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo*. Serie Informes Defensoriales, 1998. pp. 16 y ss.

Con relación a la investigación realizada por el Congreso de la República sobre las esterilizaciones involuntarias y que dio origen a las primeras denuncias ante el Ministerio Público, cabe señalar lo siguiente:

- El Congreso de la República, el 25 de octubre de 2001, conformó una Subcomisión encargada de investigar las denuncias sobre irregularidades en el período 1990-2000, siendo designado Presidente de ésta el congresista Héctor Chávez Chuchón.
- La Subcomisión debía pronunciarse sobre la procedencia de una denuncia constitucional contra el ex presidente Alberto Fujimori y sus ex Ministros de Salud: Eduardo Yong Motta, Marino Costa Bauer y Alejandro Aguinaga.
- El 02 de junio 2002 la Subcomisión emitió su informe final en el sentido de encontrar responsabilidad. El congresista Chávez, con fecha 09 de agosto 2002, presentó Denuncia Constitucional, N° 151, contra los antes mencionados, por Delito de Genocidio y otros. El 17 de marzo 2003, en sesión plenaria, se decidió archivar la denuncia constitucional N° 151. Sin embargo, el congresista Chávez Chuchón habría formulado, al mismo tiempo que su denuncia constitucional, una de carácter penal ante el Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los Derechos Humanos, el cual resolvió iniciar una investigación preliminar sobre genocidio y otros delitos con fecha 27 de enero 2003.¹³
- Ante el archivo de la denuncia constitucional N° 151, la congresista Dora Núñez Dávila formuló una nueva Denuncia Constitucional N° 269, presentada el 13 de agosto de 2003. En la misma, se denuncia al ex presidente Fujimori y a sus ministros por los delitos de lesa humanidad en la modalidad de tortura; lesiones graves seguidas de muerte; secuestro; y asociación ilícita para delinquir.
- La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, con fecha 9 de diciembre 2003, declaró procedente la Acusación Constitucional en los términos planteados en la denuncia No. 269. El 14 de diciembre 2005, el entonces Presidente del Congreso de la República, Marcial Ayaipoma Alvarado, remitió a la Dra. Adelaida Bolívar, Fiscal de la Nación, entre otras denuncias constitucionales, la No. 269 toda vez que había caducado el beneficio del antejudicio político.
- A raíz de la denuncia del ex congresista Chávez Chuchón antes mencionada, se inició una Investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Especializada en delitos contra los derechos humanos en agosto de 2002; dando origen al Expediente 18-2002. Los delitos denunciados eran: contra la libertad individual; la vida, el cuerpo y la salud; contra la administración de justicia; asociación ilícita para delinquir y genocidio; acumulando además la denuncia de la congresista Nuñez Dávila, por los delitos: de lesa humanidad en la modalidad de tortura; lesiones graves seguidas de muerte; secuestro; y asociación ilícita para delinquir.
- Esta investigación contó en su momento con XXIV tomos, videos e información importante recabada a nivel de la investigación del Congreso, que fue enviada en julio de 2006. Cuenta además con un escrito presentado por el Movimiento Amplio de Mujeres, adjuntando “un listado de 120 mujeres esterilizadas

¹³ Informe suscrito por el Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los derechos humanos de fecha 7 de agosto 2007. Citado en: BURNEO José. *Informe Jurídico sobre esterilizaciones forzadas. Perú 1996 – 1998*. Lima: DEMUS y CLADEM, 2008., pp. 6 y 7.

aparentemente en contra de su voluntad” de comunidades del Cuzco. Asimismo, realizó diversas diligencias para recibir declaraciones de personas afectadas por el PNSRPF; así como de personal médico involucrado, en Piura, Sullana, Chiclayo, Trujillo, Cajamarca, Cuzco, Lima; y reunió documentación necesaria para las investigaciones, como Historias Clínicas de las zonas mencionadas.

- En agosto de 2007, esta investigación contaba con una relación de nombres de 1,005 mujeres presuntamente agraviadas de las distintas comunidades del Cusco¹⁴. El expediente cuenta con la documentación de los casos investigados por CLADEM y por la Defensoría del Pueblo; las mismas que señalan la envergadura de los hechos, las características de las personas afectadas y la forma como se desarrolló esta política pública de esterilizaciones.
 - Además de las pruebas documentales, cuentan con importantes testimonios; cabe señalar que la propia Fiscalía dispuso una serie de viajes a nivel nacional para recabar información. Como señala la Dra. Rojas, ex Fiscal adjunta del caso: “Las declaraciones de las agraviadas eran bastante contundentes. Además, el mismo personal médico entrevistado confirmaba las versiones de las agraviadas. Las madres habían sido coaccionadas para operarse. Les decían que el gobierno las iba a multar, que no iban a recibir alimentos, que si tenían más de dos hijos iban a llevar presos a sus maridos. Se mencionó que hacían eso porque de lo contrario no iban a ser contratados”¹⁵.
 - Asimismo, en el expediente de la investigación se cuenta con documentación que indica el establecimiento de cuotas, la supervisión del cumplimiento de las mismas desde las más altas autoridades del Ministerio de Salud, y cartas informándole sobre el proceso al ex presidente Fujimori¹⁶. Otra información importante, son los testimonios de algunos directores regionales que confesaron que en dos oportunidades se reunieron con Fujimori y sus ministros de salud para exponerles los logros a favor de la ligadura de trompas.
 - La investigación fiscal, que se inició en el año 2002, se pronunció el 26 de mayo de 2009, declarando el ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO de la denuncia. La resolución señala que los hechos denunciados no configuran delito de genocidio ni de tortura y que los delitos enmarcados en el Código Penal nacional no se habrían configurado¹⁷ o estarían prescritos.

¹⁴ Informe de la Fiscalía Especializada en delitos contra los Derechos Humanos, 07 de agosto de 2007.

¹⁵ Noticia publicada en el diario El Comercio, 27 de enero de 2009, cuyo titular fue: *Ellas marchan contra el olvido*.

¹⁶ Oficio N° SA-DM-0289/97 del 21 de marzo de 1997; Oficio N° SA-DM-331/97 del 03 de abril de 1997; Oficio N° SA-DM-0451/97 del 14 de mayo de 1997; Oficio N° SA-DM0544/97 del 06 de junio de 1997; Oficio N° SA-DM – 0722/97 del 10 de julio de 1997; y Oficio N° SA-DM-0118/97 del 06 de agosto de 1997. Documentos que forman parte del “Examen Especial al Programa de Planificación Familiar de la Dirección General de Salud de las Personas del Ministerio de Salud – INFORME N° 018-2003-2-0191-EE-OECNTS-IG/MINSA.

¹⁷ En el caso del delito de Coacción, el Fiscal señala que este delito se configuraría solo cuando se emplea amenaza o violencia; que ni el hostigamiento, ni el engaño, ni el acoso constituyen medios para cometerlo; así en el caso de Mamérita Mestanza Chávez, se señala que la amenaza de multa o prisión a la que fue sometida la víctima, *solamente constituyen expresiones verbales que no revisten la idoneidad o capacidad de constituir un mal inminente para la parte presuntamente coactada y así generar la anulación de su voluntad* (Auto de archivo del 26 de mayo de 2009, página 22). De esta manera, el fiscal no considera que la mayoría de mujeres afectadas fueron quechuhablantes, de escasos niveles educativos y pobres; en las que el hecho de que un representante del

- La denuncia antes mencionada involucraba a 2,074 agraviadas, entre las que se encontraban 18 fallecidas.
- Frente a ello, el 29 de mayo de 2009, DEMUS, presenta una QUEJA de derecho sobre el archivo; señalando que la resolución deja de lado que, por las características antes señaladas, los hechos denunciados configuran graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres; y delito de lesa humanidad en la modalidad de esterilización forzada¹⁸; lo cual hace que sean imprescriptibles y que deban ser sancionados los responsables directos como indirectos. Desde el ámbito nacional se señala que se habrían cometido delito de Lesiones graves¹⁹.
- Asimismo la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado para casos Fujimori y Montesinos, presentó otra QUEJA²⁰ por el archivo, señalando se había corroborado la planificación desde las más altas esferas del gobierno porque se llevaron a cabo reuniones con presencia del ex presidente Fujimori, Ministros de Estado y Directores de Salud en Ancón Pachacamac, las que tenían como propósito privilegiar el método definitivo. De otro lado señala que no se ha tomado en cuenta que el personal médico era incentivado para llevar a cabo estas intervenciones, existía como política gubernamental “el incentivo”.
- El 11 de diciembre de 2009, habiendo transcurrido 07 años de investigación, la segunda instancia, en atención a las quejas presentadas, archivo el caso definitivamente.

En esta última resolución, la Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos contra los Derechos Humanos señaló que:

- Las esterilizaciones realizadas sin consentimiento, no constituyen lesiones dolosas (graves), sino más bien, lesiones imprudentes.
- De igual manera, afirmó que las muertes producidas como consecuencia de dichas intervenciones quirúrgicas no voluntarias, fueron causa de un actuar negligente o imprudente, pero no doloso. De acuerdo a lo señalado por el representante del Ministerio Público en el Dictamen de archivamiento analizado, para que las lesiones sean consideradas dolosas, y por ende, graves, es necesario que se cometan con “*animus vulnerandi*”.
- El Ministerio Público igualmente consideró que las lesiones inferidas no se llevaron a cabo de manera generalizada o sistemática sino que se trataron de actos aislados.

Ministerio de Salud, les señale la posibilidad de ir a la cárcel o pagar una multa supone ejercer un contexto de amenaza real para ellas, tal como sucedió en el caso de la señora Mestanza.

¹⁸ DEMUS, en noviembre de 2008, presentó en proceso de investigación un Informe Jurídico señalando que los casos investigados se enmarcarían en el delito de esterilización forzada como lesa humanidad; por tanto el Fiscal, en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA, debía enmarcar las investigaciones considerando esta figura del marco jurídico internacional.

¹⁹ El Código Penal de 1991 establece en su artículo 121 inciso 2 que constituye delito de Lesiones graves, el causar a otro un daño grave en un órgano principal del cuerpo que lo haga impropio para su función. Tal como ha ocurrido, en los casos de esterilizaciones con la voluntad viciada, en donde se afecta directamente el aparato reproductor femenino.

²⁰ Queja a fojas 29697 del expediente 18 – 2002.

A partir de los presupuestos antes descritos, el Ministerio Público concluyó que en el presente caso se habría cometido los delitos de lesiones de estructura culposa o delitos de lesiones con resultado negligente o fortuito. La consecuencia es que en casi todos los casos operó la prescripción de la acción penal, archivándose las denuncias respectivas.

Recientemente, luego de reabrirse una nueva investigación fiscal, la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial, a cargo del Fiscal Marco Guzman Baca, emitió la resolución de fecha **22 de enero de 2014** mediante la cual decidió archivar nuevamente las denuncias por este mismo caso. Si bien esta fiscalía pretende superar algunas de las distorsiones e insuficiencias de las resoluciones anteriores reitera, de manera equivocada, varios argumentos inaceptables desde el Derecho penal, el Derecho penal internacional y desde el marco de nuestro Estado constitucional. Veamos entonces primero los pasajes más graves de la resolución fiscal para luego plantear nuestra posición sobre la calificación penal de los hechos (punto IV), la posibilidad de utilizar la categoría de la autoría mediata por dominio de organización para imputar a los funcionarios jerárquicamente superiores del Ministerio de Salud (punto V) y sobre la calificación de los hechos como crimen de lesa humanidad (punto VI).

3.2 La Resolución Fiscal de fecha 22 de enero de 2014 de la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial

La mencionada resolución fiscal contiene una serie de aspectos y argumentaciones que merecerían una multiplicidad de comentarios críticos que desbordarían los límites de un informe como el presente. En ese sentido, nos limitaremos a comentar tres aspectos tratados por el fiscal Guzman Baca y que denotan las graves deficiencias de su resolución para abordar la complejidad de crímenes de sistema como puede ser el caso de las esterilizaciones involuntarias practicadas en el Perú durante los años 1996 a 1998.

3.2.1 Con relación a la calificación penal de los actos de esterilización involuntaria y actos conexos

La resolución fiscal analiza las denuncias con relación a un amplio marco de imputaciones. Así se analizan los hechos a partir de la imputación por los delitos de secuestro y coacción, lesiones graves seguidas de muerte, homicidio culposo, exposición de personas a peligro, encubrimiento y omisión de denuncia, incumplimiento de funciones y delitos contra la administración pública. En el extremo final de la resolución, el fiscal determina no haber lugar para la formalización de la denuncia por estas imputaciones (con excepción de la imputación por homicidio culposo a determinados médicos en particular), ordenando el archivo de todas ellas.

Nos interesa en este informe analizar el razonamiento fiscal que desestima principalmente dos de estas imputaciones (lesiones graves dolosas y homicidio doloso) y que afectan no sólo al personal médico que llevó a cabo tales intervenciones quirúrgicas sino a los funcionarios superiores responsables de la política de esterilizaciones del Ministerio de Salud. Ello incluye el análisis de una eventual imputación al ex presidente Alberto Fujimori,

a pesar de las dificultades que plantea la necesidad de contar, previamente, con una ampliación de la extradición por parte de Chile.

Sobre las lesiones graves dolosas la resolución fiscal dice lo siguiente:

“(…) las lesiones graves se cometen con "animus vulnerandi", o sea que hay intención de causar efectivamente una lesión grave, entonces será a título de dolo; caso contrario, será por culpa, o sea por negligencia, imprudencia o impericia "no existe dolo"; por lo que, la intencionalidad como elemento constitutivo del delito de lesiones se configura en la calidad de agresividad, materializado con la conducta del agente que ocasionó la lesión grave (...). Que, en el caso materia de la presente investigación, lo que efectivamente habría sucedido es que se cometieron Lesiones Culposas y lesiones con resultado fortuito en algunos casos, y en otros Homicidios por Negligencia, sin embargo en ningún caso estas lesiones han sido inferidas de manera generalizada ni sistemática, si no por el contrario, son casos aislados, y en número reducido si se tiene en cuenta el universo de usuarias que accedieron al servicio de AQV; quedando plenamente establecido que no se ha tenido la intención criminal, dolosa y consciente de haber querido causar lesión grave a mujer alguna sometida a la intervención quirúrgica de la ligadura de trompas, pero lo que sí habría existido es negligencia por parte de algún personal médico y otros servidores de la salud que participó en las intervenciones quirúrgicas, dado que, no se cumplieron con muchos puntos del Manual de Procedimientos de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria -AQV- como que en algunos casos las pacientes no habrían recibido evaluación pre-operatoria completa; en otros, no se les hizo el seguimiento post-operatorio correspondiente (...), entre muchas otras deficiencias, pero que de ningún modo hubo la deliberada intencionalidad de querer matar o lesionar gravemente a las agraviadas (...)”

Queda claro, entonces, que para el fiscal las esterilizaciones sometidas a una multiplicidad de mujeres, especialmente de la zona andina del Perú, en contextos de presión, engaño, o chantaje (es decir no consentidas válidamente) no constituyen lesiones dolosas graves, sino lesiones imprudentes o meramente negligentes. Igual consideración ocurre con las muertes subsecuentes, ocurridas en algunos de los casos luego de la práctica de estas esterilizaciones. Es decir tales muertes han sido consideradas igualmente actos negligentes o meramente imprudentes.

Con relación al **delito de secuestro** y especialmente de **coacciones** el fiscal, luego de explicar el alcance de estos dos tipos penales, desarrolla una especial, pero muy cuestionable, interpretación del contexto en el que se produjeron los casos de esterilizaciones forzadas. Esta interpretación de los hechos le permite sostener, no solo que tales hechos no se subsumen en el delito de coacción ni en el delito de secuestro, sino que los actos generalizados de esterilizaciones en las zonas afectadas no fueron involuntarios o forzados. Veamos el desarrollo de su argumentación:

“ la amenaza debe ser el anuncio de tener el propósito de causar un mal a otra persona; dicho de otro modo , la amenaza es aquella acción que debe producir en el sujeto pasivo un temor o compulsión, por lo que, se ve obligado a obedecer al agente realizando una conducta que éste le indica; y que el temor debe ser consecuencia de una amenaza suficientemente idónea acerca de un mal inminente y la violencia física, debe ser suficientemente marcada para generar la anulación de la voluntad de la víctima , quien se ve obligada a realizar una conducta no querida ; que, siendo la amenaza o la violencia los medios para cometer el delito de coacción; que en las investigaciones se ha encontrado algunos indicios de que en algunos centros poblados rurales terceras personas ajenas a las denunciadas, pudiesen haber ejercido algún grado de presión para convencer que se realizara el AQV, sin embargo no se ha encontrado indicio de que este haya tenido algún elemento contundente que sea suficiente para quebrar la voluntad de las personas, además debe señalarse que en la denuncia se hace mención a la utilización del engaño por parte de los agentes , no constituyendo este un medio para cometer el delito de coacción.

Así, en la Solución Amistosa , punto 111 de los hechos, se alega que doña María Mamérita Mestanza Chávez, fue objeto de acoso desde 1996 por parte del Centro de Salud del Distrito de La Encañada, que forma parte del sistema público de salud, para que se esterilizara; además que tanto ella, como su esposo Jacinto Salazar Suárez fueron objeto de distintas formas de hostigamiento, igualmente el personal de Salud los amenazó con denunciarlos ante la policía, al mismo tiempo que se les mencionaba que el gobierno había dado una ley conforme a la cual la persona que tuviera más de cinco hijos debería pagar una multa y sería llevada a la cárcel, por lo que bajo coacción se logró el consentimiento de la señora Mestanza Chávez, para ser objeto de una operación de ligadura de trompas; Que, así narrados los hechos es menester diferenciar el modo o uso de las palabras como: acoso , amenaza, coacción, engaño y hostigamiento , dado que éstas pueden ser empleadas en forma coloquial o de conversación de dos o más personas de manera informal y aliviada; en tanto , que en su sentido jurídico varía cuando se las utiliza para imputar, atribuir o inculpar a alguien respecto de la presunta comisión de un delito (...) en tal sentido , ni el acoso , ni el hostigamiento , ni el engaño constituyen medios para cometer el delito de coacción ; y que la amenaza de multa o prisión conforme el aludido Informe de Solución Amistosa, solamente fueron expresiones verbales que no revisten la idoneidad o capacidad de constituir un mal inminente para la parte presuntamente coactada, y así generar la anulación de la voluntad de la víctima; consecuentemente, no se dan los elementos constitutivos del delito de Coacción, que las conductas imputadas no resultan típicas del ilícito imputado , no obstante, el acoso o presión supuestamente ejercida (...); Por tanto se concluye, no formular denuncia penal contra los investigados, en cuanto a este delito”

Como puede evidenciarse, la resolución fiscal excluye infundadamente la imputación por coacción en razón que el tipo de amenazas de las cuales fueron objeto las víctimas no fueron idóneas o adecuadas para anular la voluntad de éstas. Es decir, amenazar a mujeres pobres, de zona rural andina, quechua -hablantes con el hecho de aplicarles una multa o

con ser sujetas a penas de prisión son expresiones coloquiales, informales o “aliviadas” que no tienen la contundencia para doblegar su voluntad y ser sometidas a una intervención médica. Igualmente ocurre con el engaño. Si bien éste medio no es, efectivamente, un elemento de la coacción, sí puede ser un mecanismo que vicie cualquier supuesto consentimiento de las víctimas, más aún considerando el perfil mayoritario de las víctimas, el contexto y considerando el impacto cultural desde una perspectiva intercultural y de derechos humanos.

3.2.2 Con relación a la negación de la imputación sobre la base de la autoría mediata por dominio de organización.

A efectos de poder atribuir penalmente los hechos concretos de esterilizaciones involuntarias (en el entendimiento de calificarlos como delitos graves) a los funcionarios superiores encargados de diseñar y de conducir la política de esterilizaciones masivas, el derecho penal ha diseñado desde hace aproximadamente medio siglo una herramienta dogmática que permite evaluar la posibilidad de esa atribución de responsabilidades a los jefes o funcionarios superiores. Nos referimos a la autoría mediata por dominio de organización²¹. Sobre este punto, el fiscal explica cuáles son sus requisitos y porqué, en el caso concreto, no resulta aplicable para el presidente Fujimori o los ministros de estado o el jefe del programa. Sobre éstos requisitos, la resolución fiscal aglutina cuatro requisitos tradicionalmente mencionados por la doctrina y la jurisprudencia, pero les añade arbitrariamente contenidos adicionales no mencionados como necesarios por la doctrina más relevante ni por la jurisprudencia peruana más destacada. Teniendo en cuenta que la fiscalía tiene un estándar de imputación diferente que el judicial, la rigidez extrema del fiscal en el desarrollo de los referidos requisitos nos muestra su predisposición, ex ante, de desestimar la denuncia. Estos requisitos, según el fiscal, son:

El primer elemento, del **dominio de la voluntad en aparatos de poder**, es la existencia de una rígida estructura jerárquica a disposición del hombre de atrás (...). Lo relevante es que tenga la autoridad para dirigir la parte de la organización que le está subordinada, sin dejar a criterio de otros la realización del delito.

El segundo elemento, así denominada **fungibilidad** de los sujetos ejecutores (...). Se dice, que ante la negativa del ejecutor de llevar a cabo una orden impartida por el superior, el plan ni se frustra ni se impide, pues, según la funcionalidad que rige al grupo, inmediatamente otro le suplirá sin que se afecte la ejecución del plan.

El tercer elemento (...) es que el aparato de poder organizado **actúe al margen del ordenamiento jurídico**. Este requisito se sustenta, afirmándose que las órdenes ilícitas que se emiten en el seno de una organización que opera en el marco del ordenamiento jurídico (empresa por ejemplo), no tienen capacidad de generar dominio, ya que en tales casos "es de esperarse que el sujeto que recibe las indicaciones antijurídicas se siga motivando por las leyes positivas (...)".

A los tres elementos anteriores, Roxin ha agregado un cuarto criterio (...). Se trata de la **disponibilidad al hecho del ejecutor**, que genera específicamente la

²¹ Especialmente ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

organización, que consiste en la disposición o inclinación que muestra el ejecutor, para llevar a cabo la orden que recibe en una organización (...).

Más allá de las diversas equivocaciones del fiscal cuando hace referencia a la doctrinal penal²², éste desarrolla la siguiente argumentación para rechazar que en el caso de las esterilizaciones forzadas pueda imputarse responsabilidad a los funcionarios superiores sobre la base de la categoría dogmática de la autoría mediata por dominio de organización.

Si bien es cierto, que existió un aparato organizado de poder donde el Jefe de Estado, tenía el poder de mando y los Ministros de Estado y los Directores Nacionales de Salud, han sido los transmisores del poder de mando, sobre la estructura conformada por el Director de Salud de las Personas; también es cierto, que esta estructura no tuvo el carácter de estructura jerárquica rígida; asimismo, no se ha encontrado indicios razonables de que el citado Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar y el Sub- Programa AQV, haya operado de manera apartada o desvinculada del Derecho, ya que, el paquete normativo sobre PNSRPF aprobado por el gobierno central en aquel periodo, el mismo que permitió el uso del método AQV, fue promulgado previa aprobación del Congreso de la República, siguiendo el procedimiento regular (...).

Se aprecia, entonces que el fiscal rechaza esta estructura especialmente porque, según su criterio, no se cumplen dos requisitos: no existe una estructura jerárquica rígida (como lo sería la estructura militar o policial) y se trata de una organización (el Ministerio de Salud) que no está desvinculada del Derecho.

3.2.3 Con relación a la negación de los hechos como crimen de lesa humanidad

El fiscal, luego de hacer referencia al concepto de crimen de lesa humanidad, utilizando para tal efecto la jurisprudencia no vinculante y errática del Tribunal Constitucional en lugar de la codificación más clara del Estatuto de la Corte Penal Internacional, plantea el rechazo de tal calificación a los casos de esterilizaciones involuntarias que ocurrieron en el Perú entre 1995 y 1997. Veamos primero el concepto de crimen de lesa humanidad que utiliza el fiscal:

“En resumen, un acto constituye un crimen de lesa humanidad:

- Cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad;
 - Cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático
 - Cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada), promovida o consentida por el Estado; y cuando se dirige contra la población civil.
- Estas condiciones deben presentarse copulativamente”.

²² Por ejemplo no es ROXIN el que propone originalmente el elemento de predisposición a cometer el ilícito, sino el profesor alemán SCHRÖDER.

Teniendo en cuenta estos requisitos, el fiscal rechaza la calificación de crimen de lesa humanidad a los actos de las esterilizaciones sobre la base de lo siguiente:

“El programa de salud reproductiva y específicamente el método AOV, fue implementado bajo el amparo de la Ley, 26530, una Ley aprobada por el Congreso de la República siguiendo el procedimiento regular para la elaboración de las Leyes. El programa gubernamental ya mencionado, tuvo como intención real y concreta hacer posible el acceso de las mujeres de todo los estratos sociales del país, a los diversos métodos de planificación familiar existentes, y con ello, hacer factible el logro de uno de los fines del Estado, como era, resolver el problema de Salud Pública (...)

Los elementos precedentemente expuestos, hacen inferir que el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar implementado estuvo desprovisto del Dolo, esto es, de la intención criminal de esterilizar con el propósito de mutilar órganos o causar lesiones graves en las personas.

Analizado el caso que nos ocupa, tomando en cuenta los parámetros del Tribunal Constitucional, se advierte que no concurre uno de los elementos exigidos, precisamente el que es considerado como indispensable, el relativo a que el acto debe ser ejecutado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...). Siendo el caso, que en la presente investigación, no se ha encontrado ningún indicio objetivo revelador de que el ex -presidente Alberto Fujimori haya tenido conocimiento de que el Programa de. Salud Reproductiva y Planificación Familiar implementado por su Gobierno, haya tenido el propósito de llevar a cabo hechos que constituyan Crimen de Lesa Humanidad y pese a ello, con conocimiento del mismo, haya tenido la voluntad de llevar adelante dicho programa.”

IV. LAS CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES Y LAS GRAVES DEFICIENCIAS DEL DICTAMEN FISCAL

4.1. Los delitos de lesiones graves dolosas

4.1.1 Las esterilizaciones como lesiones graves

El artículo 121 del Código Penal peruano tipifica el delito de lesiones graves, y señala que la conducta típica consiste en causar a otro, daño grave en el cuerpo o en la salud. El inciso 2 de dicho artículo, señala que se considera lesión grave la mutilación de un miembro u órgano principal del cuerpo, o hacerlo impropio para su función.

El legislador peruano redactó el precepto penal de manera tal, que se entiende como bienes jurídicos protegidos: la integridad corporal y la salud de la persona. Sin embargo, lo

cierto es que cualquier vulneración a la integridad física o mental de la persona, trae como efecto inmediato una afectación a su salud personal.²³

El bien jurídico salud personal constituye un presupuesto para participar en el sistema social.²⁴ A diferencia de otros bienes jurídicos como la propiedad o la libertad de desplazamiento, aquí no se trata sólo de la tutela de una expectativa concreta de participación de dicho sistema, sino que, en el caso de delito de lesiones, el bien jurídico tutelado está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud y el sustrato material de la misma.²⁵

La salud puede ser definida como el estado en el que una persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por 'función' el ejercicio de un órgano o aparato.²⁶ En ese sentido, cualquier menoscabo o perturbación del organismo que afecte su desarrollo o equilibrio funcional, constituye un daño en la salud tipificable como delito.²⁷

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, el derecho a la salud incluye el derecho a la salud reproductiva. Esta última se encuentra orientada al proceso, la función y el sistema reproductivo en todas las fases de la vida.²⁸ Por lo tanto, cualquier actividad que menoscabe la salud reproductiva, vulnera el bien jurídico salud.

Por otro lado, (Comité DESC), en su Observación General 14, el derecho a la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud” tanto física como mental. El mismo Comité resaltó la íntima relación del derecho a la salud con otros derechos fundamentales cuando explicó que: “... el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos (...) en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes del derecho a la salud”²⁹. De esta manera, queda claro que el acceso a la información es un derecho fundamental vinculado a los derechos reproductivos de las mujeres.

²³ SALINAS, Ramiro. *El delito de lesiones en la doctrina y jurisprudencia peruana*. En: Cuadernos jurisprudenciales, suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia, Año 4 11.Nº47, Mayo 2005. p. 3.

²⁴ BERDUGO, Ignacio. *El consentimiento en las lesiones*. En: *Temas de Derecho Penal*. Lima: Cultura Cuzco Editores, 1993. p. 223-224.

²⁵ Ídem. p. 224.

²⁶ SALINAS, Ramiro. "Ob. Cit. p. 5.

²⁷ Ídem. p. 6.

²⁸ MOLINA, Aurelio. *Anticoncepción, salud reproductiva y ética*. En: *Género y salud reproductiva en América Latina*. Costa Rica: UNESP, 1999. p. 87. Disponible en: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=ZGz0IQ9jgb0C&oi=fnd&pg=PA87&dq=ligadura+de+trompas&ots=XAs03Q3l1T&sig=DbS-2aSVUib0Ug-hp1dPkzGiw2k#v=onepage&q=ligadura%20de%20trompas&f=false>

²⁹ COMITÉ SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General Nº14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 9.

La ligadura de trompas es un procedimiento quirúrgico que tiene como finalidad impedir la reproducción de la mujer, sin posibilidad cierta de revertir el resultado. Dicha intervención consiste básicamente en la obstrucción de la continuidad de las trompas de falopio, con el objetivo de impedir un nuevo embarazo; y puede ser realizada por vía abdominal (laparotomía o minilaparotomía), por laparoscopia o, inusualmente, por vía vaginal.³⁰

En la medida en que incide sobre la salud del paciente, la esterilización es subsumible, en principio, dentro de la descripción típica del delito de lesiones graves. No obstante, debemos tener presente que la salud personal es un bien jurídico de carácter individual, y por lo tanto, es fundamental la capacidad de disposición del mismo.³¹

La disposición del bien jurídico salud se ejerce mediante el consentimiento previo, libre e informado. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico permite que en estos casos, el consentimiento opere como una causa de justificación.³² Según Roxin, en los delitos de coacción, el acuerdo excluye la tipicidad; mientras que el consentimiento, solo tendría el efecto de justificación en delitos como el de lesiones.³³

Según el referido autor, el consentimiento sólo excluye la antijuridicidad. Por lo tanto, en el caso particular, el consentimiento informado del paciente convertiría la operación de ligadura de trompas en un comportamiento acorde a derecho.

El problema es cuando la intervención deja de ser voluntaria - al no tener un consentimiento previo, libre e informado- y se convierte en un hecho, además de típico, antijurídico. Generando, de esta manera, una intromisión no autorizada en la esfera jurídicamente garantizada de las mujeres víctimas del procedimiento.

4.1.2 *Las esterilizaciones como lesiones graves no consentidas*

- El consentimiento válido

El consentimiento del paciente, y con él, el deber de información por parte del médico o del personal sanitario, aparece como el pilar esencial sobre el que gira la práctica de cualquier intervención médica³⁴, especialmente cuando ésta es una intervención quirúrgica. Así lo establecieron la Ley de política nacional de población (Decreto Legislativo N° 346 de julio de 1985); la ley que modifica la ley de política nacional de

³⁰ PARRA, Guido; VERGARA, Felipe, y otros. *Modelos de consentimiento informado en ginecología y obstetricia. Una propuesta*. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 53, núm. 2, 2002. p. 147. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1952/195214303003.pdf>

³¹ BERDUGO, Ignacio. Ob. Cit. p. 228.

³² GÓMEZ, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. p. 121.

³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. 2 ed.* Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 512.

³⁴ URRUELA, Asier; ROMEO, Sergio. *Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica*. p. 37. Disponible en: <http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>

población (Ley N° 26530 de septiembre de 1995) y finalmente el artículo 4 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 (vigente desde 20 julio de 1997).

Por su parte, el Manual de Normas y Procedimientos para Actividades de AQV en su primera edición (1996), se ocupaba del Documento de Consentimiento Informado definiéndolo como la "decisión voluntaria tomada por una persona a que se le realice un procedimiento, con pleno conocimiento y comprensión de la cirugía a realizarse".³⁵

Para que el consentimiento prestado por el paciente sea jurídicamente válido, deben cumplirse una serie de requisitos. Entre ellos, la información brindada por el médico debe cumplir ciertas características: debe ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias.³⁶ Según Muñoz Conde, dicho deber de información debe ser ejercido tomando en cuenta las condiciones subjetivas del paciente, su nivel cultural, edad, situación familiar, etc.³⁷

La adecuación a las circunstancias implica no sólo tomar en consideración las características particulares del paciente, sino además las circunstancias de tiempo y lugar. Por ejemplo, no sería válido el supuesto consentimiento prestado por una persona quechua hablante, mediante la firma de un documento en castellano; o cuando una persona analfabeta accede a someterse a una operación luego de que el médico le explicó el procedimiento con expresiones técnicas, sin verificar la comprensión de la usuaria.

Deben establecerse determinados límites y garantías en la prestación del consentimiento, para de esta manera asegurar que el perjudicado o perjudicada conozca la trascendencia de su decisión.³⁸ Una garantía mínima sería dejar por escrito la información clara y el consentimiento expreso de la intervenida. Asimismo, en caso de actuaciones irreversibles sobre la salud, resulta importante dar un plazo razonable para que el paciente eventualmente pueda desistirse del consentimiento.

Por ejemplo, en la segunda edición del Manual de Normas y Procedimientos para Actividades de AQV, se estableció un período de reflexión de 72 horas contados desde el momento en que se firma el consentimiento informado y el día de la operación (aunque según las investigaciones de la Defensoría del Pueblo, la mayor parte de quejas que recibieron fueron durante la vigencia de esta segunda edición del Manual).³⁹

³⁵ Subcomisión investigadora de personas e Instituciones involucradas en las acciones de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV). "Informe Final sobre la aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV) en los años 1990-2000", 2002, p. 38.

http://www.trdd.org/PERU_Informe_Final_AQV.pdf

³⁶ STS de 03 de octubre de 1997, en: URRUELA, Asier; ROMEO, Sergio. Ob. Cit. p. 38.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 106.

³⁸ BERDUGO, Ignacio. Ob. Cit. p. 229.

³⁹ Subcomisión investigadora de personas e Instituciones involucradas en las acciones de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV). "Informe Final sobre la aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV) en los años 1990-2000", 2002, p. 40.

http://www.trdd.org/PERU_Informe_Final_AQV.pdf

- *Las esterilizaciones como lesiones graves no consentidas*

Como hemos mencionado líneas arriba, la intervención médica se estima como lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente. Sin embargo, si nos encontramos ante un supuesto de vicio de voluntad, como el error, el engaño y la fuerza, el consentimiento se torna ineficaz.⁴⁰

Como señala Montoya, si bien el engaño no es un elemento del tipo penal de coacciones, si es un elemento muy importante para viciar el supuesto consentimiento de una mujer para ser sometida a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas.⁴¹

El fiscal de la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial, como hemos mencionado, no lo ha entendido así, mostrándo un razonamiento con absoluta desatención de la realidad. En efecto, el fiscal analiza los elementos del tipo penal de coacciones y explica lo que se entiende por violencia o amenaza. Sobre este último indica que se trata de la comunicación de un mal suficientemente idóneo para obligar a la persona a hacer lo que el autor exige, es decir, para anular su voluntad. En ese sentido, las comunicaciones de una denuncia con la amenaza de ir a la cárcel o de aplicarles una multa⁴² a mujeres quechua hablantes, pobres, de escasa formación y de zonas rurales alto andinas no son amenazas idóneas para anular su voluntad. Se trataría de expresiones coloquiales, informales o “aliviadas” que no tienen la contundencia para doblegar su voluntad y ser sometidas a una intervención médica.

Con el referido razonamiento el fiscal está valorando los hechos como si las víctimas esencialmente fueran mujeres urbanas, con suficiente grado de instrucción e hispanoparlantes de origen. Sin embargo, un mínimo sentido de la realidad puede llevar a cualquier fiscal diligente a considerar que tales amenazas dirigidas a un colectivo de mujeres altamente vulnerable, con las características señaladas en el contexto, son suficientemente idóneas para considerarlas como típicamente coactivas. No debe olvidarse tampoco que se trata del contexto de un gobierno autoritario donde cualquier arbitrariedad podía producirse. Ninguna de esas consideraciones tiene en cuenta el fiscal lo que, en términos jurídicos, implica un atentado al principio de igualdad (art. 10 del CP).

En los casos bajo análisis no existe un consentimiento válido que excluya el injusto de lesiones graves. Por lo tanto, las esterilizaciones a las que fueron sometidas múltiples mujeres, entre ellas, María Mestanza, Celia Ramos y Victoria Vigo, configuran el injusto de lesiones graves. El siguiente paso consiste en analizar si los médicos actuaron con dolo o culpa (apartado V).

⁴⁰ ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 514.

⁴¹ MONTROYA, Yván. *Esterilizaciones involuntarias en el Perú en los 90s. La impunidad sistemática de los fiscales*. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/04/esterilizaci%C3%B3n.pdf>

⁴² Habría que añadir los casos en que se denuncia que algunas mujeres fueron amenazadas con no recibir las ayudas de los programas de asistencia social del gobierno

- *Las esterilizaciones como lesiones graves dolosas*

La Fiscalía considera que las lesiones producidas fueron realizadas bajo modalidad culposa. Sin embargo, el propio fundamento de su decisión y los hechos del caso, evidencian una conclusión distinta: el personal médico investigado actuó de manera dolosa.

El dolo como conocimiento

Entre todas las teorías relativas al dolo, existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la controversia. Dicho acuerdo consiste en afirmar que para el dolo no basta con la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo.⁴³

El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Es decir, por los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido.⁴⁴

En ese sentido, quien conoce el peligro concreto que genera su acción para otra persona, obra con dolo. Por el contrario, si el sujeto ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo, actúa con imprudencia.⁴⁵

En el caso concreto el personal médico no actuó bajo error, pues eran conscientes que le estaban realizando un procedimiento de ligadura de trompas a una persona; y tampoco ignoraban el peligro concreto de su comportamiento, que consistió en realizar dicha operación sin consentimiento, sin brindar una evaluación pre-operativa completa, sin contar con todos los insumos y equipos necesarios en la sala de operaciones, sin condiciones de asepsia, y sin hacer un seguimiento post-operatorio debido.

Todo ello representa un peligro concreto tanto para el bien jurídico salud, como para el bien jurídico vida de las pacientes; y al no existir un supuesto de error o desconocimiento, no puede alegarse imprudencia. Sin embargo, sí es posible imputar dolo.

De acuerdo a la teoría de los conocimientos mínimos, existen ciertos desconocimientos que sólo se entienden posibles si el sujeto padece determinados trastornos de orden psíquico o en la percepción, o si es menor de edad.⁴⁶ Por ejemplo, no es posible aceptar que una persona desconoce que sumergir a otra bajo el agua por más de media hora, sea un comportamiento que pone en riesgo su vida.

⁴³ RAGUÉZ Y VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 121.

⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General* Lima: Ara, 2004. p. 307.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ RAGUÉZ Y VALLÉS, Ramón. *Ob. Cit.* p. 380-381.

Qué conocimientos deben considerarse mínimos y cuáles, son cuestiones que, evidentemente, no pueden desarrollarse hasta el más minucioso de los detalles.⁴⁷ Sin embargo, existen ciertos riesgos básicos respecto de los cuales, no es posible aceptar que una persona responsable, adulta y con grado de socialización, desconocía. Si el sujeto reúne esas características, necesariamente conoce tales riesgos en un sistema en que el dolo se determina a partir del sentido social del hecho y no constatando realidades psíquicas.⁴⁸

No es necesario ser médico ni estar vinculado a las ciencias de la salud para saber que: (i) realizar una esterilización sin el consentimiento libre de la persona, vulnera su derecho a la salud; y (ii) llevar a cabo una cirugía sin contar con todos los implementos médicos necesarios, representa un riesgo concreto para la vida de la persona intervenida. Cualquier persona promedio manejaría esta información, y aún con mayor razón, un médico o personal de salud, por ejemplo, enfermeras.

En consecuencia, es irrelevante que el personal médico investigado alegue que desconocía los riesgos de su comportamiento, pues dicho conocimiento le es imputado.

En base a la teoría antes descrita, es posible afirmar que el personal médico que llevó a cabo los procedimientos quirúrgicos conocía el peligro concreto que generaba su acción respecto a la salud y a la vida, de las señoras Mestanza y Ramos; y pese a ello, prosiguieron con el procedimiento. En conclusión, es posible **afirmar que las personas que llevaron a cabo las intervenciones quirúrgicas aquí cuestionadas actuaron con dolo.**

El dolo como conocimiento y voluntad

Incluso bajo consideraciones tradicionales del dolo no existe duda sobre la relevancia dolosa de los hechos atribuidos. En efecto, el dolo concebido como conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo, se aprecia cuando el autor “acepta” o “se conforma con” la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico; lo cual, no significa, desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado.⁴⁹

⁴⁷ Ídem, p. 383.

⁴⁸ Ídem, p. 391-392.

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 275.

Por su parte, el elemento cognitivo se refiere a que el autor haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente al dolo.⁵⁰⁵¹ Para dicho autor, el dolo es la voluntad consciente, resultante de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica "querer" en el sentido, por lo menos, de aceptar.⁵²

Por su parte, Luzon Peña define el dolo como el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto.⁵³ Por una parte, su elemento cognoscitivo o intelectual, implica conocer los presupuestos materiales de la prohibición penal, es decir, todos los datos y circunstancias que fundamentan la antijuridicidad (penal, y por ello tipificada).⁵⁴ Por otra parte, el elemento volitivo del dolo, sea como intención directa sea como aceptación, unido a ese conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo, supone, en comparación con la imprudencia, el mayor grado de "desvalor de la acción".⁵⁵

Las esterilizaciones involuntarias como lesiones dolosas

De esta manera, queda absolutamente descartada la tesis de la fiscalía. Bajo cualquier forma de comprensión del dolo, consideramos que el personal médico no actuó con culpa o imprudencia, sino con dolo directo.

⁵⁰ Fundamento Jurídico 3.a de la Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 23-04-92 (síndrome tóxico) en: BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit. p. 308.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. p. 268.

⁵² Ídem. p. 269.

⁵³ LUZÓN, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Editorial Universitaria, S.A., 1999. p. 405.

⁵⁴ Ídem. p. 406.

⁵⁵ Íbidem.

Efectivamente, es importante resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de octubre de 1995, la misma que a partir de la tesis tradicional del dolo (conocimiento y voluntad) reconoce en un caso de esterilizaciones un delito de lesiones dolosas:

«existiendo inconsciencia de la paciente, por estar sometida a anestesia, (...) el «desgarro en colgajo del útero» de la paciente, producido al extraerle el feto al efectuarle la cesárea de urgencia, obligó a inhibir la hemorragia y suturar el útero», y que «una vez comprobado que el útero se podía conservar, al controlarse la hemorragia, se eliminó la posibilidad de realizar la histerectomía, y a continuación el señor C., cuando la vida de la paciente no corría peligro, (...) considerando que era una indicación médica correcta, que beneficiaba su salud y que era la única que podía adoptar dicha decisión, no estando en condiciones de hacerlo, sin considerar siquiera la posibilidad de comunicárselo a algún familiar, procedió sin su consentimiento a practicarle una ligadura de trompas por el método “Pomeroy”, que supone la esterilización de la paciente (...)».⁵⁶

Señala el Tribunal que si bien el consentimiento previo del paciente es requisito para cualquier intervención, la ley española reconoce dos excepciones: (i) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley; y (ii) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando a sus familiares o personas vinculadas a él.⁵⁷ No obstante, ninguna de estas circunstancias ocurrieron en el caso citado, por lo tanto, la ligadura de trompas se consideró como delito de lesiones dolosas.⁵⁸

En el caso objeto de nuestro informe, el dictamen de archivamiento de la Fiscalía ha señalado que las lesiones fueron culposas pues el personal médico no tuvo “*intención criminal, dolosa y consciente de haber querido causar lesión grave a mujer alguna sometida a la intervención quirúrgica de la ligadura de trompas*”. Como hemos mencionado, la conducta del personal médico y de salud se ajusta perfectamente al tipo penal de Lesiones graves dolosas (art. 121 del CP). El resultado lesivo se produjo con el hecho mismo de esterilizar a las mujeres (suprimir la función reproductora). No puede decirse que su conducta respecto de la esterilización fue culposa, que en su accionar primo la negligencia, la imprudencia o la impericia puesto que ellos intervinieron buscando el resultado esterilizar. El dolo se orientó a este fin.⁵⁹

Un aspecto contradictorio en la decisión de la Fiscalía Penal Supraprovincial es el hecho de calificar los hechos como lesiones meramente negligentes y a la vez establecer su naturaleza de delito que implica graves violaciones a los derechos humanos. Entiendo que

⁵⁶ URRUELA, Asier; ROMEO, Sergio. Ob. Cit. p. 39.a

⁵⁷ Ídem.p. 40.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Denuncia, numeral 50.

una perspectiva coherente con la gravedad de los hechos violatorios de derechos humanos implica el despliegue doloso del abuso del poder público.

4.2 Los delitos de homicidio doloso

Es importante en este acápite analizar los casos, menos frecuentes, de muertes de mujeres que se produjeron en el contexto de una práctica de esterilización no consentida, que en el caso investigado serían 18 mujeres. Corresponde entonces, determinar si tales consecuencias posteriores pueden ser imputables a aquel personal médico que las intervino quirúrgicamente.

4.2.1 *El Injusto de homicidio*

El artículo 106 del Código Penal peruano señala: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menos de seis ni mayor de veinte años.” La referida norma protege el bien jurídico vida, por lo tanto, prohíbe comportamientos que representen un riesgo concreto para la vida de las personas.

El injusto de homicidio no solo se puede cometer mediante una acción. Como por ejemplo, disparar o atropellar a una persona. Sino que también es posible la omisión, siempre que el sujeto activo tenga la posición de garante frente al bien jurídico vida del sujeto pasivo fundada en un deber legal o contractual. Por ejemplo, el deber que tiene un médico frente al paciente. La omisión puede dividirse en dos tipos: (i) él solo no hace algo determinado, y (ii) requerir además la no evitación de un resultado en posición de garante o comisión por omisión (art. 13 del CP). Los primeros constituyen tipos de omisión pura, mientras que los segundos, reciben el nombre de comisión por omisión.

El homicidio en comisión por omisión

La doctrina dominante reduce, en lo esencial, los supuestos de posición de garante del médico a aquellos casos en que éste ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente. SCHUNEMANN ha señalado que la asunción se produce en virtud del comienzo efectivo del tratamiento, pero esto todavía es impreciso.

Podría decirse que la esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico.” En ese sentido, el médico tendrá posición de garante respecto al paciente, desde el momento en que su acción represente un riesgo para la vida este último. El fundamento, entonces, de la posición de garante del médico respecto del paciente radica en lo que se conoce tradicionalmente como injerencia previa, esto es, de nuestro comportamiento peligroso se deriva obligaciones de inocuidad para el bien jurídico implicado (vida o salud del paciente)⁶⁰. Esto es más evidente cuando el comportamiento precedentes constituye no sólo un comportamiento riesgoso sino también antijurídico.

⁶⁰ Sobre el particular LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002. pp. 91 y ss.

Hemos señalado que los médicos, al aplicar un método quirúrgico sin el consentimiento válido de la paciente, actúan sin respetar la *lex artis* y, en tal sentido, actúan de manera ilícita o antijurídica.

Como consecuencia de la posición de garante del personal médico se derivan, para éste, una serie de deberes de cuidado no sólo con relación al acto de esterilización (deberes que no se cumplieron en los casos materia de este informe) sino también con relación al posterior resultado dañoso que se pudiera producir respecto de las pacientes.

El deber de cuidado obliga a aplicar todas las medidas necesarias de prudencia, control y supervisión al realizar la acción, para así descartar o mantener dentro de ciertos límites los peligros implicados.

En el caso del médico, no se exige que reduzca el riesgo a cero. Es evidente que durante cualquier procedimiento quirúrgico, por más sencillo que sea, podrán presentarse distintas complicaciones. Sin embargo, lo que sí se exige, es que de manera previa a la intervención el personal de salud haya adoptado todas las medidas de seguridad necesarias; para estar en la capacidad de responder de la mejor manera ante una situación de emergencia.

En los supuestos en que no se realice una acción para evitar que la peligrosidad desborde los límites autorizados, es posible sostener la concurrencia de una imputación omisiva del resultado posterior más lesivo (muerte de la paciente).

En los casos de María Mamérita Mestanza Chávez y Celia Ramos Durand por ejemplo, no se realizó ninguna acción para evitar que el riesgo de la intervención sobrepasara los límites permitidos. No sólo se omitió realizar un control previo y posterior de ambas pacientes, sino que además, se les practicó la esterilización quirúrgica en ambientes que no eran adecuados y que no contaban con los equipos médicos necesarios.

Recordemos que luego de ser dada de alta, la salud de María Mestanza empeoró cada día; y a pesar que su esposo informó dicha situación tanto al personal del Centro de Salud de La Encañada, como al médico de la Posta Médica de La Encañada, nadie la ayudó. Sólo le decían que eran síntomas normales productos de la anestesia. Sin embargo, María murió ocho días después de la operación.

En el caso de Celia Ramos, hubo complicaciones en plena operación, y al no contar la posta con los implementos adecuados, tuvo que ser trasladada a una clínica en Piura, donde llegó en estado de coma y con signos de daño cerebral severo. Falleciendo días después.

Tanto en el caso de María Mestanza, como en el de Celia Ramos, es posible considerar un supuesto de no evitación del resultado (muerte) por el garante. En estos casos, el personal médico tenía el deber de evitar el riesgo al bien jurídico vida de ambas pacientes. Riesgo que se habría reducido o minimizado si las esterilizaciones quirúrgicas se hubieran

realizado en lugares idóneos, con los equipos e implementos necesarios, y realizando un control adecuado tanto previo, como post operatorio.

Del análisis de los hechos, se concluye que es posible evaluar la configuración de delitos de homicidio mediante comisión por omisión. Es importante ahora analizar si dicha omisión fue dolosa o imprudente.

4.2.2 *El delito de homicidio en comisión por omisión doloso*

Las muertes de mujeres que eventualmente se produjeron como consecuencia de las esterilizaciones quirúrgicas a las que fueron sometidas durante la ejecución conminatoria del programa de planificación familiar, son susceptibles de imputar a título de dolo. Para tal efecto es importante comprender las distintas clases de dolo que se aceptan uniformemente en el Derecho penal.

Los tipos de dolo

Tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: el dolo directo (o intención), el dolo indirecto (o de consecuencias necesarias) y el dolo eventual. En las tres formas, el autor debe haber tenido conocimiento del peligro concreto creado por su acción para la realización del tipo.⁶¹

- *Dolo directo*

Las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor. El propio autor las quiere como consecuencias principales de su acción.⁶² El autor sabe que su proyecto de acción realizará "con seguridad" todos los elementos del tipo.⁶³

- *Dolo de las consecuencias necesarias*

El autor no dirige su voluntad a las consecuencias posteriores de su acción. Dichas consecuencias son no perseguidas directamente por el autor, sin embargo el desarrollo de su conducta lleva necesariamente a la producción de dichas consecuencias posteriores. Todo ello es suficiente para considerar que tales consecuencias han sido producidas dolosamente.⁶⁴

- *Dolo eventual*

Hay dolo eventual cuando las consecuencias de la acción no perseguidas intencionalmente por el autor son, al menos, posibles.⁶⁵ Cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque

⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit. p. 313.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. pp. 82-83.

⁶⁴ BACIGALUPO, Enrique. Loc. Cit.

⁶⁵ *Ibidem*.

no persiga el resultado típico.⁶⁶ Las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente es que esta última se refiere a los casos en los que el autor obra teniendo conocimiento del peligro de su acción, pero confiando razonablemente en que el resultado no se producirá.⁶⁷ En cambio en el dolo eventual el autor, debido a las condiciones de su comportamiento peligroso, no puede confiar razonablemente en que no se producirá el resultado ulterior dañoso.

En el caso concreto, el personal médico sabía o conocía que realizar una intervención quirúrgica sin los cuidados adecuados pre ni post operatorios, y sin contar con los equipos necesarios, implica un riesgo concreto para la vida de las pacientes (posición de garante por injerencia previa antijurídica). En ese sentido y a manera de ejemplo, resultaba previsible la posibilidad de la muerte de María Mestanza y Celia Ramos. Entonces, si debido al contexto anterior, no era posible sostener que el personal médico confiara razonablemente en la no producción de la muerte de las mujeres sometidas a una esterilización involuntaria, entonces tales resultados son susceptibles de atribuir a título de dolo eventual.

En el caso concreto, el personal médico tenía conocimiento suficiente que, al realizar la operación de ligadura de trompas sin contar con los equipos necesarios, ponía en riesgo concreto la vida de María Mestanza y Celia Ramos.

María y Celia fueron sometidas a un procedimiento que transgredió toda la normativa, reglamentos y protocolos médicos para realizar estas intervenciones quirúrgicas. Cualquier médico en la posición y circunstancia de los involucrados no podía confiar razonablemente que, complicaciones posteriores a la esterilización quirúrgica o durante esta intervención, no conllevarían la muerte de las víctimas mujeres y ello, es dolo eventual.

V. LA POSIBILIDAD DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS FUNCIONARIOS SUPERIORES COMO AUTORES MEDIATOS POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.

La teoría de la *autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder*, fue postulada en 1963 por el penalista alemán Claus Roxin y se encuentra reconocida en el artículo 23° del Código Penal peruano.⁶⁸ Según esta teoría, “el autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un tercero para alcanzar su fin delictuoso. El agente (autor mediato) ejecuta el tipo penal sirviéndose, consciente y voluntariamente, del

⁶⁶ Ídem. p. 308.

⁶⁷ Ídem. p. 314.

⁶⁸ Adicionalmente, la teoría de la autoría mediata se encuentra regulada en el artículo 25.3.a del Estatuto de Roma: “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Ver: OLÁSOLO, Héctor. *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*. En: *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N.º 40, julio-septiembre de 2012. Disponible en:

<[http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal%2027%20\(71-95\).pdf](http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal%2027%20(71-95).pdf)>, consultado el 16 de julio de 2014.

autor directo de la acción típica, quien debe tener la capacidad de cometer acciones”.⁶⁹ Cabe recordar que esta construcción dogmática constituye una superación de la tradicional tesis de la autoría mediata que se asentaba en la instrumentalización de un sujeto ejecutor, aprovechándose de algún déficit cognitivo, volitivo o de autodeterminación (error de tipo, error de prohibición, estado de necesidad justificante o exculpante, etc.). En el caso de la autoría mediata por dominio de organización no existe tal déficit en los hombres de adelante (ejecutores). Se trata de sujetos responsables como lo son los hombres de detrás o autores mediatos. Veamos los elementos que, de acuerdo con la doctrina actual, configuran la autoría mediata por dominio de organización.

Los elementos de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados son los siguientes: (i) existencia previa de una organización estructurada, (ii) poder de mando del autor mediato, (iii) desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, (iv) fungibilidad del ejecutor inmediato, y (v) la disponibilidad objetiva del ejecutor hacia el hecho.⁷⁰ Este último elemento no forma parte de la propuesta original de Roxin y ha sido objeto de arduos debates en la doctrina penal contemporánea. Tampoco ha sido un elemento recogido en toda la jurisprudencia penal peruana y comparada que ha aplicado esta teoría. En la actualidad, debe ser considerado como un elemento contingente, más no necesario.

Por un lado, el presupuesto general es la existencia previa de una organización estructurada. Por otro lado, los presupuestos específicos pueden ser desde el punto de vista objetivo tanto el poder de mando como la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico y, desde el punto de vista del sujeto, tanto la fungibilidad del ejecutor inmediato como, contingentemente, la disposición objetiva del ejecutor hacia la realización del hecho.

Cabe mencionar que estos presupuestos deben interpretarse de manera conjunta y sistemática.⁷¹ En ese sentido, como acertadamente indica Fernández Ibañez, la confluencia de los elementos descritos que permiten evidenciar la existencia del dominio de la organización del autor mediato, tiene naturaleza graduable. Al respecto, frente a los casos en los que uno de los elementos se presente de forma tenue, esta debilidad se ve compensada por la sólida y evidente presencia de los demás requisitos. En otras palabras, lo ideal es que se presenten todos los elementos en la misma intensidad para construir el dominio de la organización. Sin embargo, la menor intensidad de uno de ellos, “no es obstáculo para la absoluta conformación del mismo [dominio de la organización], y siempre que, claro está, ninguno de estos elementos (esenciales, como hemos visto) desaparezca por completo”.⁷²

⁶⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal* 4ta Edición. Lima: Idemsa. 2011. pp. 144 – 145

⁷⁰ Ver: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Sala Penal Especial, (CSJ-SPE) Exp. N° AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, párrafos 726 – 727. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf

⁷¹ CSJ-SPE, párrafo 727.

⁷² FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006. pp. 236 – 237.

5.1 Existencia previa de una organización estructurada

Este elemento presupone la existencia de una estructura con una línea jerárquica sólida y definida que permita identificar como responsable al nivel superior por las decisiones que se tomen en su interior, especialmente sobre aquellas que configuren delito.⁷³ Como señala Roxin, el autor mediato “tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) a través de la cual puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”.⁷⁴

Al respecto, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema ha señalado:

“En consecuencia, pues, la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “Estado de Derecho”. Esto último es trascendente, ya que consolidará el dominio que aquél ejerce sobre la organización y hará que los ejecutores estén más predispuestos hacia la comisión del delito, en tanto estos conocen e internalizan que no habrá norma o autoridad que pueda limitar o sancionar su actuar delictivo.”⁷⁵

- *Análisis al caso concreto*

En el presente caso la Segunda Fiscalía Penal Supraprovinciala sostiene en su dictamen que no estamos ante una estructura jerárquica *rígida* y que tampoco se trata de una estructura desvinculada del derecho. Con relación a lo primero, el fiscal trata de decirnos que para que haya una autoría mediata necesitamos estructuras como Ejército o a las Fuerzas Policiales o una estructura militarizada como la de Sendero Luminoso. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más emblemática nunca han planteado la necesidad de la rigidez de la estructura jerárquica⁷⁶. Lo que se ha demandado siempre es, en realidad, que se se trate de una organización vertical y piramidal de tal manera que sus miembros aparezcan como fungibles o intercambiables.

Pues bien, el Ministerio de Salud en aquel contexto y en el actual constituye una estructura vertical y piramidal: existe el ente central constituidos por el Presidente de la República y/o el Ministro de Salud, el Jefe del programa nacional competente para estos temas, el jefe

⁷³ CSJ-SPE, párrafo, 726.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons. 1998.,p. 268

⁷⁵ CSJ-SPE, párrafo 735 a).

⁷⁶ Véase el texto de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*. Barcelona/ Madrid: Marcial Pons,2000,pp. 272 y 273; o el texto de BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en el Derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, Valencia, 2000. pp. 337-339

regional de salud, y a partir de ahí, el director de un hospital, del centro de salud o de una posta médica. Evidentemente no se trata de una estructura tan rígida como las fuerzas armadas o fuerzas policiales, pero ello no resta a que existan otras formas de compensar este elemento con otros elementos que permitan afirmar claramente la fungibilidad de los miembros del Ministerio de Salud (médicos o personal de salud) para llevar a cabo actos de esterilización sin respetar el consentimiento válido de la mujer, especialmente en las zonas donde los casos se presentaron en mayor proporción. En otras palabras, el fiscal no ha analizado en ningún momento si en dicho tiempo y contexto sociopolítico la estructura del personal médico y la precarización de su empleo (contratados por locación de servicios, sin estabilidad laboral y sin posibilidades que el ámbito privado les ofrezca oportunidades reales de trabajo) dentro del Ministerio de Salud configuraba una estructura vertical y piramidal con suficiente capacidad para dominar una estructura y asegurar el cumplimiento compulsivo de sus metas. La capacidad de poder dominar a un grupo de médicos que están en situación muy vulnerable⁷⁷ es por supuesto compensable frente a la rigidez que puede existir en las Fuerzas Armadas.

5.2 Poder de Mando

El poder de mando constituye el requisito para demostrar el dominio que ejerce el autor mediato sobre el aparato organizado de poder. Este “consiste en la capacidad del nivel estratégico superior – del hombre de atrás- de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización [mandos intermedios y ejecutores directos] que le está subordinada”.⁷⁸

- *Análisis del caso concreto*

El diseño organizacional del Ministerio de Salud se encuentra compuesto por diversos niveles estratégicos dependiendo del grado de especialización de la tarea o función que les toca cumplir. En ese sentido, en el caso del programa de Salud Reproductiva que prevía la aplicación de esterilizaciones involuntarias, es posible afirmar que quienes aprobaron la implementación de dicha política pertenecen a un nivel estratégico superior. El mismo que se caracteriza por desplegar un poder de mando frente a los ejecutores directos (médicos y especialistas de la salud) de las estrategias y acciones necesarias para la aplicación de la política descrita. Cabe añadir que, durante el contexto político- administrativo en el que ocurrieron los hechos, no existía ningún proceso de descentralización o regionalización, todo lo contrario el Perú se caracterizaba por tener una organización gubernamental absolutamente centralizada desde la capital, esto es, Lima.

En este sentido, era directamente el Ministro quien rendía cuentas mensualmente al Presidente de la República, Alberto Fujimori, tal como se señalan en los oficios enviados a

⁷⁷ Entendemos por situación de vulnerabilidad como lo hace la Decisión Marco 2002/629 de la Unión Europea de 19 de julio de 2002, es decir, como la situación en que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso. Adaptando ese concepto a nuestro caso, debe evaluarse si el personal médico contratado tenía una alternativa real y aceptable (dado el contexto laboral de ese entonces) salvo sujetarse a la presión y a las condiciones que imponían los funcionarios superiores del Ministerio de Salud en materia de política de esterilizaciones.

⁷⁸ CSJ-SPE párrafo 729.

su despacho, Oficio N° SA-DM-0289/97 del 21 de marzo de 1997; Oficio N° SA-DM-331/97 del 03 de abril de 1997; Oficio N° SA-DM-0451/97 del 14 de mayo de 1997; Oficio N° SA-DM0544/97 del 06 de junio de 1997; Oficio N° SA-DM – 0722/97 del 10 de julio de 1997; y Oficio N° SA-DM-0118/97 del 06 de agosto de 1997.

Adicionalmente, cabe mencionar que la implementación de programas de beneficios e incentivos, así como el establecimiento de sanciones, como la rescisión de sus contratos para aquellos médicos que no cumplieran con la cuota de esterilizaciones requerida, constituyen una muestra del poder de mando que ejercían los funcionarios del nivel estratégico superior sobre los ejecutores directos.

5.3 Fungibilidad del ejecutor inmediato

La fungibilidad del ejecutor inmediato se refiere a “la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso”⁷⁹ De ahí que se hable del poder de sustitución que ostenta el autor mediato.⁸⁰

Asimismo, el Tribunal realiza una distinción en torno a la fungibilidad negativa y positiva. En el primer caso, se hace referencia a aquellas situaciones en las que la abstención o negación del ejecutor destinado a la comisión del delito no impide la concreción del mismo ni la frustración de los planes de la organización. Por su parte, en el segundo caso, se hace referencia a las situaciones en las que el superior jerárquico tiene la libertad de escoger al ejecutor más calificado entre la pluralidad que componen el aparato de poder, para la comisión del hecho punible.⁸¹ Cabe señalar que la fungibilidad del ejecutor inmediato responde a la vinculación de este con la organización y no a la forma en que realizó el hecho.⁸²

- *Análisis del caso concreto*

Tal como hemos mencionado en el punto anterior, el carácter sustituible de los ejecutores (personal médico concreto) debe evaluarse más que por la estructura jerárquica del Ministerio de Salud por la situación vulnerable del personal médico contratado. Esta situación a la que se añade la estructura jerárquica de cualquier institución pública determinaba la confianza de los funcionarios superiores a que la política de esterilizaciones y sus metas conminativas establecidas se cumplieran sin importar las consecuencias lesivas para la salud y la vida de muchas usuarias del servicio de salud. En otras palabras, en caso de que algunos miembros del personal médico se hubiese negado a realizar las esterilizaciones sin el consentimiento válido de una mujer, el superior tenía la posibilidad de reemplazarlo y probablemente cesarlo en sus funciones.

⁷⁹ CSJ-SPE párrafo 737.

⁸⁰ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. Ob. Cit. pp. 128 – 132

⁸¹ CSJ-SPE párrafo 738.

⁸² *Íbid.*

5.4 Desvinculación del ordenamiento jurídico

Este presupuesto objetivo exige que la estructura organizada ejecute sus actividades al margen del sistema jurídico. En palabras de la Sala Penal Especial, la organización “produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del Derecho”.⁸³ Cabe mencionar que la actuación paralela de la organización, puede ser respecto del ordenamiento jurídico nacional como internacional.⁸⁴ Asimismo, es importante mencionar que la configuración del presente presupuesto puede darse de manera directa o indirecta. En el primer caso, la organización en sí misma se encuentra desvinculada del ordenamiento jurídico desde su constitución. Por su parte, la desvinculación será indirecta cuando la organización formalmente cumpla con los requisitos legales para su aprobación, pero la utilice para la realización de prácticas violatoria a los derechos humanos, como el presente caso.

- *Análisis del caso concreto*

Resulta evidente concluir que la práctica de esterilizaciones involuntarias como política pública del Ministerio de Salud constituye una grave violación a los derechos de sus víctimas. Como hemos mencionado, la práctica de estas intervenciones produjo la lesión grave de muchas mujeres y no pocas muertes de las mismas, tales como las señoras María Mamérita Mestanza Chávez, Celia Ramos Durand o Victoria Vigo. En ese sentido, es razonable pensar que una directiva que ignora la voluntad libre de la víctima (engañándola, condicionándola o amenazándola) y le causa la muerte, desconoce no sólo las normas de cuidado establecidas en el derecho interno para proteger la vida y la salud de las personas, sino también los derechos y obligaciones en materia de derechos humanos ratificadas por el Estado peruano. De lo que podemos inferir que la

⁸³ CSJ-SPE párrafo 743.

⁸⁴ Ver: Roxin Claus. *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*. En: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Revista Trimestral, Año 8, número 29-32. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985.

implementación y ejecución de la política descrita presentan una desvinculación del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

VI. LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

El análisis de los elementos del crimen de lesa humanidad requiere un previo repaso de dos fuentes del Derecho internacional que permiten reconocer las normas internacionales que prohíbe la comisión de este tipo de crímenes.

6.1 Fuentes y elementos del crimen de lesa humanidad

- Fuente no convencional

La primera vez que se definió a los delitos de lesa humanidad fue luego de la Segunda Guerra Mundial, en un contexto de un conflicto armado internacional. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional (1945), documento utilizado por el Tribunal Internacional de Nuremberg, contuvo por primera vez la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad. El artículo 6º.Cde este instrumento internacional define al crimen de lesa humanidad como toda aquella persecución contra una persona por motivos políticos, raciales o religiosos o cuando se lo somete a un régimen de esclavitud. Como se puede ver, el contexto en el que surgieron los crímenes de lesa humanidad provocó que se requiera el nexo de guerra para su configuración. Sin embargo, la Ley de Consejo de Control N° 10 (1945) eliminó dicho nexo.

Luego de esto, sendas declaraciones y pronunciamientos de un amplio número de países se han expresado, especialmente a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a favor de la necesidad de sancionar los crímenes de lesa humanidad⁸⁵. Ello ha dado lugar al reconocimiento progresivo de una norma *ius cogens*. Esta norma, aunque no este positivizada en una Convención Internacional, vincula al Estado peruano en razón del artículo 53º de la Convención de Viena. De acuerdo a la Convención de Viena, una norma *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general. En otras palabras, una norma *ius cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo

⁸⁵ Entre los pronunciamientos más importantes se pueden citar:

- La Resolución N° 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprueba los principios que se derivaban del Estatuto del Tribunal Penal Internacional y de la jurisprudencia de dicho Tribunal y solicita que la Comisión de Derecho Internacional formule dichos principios (principios de Nuremberg). Estos principios fueron formulados en 1950. Los principios I y VI.c establecen la exigencia de los estados de sancionar debidamente los crímenes de lesa humanidad (Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.
- Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (enero 1965)
- Varios países lo incorporaron en su legislación interna
- Comisión de DDHH de ONU (Declaración en abril 1965)
- Convención sobre Imprescriptibilidad (nov 1968) donde en el preámbulo se "afirma" la necesidad de sancionar estos crímenes sea que se produzcan en contextos de guerra o sea en contexto de paz.
- Resolución de AG NNUU N° 2583 de diciembre de 1969

puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En este sentido, **la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación de sancionarlas son normas *ius cogens* reconocidas a través de la costumbre internacional y que luego ha sido reconocida a través de tratados multilaterales.** Desde esta perspectiva la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (1968) sólo es la expresión de la confirmación de una norma *ius cogens* que empezó a reconocerse con los principios de Nuremberg (1950). Queda claro que crimen de lesa humanidad lo constituían ya las prácticas de asesinato, exterminio, deportación, esclavitud, esterilización forzada y cualquier otro acto inhumano dirigido contra una población civil. Se trata en buena cuenta de actos sumamente graves que la comunidad internacional, al menos desde 1950, considera necesario prohibirlos, sancionarlos e intemporalmente perseguirlos.

- *Fuente convencional*

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), aprobado en julio de 1998 y ratificado por el Perú, ha permitido esclarecer el concepto de crímenes de lesa humanidad. Dicho cuerpo normativo recoge los elementos centrales de los principios de Nuremberg y de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de introducir algunos elementos que acotan aún más la definición de crimen de lesa humanidad.

El concepto de delito de lesa humanidad, de acuerdo al Estatuto de Roma, se construye a partir de dos macro elementos⁸⁶:

- i) Los actos inhumanos individuales
- ii) El elemento contexto

Los actos inhumanos individuales están compuestos por un conjunto de formas particulares de delitos comunes⁸⁷. En el presente caso, hemos visto como los actos inhumanos individuales se concretizan, entre otros actos, en esterilizaciones involuntarias y los homicidios dolosos.

Por otro lado, el elemento contexto remarca el marco que debe tener un hecho particular (delito común) para ser considerado un delito de lesa humanidad. Este elemento contextual se define por los siguientes sub elementos:

- a. *El ataque sistemático o generalizado*
- b. *Población civil*

⁸⁶ AMBOS, Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons: Madrid, 2006-pp. 168 y ss.

⁸⁷ LIROLA DELGADO, Isabel y MARTIN MARTINEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional*. Barcelona: Ariel, 2001. p.123

- c. *El elemento de la política*
 - d. *El conocimiento del ataque*
- *Sobre la fuente utilizada por la Fiscalía en la resolución de archivo*

La definición y los elementos de los crímenes de lesa humanidad han sido desarrollados a lo largo de la historia por el Derecho internacional. En esta medida, todo estudio o evaluación del carácter de lesa humanidad de un acto individual debe partir por identificar y analizar las fuentes no convencionales y convencionales que conceptualizan a este crimen internacional. Las instituciones legislativas y jurídicas del Derecho interno no tienen la capacidad ni la potestad de delimitar un concepto que no sólo está definido en convenciones internacionales, sino que tiene naturaleza de norma *ius cogens* reconocida por la comunidad internacional. En esta medida, el artículo 27° de la Convención de Viena de 1969 señala que ningún Estado parte podrá invocar disposiciones de Derecho interno (y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano lo es) como justificación de incumplir un tratado. Además, como dijimos, el artículo 53° de la mencionada convención señala que la norma *ius cogens* no admite acuerdo en contrario.

Sin embargo, la Segunda Fiscalía Supraprovincial utiliza una sentencia del Tribunal Constitucional peruano (STC de 21 de marzo de 2011- Exp. N° 024-2010 PI/TC) para definir e identificar los elementos del crimen de lesa humanidad. Esta metodología resulta inadecuada dado que se trata de una sentencia que no tiene carácter vinculante y, además, se tiene una fuente normativa internacional (de la cual el Perú es Estado parte) pertinente y precisa para tal efecto (Estatuto de la Corte Penal Internacional). Cabe señalar que dicha metodología le permitió al Ministerio Público afirmar, equivocadamente, que los hechos materia del presente informe no califican como crimen de lesa humanidad, fundamentalmente por que no se verifican algunos de los elementos del contexto y por que no habría habido un elemento intencional de cometer este crimen.

6.2 El elemento de contexto en los casos de esterilizaciones quirúrgicas incoluntarias dolosas

6.2.1 El ataque sistemático y generalizado

La exigencia de un ataque sistemático o generalizado como elemento del delito de lesa humanidad fue codificado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR) de la siguiente manera: “los crímenes que se señalan a continuación, cuando haya sido cometido como parte de un **ataque generalizado o sistemático** contra cualquier población civil (...)”⁸⁸. El hecho de que el ataque deba ser sistemático o, alternativamente, generalizado evidencian el fundamento y la característica principal de todo crimen de lesa humanidad: su gravedad especial frente a otro tipo de crímenes⁸⁹.

⁸⁸ Art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

⁸⁹ AMBOS, Kai. Loc. Cit.

Con respecto a la sistematicidad, la **acción deberá ser organizada y metódica** (lo que aumenta la indefensión de la víctima y con ello el peligro del ataque y la gravedad del acto). De esta manera, Gerhard Werle, recordando lo señalado por la Cámara de Apelaciones en el asunto Kunarac⁹⁰, señala lo siguiente:

*“(...) la idea de un ataque sistemático sugiera una acción organizada y metódica y que los ataques, **por lo general**, seguirán, algún tipo de plan preconcebido, aunque esto no significa que la existencia de un plan o una política deba ser elemento legal necesario del crimen (...)”⁹¹.*

Dicho con otras palabras, el elemento ataque sistemático es un elemento cualitativo que evidencia la gravedad del crimen.

En cambio, el requisito de **un ataque generalizado representa un supuesto cuantitativo, toda vez que impone como resultado un elevado número de víctimas sea como consecuencia de múltiples actos o de un acto de gran magnitud**⁹².

Este supuesto no niega la posibilidad de una conducta individual o una víctima individual, sino que el elemento generalizado nos obliga a situar la conducta en el contexto de ataques que produzcan una gran cantidad de víctimas⁹³.

- *Análisis del presente caso*

En el presente caso, se constataría un ataque generalizado toda vez que las investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo y el Congreso de la República reportan no menos de un centenar de víctimas, en el caso del primero, o un aproximado de **2, 074 agraviadas**, como máximo de víctimas, en el caso del segundo, entre las que se encontraban **18 fallecidas**. La generalidad queda demostrada, además, en los informes defensoriales, documentos públicos, y testimonios que relatan múltiples esterilizaciones quirúrgicas cometidas sin consentimiento (o con consentimiento viciado) en contra de mujeres de zonas rurales de Piura, Cuzco, Huancavelica, Cajamarca, entre otros.

6.2.2 Población Civil

Tal como señaló el Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia en el caso Blaskic, el término población civil debe responder no al estatus sino a la situación particular y

⁹⁰ En esta oportunidad, los dos Tribunales ad hoc señalaron que no se exige de lo sistemático un plan o una política, considerando que dicha interpretación limitada no tiene apoyo en el derecho consuetudinario internacional. Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (T, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac); TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstic); en otros. Véase: WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant le blanc, 2011. p. 478.

⁹¹ Idem. pp. 478-479.

⁹² AMBOS, Kai. *Temas de Derecho penal europeo e internacional*. Op. Cit. p. 136.

⁹³ Ibidem.

concreta de la víctima⁹⁴. Ello debido a que la razón de ser de los crímenes de lesa humanidad es proteger justamente a las personas de un estado de indefensión total frente al estado o frente a un aparato organizado semejante al estatal. Es así que tanto militares (por ejemplo en el caso Kupreskic⁹⁵) como rebeldes (caso Barbie⁹⁶) deben ser pasibles de protección como si fueran población civil en determinados casos de indefensión (deposición de armas, heridos, entre otros).

En este orden de ideas, Werle señala lo siguiente:

“(...) para determinar la pertenencia a una población civil era necesario tener en cuenta la necesidad de protección de la víctima que se deriva de su indefensión frente a la violencia organizada (...) debe considerarse población civil aquellas personas que no forman parte de poder organizado del que proviene (efectivamente) la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva (...)”⁹⁷

Análisis de acuerdo al presente caso

Las mujeres víctimas de las esterilizaciones involuntarias dirigidas por el gobierno de Alberto Fujimori eran sin lugar a dudas población civil vulnerable frente al poder del Estado.

6.2.3 El elemento político

El elemento político hace referencia a la necesidad de que el ataque guarde un vínculo con el Estado o poder de facto organizado, de manera que provee al menos de algún tipo de conducción hacia las víctimas con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales⁹⁸. Este vínculo puede tener diferentes intensidades.

Según el artículo 7.3 de los Elementos de los Crímenes por “política de cometer ese ataque” debe entenderse que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Añadiéndose que “esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”.⁹⁹.

- Análisis del presente caso

⁹⁴PARENTI, Pablo. *Los crímenes contra la humanidad y genocidio en el derecho internacional y evolución de las figuras, elementos jurisprudencia internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.p. 56.

⁹⁵ Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia. Citado por: AMBOS, Kai. Ob. Cit. p. 138.

⁹⁶ Tribunal Suprema Francés, caso Barbie. Citado por: AMBOS, Kai. Ob. Cit. p. 139.

⁹⁷ WERLE, Gerhard. Ob.Cit. p. 474.

⁹⁸ AMBOS, Kai. Ob. Cit. p. 155.

⁹⁹ WERLE, Gerhard. Ob. Cit. p. 483.

Con relación al elemento “político” relacionado con el ataque, el documento sobre los Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma señala que este elemento se cumple al menos cuando, en circunstancias excepcionales, el Estado (o la organización) muestra una omisión deliberada de actuar (frente a los actos de esterilizaciones involuntarias) y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. En otras palabras, basta la omisión del Estado (no denuncia o no investigación seria) frente a los casos de esterilizaciones no voluntarias (no denuncia o no investigación seria), conociendo sus funcionarios superiores que estas se producían, para considerar que el ataque se ha producido.

6.2.4 *El conocimiento suficiente del ataque (dolo)*

Para calificar un delito como crimen de lesa humanidad, en el espectro subjetivo, basta el conocimiento de los diversos subelementos que hemos hecho referencia anteriormente. No corresponde aplicar a estos elementos de contexto las exigencias que se derivan del art. 30 del Estatuto de Roma (conocimiento e intención), la cual está relacionada específicamente con los elementos de los actos criminales individuales (asesinato, desaparición, tortura, etc).

El agente debe conocer existencia de un ataque contra la población civil y que su conducta es parte de aquel ataque¹⁰⁰, sea este sistemático o generalizado. Ahora bien, la Sala de Primera Instancia en el caso Blasick, incluyó un enfoque orientado al riesgo según el cual basta que el agente tenga conocimiento del riesgo de que su conducta forme parte de un ataque contra la población civil¹⁰¹. Es importante, entonces, señalar que no es necesario demostrar que el autor haya tenido seguridad de que su acción era parte de un ataque generalizado o sistemático, sino que será suficiente demostrar que el agente perpetrador se representó la probabilidad de que ello ocurriera¹⁰². Dicho con otras palabras, es posible cometer el delito a través de dolo eventual.

- *Análisis del presente caso*

Tal como hemos visto, una de las razones que llevo al fiscal a desestimar el presente caso como un crimen de lesa humanidad fue la ausencia del dolo.

Para ello el fiscal empieza su argumentación sobre la base de la lectura formal de los fines propuestos por el programa de salud reproductiva y, específicamente, la referencia formal a la implementación normativa del método AQV. Con ello se trata de decir que “el programa” no tenía dolo de mutilar órganos”. Sobre este aspecto, cabe decir que no es atribuible, al menos en nuestra legislación, la imputación penal del dolo a programas o personas jurídicas. El dolo sólo es atribuible a personas naturales. Ahora bien, el dolo, tal como hemos mencionado en el punto 4.1.2, se verifica claramente en los actos en que el

¹⁰⁰ AMBOS, Kai. Ob. Cit. p. 306

¹⁰¹ Ídem., p. 308

¹⁰² PARENTI, Pablo. Ob. Ci. p. 63.

personal médico o sanitario esterilizó a mujeres sin su consentimiento válido. Otra cosa es que el fiscal utilice un concepto arbitrario de dolo y por lo tanto no lo constate. En ese sentido, sin duda es posible perfectamente considerar que en los casos mencionados de esterilizaciones (aquellos en los que hubo presión, engaño o amenaza) hubo mutilaciones (de un órgano principal como es el reproductor) dolosas y no consentidas.

Ahora, respecto del discurso formal de las políticas de planificación familiar no pueden ser tomadas como única referencia. Si ello fuera así, el caso de Barrios Altos y Cantuta, y por el cual fue condenado Alberto Fujimori como autor mediato, nunca se hubiera podido procesar ni condenar. Por ello es necesario recurrir a analizar las disposiciones concretas, documentos u órdenes (aunque sean verbales) dirigidas a los jefes regionales, los acuerdos a los que se llegaron en las sesiones que se tuvieron, etc. Evidentemente, una profundización en este campo podría llegar a mostrarnos que se trataba, en la realidad, de un programa que se ejecutaba en un contexto de presión para el personal médico, es decir, en un contexto en el que importaba alcanzar compulsivamente un número determinado de esterilizaciones, aunque en éstas las mujeres no hubieran expresado válidamente su consentimiento.

A partir de ahí, se puede identificar el elemento subjerivo tanto en el personal médico como en los funcionarios públicos a cargo de la política de esterilizaciones.

Desde la perspectiva del personal médico y sanitario que estuvieron a cargo de las esterilizaciones involuntarias y que formaban parte de un programa que, sin importar el consentimiento válido de las mujeres, buscaban alcanzar metas cuantitativas, resulta difícil considerar que aquellos no tuvieron conocimiento del ataque extendido que exige la normativa internacional.

Igualmente, desde la perspectiva de los funcionarios responsables de la política conminativa de esterilizaciones (presidente de la República, ministros de salud, jefes de programa y directores regionales de salud), el conocimiento del ataque no sería susceptible de cuestionarse seriamente. Efectivamente, tales funcionarios públicos tienen una posición de garante del más alto nivel con relación a la salud pública de los peruanos y peruanas. En ese sentido, el impulso de una política de planificación familiar concentrada y priorizada en un método quirúrgico de carácter prácticamente irreversible conllevaba una serie de obligaciones en la preparación, ejecución y supervisión del programa de esterilizaciones que protegieran y garantizaran no sólo la salud y la vida de la usuarias del servicio sino la expresión de voluntad libre de las mismas antes del acceso a tales prácticas médicas. Tales obligaciones suponen, entonces, el deber de requerir información periódica, de realizar visitas permanentes a los diversos establecimientos de salud y evaluar sus condiciones para llevar tales intervenciones quirúrgicas, de disponer y atender un sistema de quejas de las usuarias a efectos de corregir rápidamente las deficiencias del programa y sancionar administrativamente a todo aquel personal médico que hubiera procedido a una esterilización quirúrgica con vulneración o condicionamiento de la libre expresión de voluntad de una usuaria del servicio de salud.

Si además de lo mencionado anteriormente se puede verificar que desde tales responsabilidades superiores no sólo se priorizó ilegítimamente el método quirúrgico de esterilizaciones sino que se establecieron metas conminativas para ser cumplidas en las regiones (advirtiéndose de consecuencias desfavorables si tales metas no se cumplían), entonces debería existir mayor duda sobre el pleno conocimiento de tales funcionarios de que la referida política estaba generando un número extendido de mujeres (especialmente quechuhablantes y de zonas rurales) sometidas a una práctica de ligadura de trompas bajo engaño, presión y chantaje o amenaza de un determinado número de médicos, persona sanitario subordinados del Ministerio de Salud.

A través de este análisis se puede concluir que los casos de esterilización involuntaria, dadas las características y elementos identificados, calificarían como crimen de lesa humanidad.

CONCLUSIONES

- El Estado peruano durante los años 1996 hasta 1998 implementó una política de planificación familiar que priorizó de manera casi exclusiva el método quirúrgico de esterilización. Existen indicios claros de que dicho método se aplicó de manera prácticamente compulsiva a un número extenso de mujeres, fundamentalmente de zonas pobres, andinas, rurales y quechuhablantes. Según las investigaciones tales víctimas podrían alcanzar el número de 2074 mujeres.

- Para tal efecto, según las denuncias formuladas, el personal de salud utilizó una serie de medios coercitivos o fraudulentos a efectos de lograr esterilizar quirúrgicamente a las referidas víctimas. Se hace referencia a mecanismos de amenaza de prisión por negarse a someterse a tales prácticas; a mecanismos fraudulentos, esto es, aprovechando otro tipo de intervención sin mediar consentimiento alguno, a mecanismos de chantaje condicionando el beneficio de un programa social al sometimiento de tales prácticas o el acoso de parte del personal médico que frecuentaba a las víctimas con insistencia y sin mayor información sobre la intervención que se iba a realizar. De esta manera, en los casos bajo análisis, no existe un consentimiento válido que excluya el injusto de lesiones graves. Por lo tanto, las esterilizaciones a las que fueron sometidas múltiples mujeres, entre ellas, María Mestanza, Celia Ramos y Victoria Vigo, configuran el injusto de lesiones graves dado que suponen la supresión de una función reproductora sin su consentimiento.

- Las lesiones graves cometidas en los casos materia de análisis puede imputarse a título doloso. Ello debido a que el personal médico sabía que la supresión de la función reproductora de las mujeres mencionadas se realizaba sin el consentimiento válido de ellas y sin contar con todos los implementos médicos necesarios. A pesar de ello, el personal médico decidió llevar a cabo las intervenciones que suprimirían la función reproductora

de las mujeres. Hubo entonces, desde una concepción clásica del dolo, conocimiento y voluntad de suprimir una función reproductora sin el consentimiento válido de la víctima.

- Los homicidios cometidos en los casos materia de análisis también pueden imputarse a título doloso. María Mestanza y Celia Ramos fueron sometidas a un procedimiento que transgredió toda la normativa, reglamentos y protocolos médicos para realizar estas intervenciones quirúrgicas. De esta manera, las esterilizaciones se practicaron en lugares no adecuados, sin las garantías mínimas, con falta de implementos médicos y de medicinas apropiadas. A pesar de conocer de esta situación, el personal médico decidió realizar las esterilizaciones. A partir de ello es correcto afirmar que cualquier médico en la posición y circunstancia de los involucrados podía esperar que surjan complicaciones posteriores a la esterilización quirúrgica o durante esta intervención que puedan conllevar la muerte de las víctimas mujeres. De esta manera, teniendo los médicos posición de garante por injerencia previa, las muertes que se sucedieron a los actos de ligadura de trompas pueden ser imputables a los médicos en forma de una comisión por omisión dolosa.

- No existe dificultad teórica para poder imputar los casos de lesiones graves y homicidios dolosos a los funcionarios superiores responsables (ministros de estado, jefes de programa, responsables departamentales de salud, etc.) de las políticas de esterilizaciones en calidad de autores mediatos por dominio de la organización. Los elementos de la autoría mediata por dominio de la organización son la existencia de una organización estructurada, el poder de mando del autor mediato, la desvinculación de la organización al ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor; y la disponibilidad objetiva del mismo.

- Con respecto a la organización estructurada, es suficiente que este constituye una estructura vertical y piramidal, no siendo necesario que esta presente rigidez. En este sentido, es claro que el Ministerio de Salud constituye una estructura que cumple con dichas características y que, a pesar de no tener la rigidez de las fuerzas armadas, permite al los altos funcionarios asegurar el cumplimiento de las políticas de esterilizaciones involuntarias. Por otro lado, los elementos propuestos por la construcción dogmática de la autoría mediata por dominio de organización no deben tomarse de manera absoluta o rígida sino graduable. Como lo sostiene la doctrina, frente a los casos en los que uno de los elementos se presente de forma tenue, esta debilidad se ve compensada por la sólida y evidente presencia de los demás requisitos.

- Los casos de esterilizaciones pueden y deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad. Esta obligación parte de una norma ius cogens reconocida a través tratados internacionales. De acuerdo a esta norma, constituye un crimen de lesa humanidad un acto inhumano individual que cumpla con los elementos ataque sistemático o generalizado, población civil, elemento político y conocimiento del ataque.

- En el presente caso, el ataque generalizado podría evidenciarse en la existencia de

informes testimoniales, documentos públicos y testimonios que relatan múltiples esterilizaciones quirúrgicas cometidas sin consentimiento (no menos de centenar de acuerdo a las esterilizaciones) y que, en 18 casos, produjo la muerte de las mujeres esterilizadas. Este colectivo estaba conformado por mujeres vulnerables frente al poder del Estado y que forman y formaron parte de la población civil. Por su parte, el elemento político se cumple con la sola omisión deliberada de actuar frente a los casos de esterilizaciones involuntarias. Ellos se produjo ante la omisión del Estado y de los funcionarios superiores de propiciar investigaciones serias respecto de estos graves casos. Finalmente, tanto el personal médico decidió cumplir con la política de esterilizaciones a pesar de saber que estaban realizando operaciones quirúrgicas que no contaban con el consentimiento válido de las mujeres y que no cumplían con las garantías mínimas. Por su parte, los funcionarios responsables de las políticas de esterilizaciones decidieron, a pesar de su posición de garante, fomentar y conminar al personal médico a cumplir dicha política a pesar de conocer del riesgo prohibido creado y de la cantidad de víctimas que se estaba produciendo.

Lima, 30 de octubre de 2014

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO, SECCIÓN PENAL, DE
LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
PERÚ

YVAN MONTOYA VIVANCO

Profesor de la Sección Penal de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público
de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la PUCP

ELIZABETH SALMÓN GARATE
Directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP

EQUIPO TÉCNICO DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS
PÚBLICO, SECCIÓN PENAL, DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

YVÁN MONTOYA VIVANCO
Profesor de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público
Pontificia Universidad Católica del Perú

PAMELA MORALES NAKANDAKARI
Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público
Pontificia Universidad Católica del Perú

BERTHA PRADO MANRIQUE
Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público
Pontificia Universidad Católica del Perú

LOS ABAJO FIRMANTES, PROFESORES UNIVERSITARIOS, CONSIDERANDO LA RELEVANCIA DEL PROBLEMA MATERIA DEL PRESENTE INFORME Y LA SERIEDAD CON LA QUE HA SIDO ABORDADO, NOS ADHERIMOS A ÉL Y LO SUSCRIBIMOS EN TODOS SUS EXTREMOS.

MARÍA SOLEDAD FERNÁNDEZ
Profesora del Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

JOSÉ BURNEO LABRIN
Profesor del Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

BETZABÉ MARCIANI
Profesora del Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

DAVID LOBATON PALACIOS
Profesor del Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

RENATA BREGAGLIO LAZARTE
Profesora del Departamento de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú