



Equipo Técnico de la Clínica Jurídica de Acciones
de Interés Público - Sección Penal^(*)

Comentarios por Yván Montoya Vivanco^(**) y Salomón Lerner Febres^(***)

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?^(****)^(*****)

Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

Resumen: Ante la situación irresuelta de las denuncias de las víctimas de esterilizaciones involuntarias durante el gobierno de Alberto Fujimori, el presente informe pretende identificar criterios de racionalidad provenientes de la doctrina y jurisprudencia penal que le permitan a los operadores judiciales obtener una decisión justa y acorde a una Democracia Constitucional, al momento de determinar la responsabilidad penal.

Asimismo, se cuenta con los comentarios del Dr. Salomón Lerner y Dr. Yvan Montoya, reconocidos abogados defensores de los derechos humanos y entendidos en el tema.

Palabras clave: Esterilizaciones Involuntarias - Lesiones Graves - Homicidio - Dolo - Autoría Mediata - Crimen de Lesa Humanidad.

Abstract: Given the unresolved status of the cases of victims of forced sterilizations during the government of Alberto Fujimori, this report aims to identify criterias of rationality from criminal doctrine and jurisprudence developed over the years, that will enable judicial officers to get a fair decision, consistent with a Constitutional Democracy, when determining criminal responsibility.

Also, with the review of Salomon Lerner and Yvan Montoya, renowned lawyers defenders of human rights and knowledgeable in the subject.

(*) El Equipo Técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público-Sección Penal esta conformada por Yván Montoya Vivanco, Julio Rodríguez Vásquez, Pamela Morales Nakandakari y Bertha Prado.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asesor del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Filosofía por la Universidad Católica Lovaina. Presidente del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(****) Los siguientes profesores de la PUCP se adhieren al presente artículo: Salomón Lerner Febres, Elizabeth Salmón Garate, José Burneo Labrin, María Soledad Fernández Revoredo, David Lobatón Palacios, Betzabé Marciani Burgos y Renata Bregaglio Lazarte.

(*****): Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 20 de enero del 2015 y aprobada su publicación el 30 de enero del mismo año.

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

Keywords: Involuntary Sterilization - Serious Injury - Homicide - Intent - Crime against Humanity

1. Introducción

El 22 de enero de 2014 la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial emitió la resolución de archivamiento de la investigación seguida contra Alberto Fujimori, Eduardo Yong Motta, Marino Costa Bauer, Alejandro Aguinaga y otros funcionarios públicos por la presunta comisión de diversos delitos en el marco de la aplicación del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar por el cual se llevaron a cabo presuntas esterilizaciones involuntarias.

La mencionada resolución fiscal determinó que no existen razones suficientes para formalizar una denuncia penal en contra de Alberto Fujimori por la presunta comisión, en calidad de autor mediato, de los delitos de lesiones graves, lesiones seguidas de muerte y delito de exposición al peligro, los cuales podrían ser calificados también como delitos de lesa humanidad. De igual forma, indicó que no hay mérito para formalizar denuncia penal contra los ex ministros de justicia y los otros funcionarios públicos responsables del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar por la supuesta comisión del delito de homicidio culposo, lesiones graves, lesiones seguidas de muerte, secuestro y coacción.

Además de ello, la 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 Ministerio Público: (i) la calificación de lesiones graves y homicidio doloso; (ii) la imputación por autoría mediata a los funcionarios públicos responsables del Programa de Salud Reproductiva y Planificación familiar; y (iii) la calificación de los hechos como crimen de lesa humanidad.

2. Imputación Penal de los delitos de lesiones graves y homicidio doloso

2.1. Sobre la calificación de lesiones graves dolosas

2.1.1. Análisis del Tipo Objetivo de Lesiones Graves dolosas

El artículo 121 del Código Penal (en adelante, CP) 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 bien jurídico tutelado está constituido por la capacidad de disponer de la propia salud⁽¹⁾. La salud puede ser definida como el estado en el que una persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiéndose por *función* el ejercicio de un órgano⁽²⁾. En ese sentido, cualquier menoscabo del organismo que afecte su equilibrio funcional constituye un daño en la salud tipificable como delito⁽³⁾. 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⁽⁴⁾. Por lo tanto, cualquier actividad que menoscabe la salud reproductiva vulnera el bien jurídico salud.

La ligadura de trompas es un procedimiento quirúrgico que tiene como finalidad impedir

- (1) BERDUGO, Ignacio. *El consentimiento en las lesiones*. En: *Temas de Derecho Penal*. Lima: Cultura Cuzco, 1993; p. 224.
- (2) SALINAS, Ramiro. *El delito de lesiones en la doctrina y jurisprudencia peruana*. En: *Cuadernos jurisprudenciales*, suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia. Año 4. No. 47, Mayo 2005; p. 5.
- (3) *Idem.*; p. 6.
- (4) MOLINA, Aurelio. *Anticoncepción, salud reproductiva y ética*. En: *Género y salud reproductiva en América Latina*. Costa Rica: UNESP, 1999; p. 87. Disponible en web: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=ZGz0IQ9jgb0C&oi=fnd&pg=PA87&dq=ligadura+de+trompas&ots=XASo3Q3l1T&sig=Dbs-2aSVUib0Ug-hp1dPkzGiw2k#v=onepage&q=ligadura%20de%20trompas&f=false>



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

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⁽⁵⁾. En la medida en que incide sobre la salud del paciente, la esterilización es subsumible dentro del tipo de lesiones graves. No obstante, la salud personal es un bien jurídico de carácter individual, y por lo tanto, es fundamental la capacidad de disposición del mismo⁽⁶⁾. 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⁽⁷⁾. De esta manera, el consentimiento 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 típico y antijurídico.

El consentimiento del paciente, y con él, el deber de información por parte del médico, es el centro sobre el que gira cualquier intervención médica⁽⁸⁾. Así lo establecieron la Ley de Política Nacional de Población⁽⁹⁾; la ley que modifica la Ley de Política Nacional de Población⁽¹⁰⁾ y finalmente el art. 4 de la Ley General de Salud (vigente desde 20 julio de 1997). El Manual de Normas y Procedimientos para Actividades de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (en adelante, 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”⁽¹¹⁾. Para que el consentimiento prestado por el paciente sea jurídicamente válido la información brindada por el médico debe cumplir ciertas características: debe ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias⁽¹²⁾. Dicho deber de información debe ser ejercido tomando en cuenta las condiciones subjetivas del paciente, su nivel cultural, edad, situación familiar, etc⁽¹³⁾. 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.

Deben establecerse determinados garantías en la prestación del consentimiento para asegurar que el paciente conoce la trascendencia de su decisión⁽¹⁴⁾. 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, la segunda edición del Manual de Normas y Procedimientos para Actividades de AQV

-
- (5) PARRA, Guido; VERGARA, Felipe, y otros. *Modelos de consentimiento informado en ginecología y obstetricia. Una propuesta*. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología. Volumen 53. No. 2, 2002; p. 147. Disponible en web:<http://www.redalyc.org/pdf/1952/195214303003.pdf>
- (6) BERDUGO, Ignacio. *Óp. cit.*; p. 228.
- (7) GÓMEZ, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003; p. 121.
- (8) URRUELA, Asier y Sergio, ROMEO. *Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica*; p. 37. Disponible en web: <http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf>
- (9) Decreto Legislativo 346 de julio de 1985
- (10) Ley 26530 de septiembre de 1995
- (11) 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. Disponible en web: http://www.trdd.org/PERU_Informe_Final_AQV.pdf
- (12) Sentencia del 03 de octubre de 1997. En: URRUELA, Asier y Sergio, ROMEO. *Óp. Cit.*; p. 38.
- (13) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996; p. 106.
- (14) BERDUGO, Ignacio. *Óp. Cit.*; p. 229.

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

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. Como hemos señalado antes, 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⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾.

La Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial no lo ha entendido así, mostrándolo un razonamiento con absoluta desatención de la realidad. 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 multa⁽¹⁷⁾ 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. De esta manera, el fiscal valoró 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. El fiscal no tiene en cuenta ninguna de estas consideraciones, lo que, en términos jurídicos, implica un atentado al principio de igualdad (artículo 10 del CP). En esta medida, en los casos bajo análisis no existe un consentimiento válido que excluya el injusto de lesiones graves. Las esterilizaciones a las que fueron sometidas múltiples mujeres, entre ellas, María Mestanza, Celia Ramos y Victoria Vigo, configuran el injusto de lesiones graves.

2.1.2. Análisis del Tipo Subjetivo de Lesiones Graves Dolosas

A continuación analizaremos el elemento subjetivo a través de la teoría del dolo como conocimiento y la teoría mixta del dolo.

El dolo como conocimiento del riesgo: Bajo esta teoría, el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Es decir, obra con dolo quien tiene conocimiento que su comportamiento genera un peligro jurídicamente desaprobado frente a un objeto protegido⁽¹⁸⁾. 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⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, existen ciertos desconocimientos que sólo se entienden posibles si el sujeto padece determinados trastornos de percepción, o si es menor de edad⁽²⁰⁾. De esta manera, existen ciertos riesgos básicos respecto de los cuales no es posible aceptar

(15) ROXIN, Claus. *Óp. cit.*; p. 514.

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

(17) 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

(18) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: ARA, 2004; p. 307.

(19) *Ibidem*.

(20) RAGUÉZ Y VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999; pp. 380 y 381.



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

que una persona responsable 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⁽²¹⁾.

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. No es necesario estar vinculado a las ciencias de la salud para saber que realizar una esterilización sin el consentimiento libre de la persona vulnera su derecho a la salud. Cualquier persona promedio manejaría esta información, y aún con mayor razón, un médico o personal de salud. Es irrelevante que el personal médico investigado alegue que desconocía los riesgos de su comportamiento, pues dicho conocimiento le es imputado. De esta manera, el personal médico que llevó a cabo los procedimientos quirúrgicos conocía el peligro concreto que generaba su acción respecto a la salud de las víctimas. Por este motivo, es posible señalar que las personas que llevaron a cabo las intervenciones quirúrgicas aquí cuestionadas actuaron con dolo.

El dolo como conocimiento y voluntad: De acuerdo a esta teoría, la voluntad se aprecia cuando el autor *acepta* realizar la conducta capaz de producir el resultado típico; lo cual, no significa, desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado⁽²²⁾. 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⁽²³⁾.

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*”⁽²⁴⁾. Sin embargo, en el presente caso el personal médico aceptó realizar la supresión de la función reproductora sin un consentimiento válido, conociendo que con ello se creaba un riesgo desaprobado para la salud de las víctimas. De esta manera, bajo cualquier forma de comprensión del dolo, consideramos que el personal médico no actuó con imprudencia, sino con dolo. Es importante resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de octubre de 1995, la misma que a partir de la tesis del dolo mixto reconoce en un caso de esterilizaciones un delito de lesiones dolosas⁽²⁵⁾. El Tribunal español señaló que existen dos excepciones al consentimiento que un paciente debe dar antes de una esterilización: (i) ante un riesgo para la salud pública; y (ii) cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando a sus familiares o personas vinculadas a él⁽²⁶⁾. Ninguna de estas circunstancias ocurrió en el caso, por lo tanto, la ligadura de trompas se debe considerar como delito de lesiones dolosas⁽²⁷⁾. En conclusión, queda absolutamente descartada

(21) *Ídem.*; pp. 391 y 392.

(22) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011; p. 275.

(23) Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 23 de abril de 1992 (síndrome tóxico); fundamento jurídico 3. En: BACIGALUPO, Enrique. *Óp. cit.*; p. 308.

(24) Un aspecto contradictorio en la decisión del Ministerio Público 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 una perspectiva coherente con la gravedad de los hechos violatorios de derechos humanos implica el despliegue doloso del abuso del poder público.

(25) URRUELA, Asier y Sergio, ROMELO. *Óp. cit.*; p. 39.

(26) *Ídem.*; p. 40.

(27) *Ibidem.*

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

la tesis de la fiscalía. Bajo cualquier forma de comprensión del dolo consideramos que el personal médico no actuó con imprudencia, sino con dolo.

2.2. Sobre la calificación de Homicidio Doloso

2.2.1. Análisis del Tipo Objetivo de Homicidio Doloso

El artículo 106 del CP tipifica el delito de homicidio simple. Este tipo penal prohíbe comportamientos que representen un riesgo concreto para el bien jurídico vida. El injusto de homicidio no solo se puede cometer mediante una acción, sino que también es posible la omisión siempre que el sujeto activo tenga la posición de garante frente al bien jurídico vida. Este tipo de omisión está regulado en el artículo 13 del CP y recibe el nombre de comisión por omisión.

La doctrina dominante reduce los supuestos de posición de garante del médico a aquellos casos en que éste ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente. 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 de la posición de garante radica en la injerencia previa del médico, esto es, un comportamiento peligroso del cual se deriva obligaciones de inocuidad para el bien jurídico implicado⁽²⁸⁾. Esto es más evidente cuando el comportamiento precedente constituye no sólo un comportamiento riesgoso sino también antijurídico. Como consecuencia de la posición de garante del personal médico se derivan 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.

Se debe distinguir entre dos modalidades del deber de cuidado: deber de omitir acciones peligrosas y el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. El segundo subgrupo refleja situaciones en las que, no obstante existir en la base una conducta peligrosa activa, ésta se permite siempre que se realicen determinadas acciones que mantengan el nivel de riesgo dentro de los límites permitidos. En el caso del médico, no se exige que reduzca el riesgo a cero. Es

evidente que durante cualquier procedimiento quirúrgico se pueden presentar distintas complicaciones. Sin embargo, se exige que de manera previa a la intervención el personal de salud haya adoptado las medidas de seguridad necesarias para estar en la capacidad de responder de la mejor manera ante una 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.

En los casos de María Mamérita Mestanza Chávez y Celia Ramos Durand, el peligro de la esterilización se mantendría en el riesgo permitido siempre que las esterilizaciones quirúrgicas se hubieran realizado en lugares idóneos, con los equipos e implementos necesarios, y realizando un control adecuado previo. Sin embargo, el personal médico aplicó un método quirúrgico sin respetar las garantías mínimas. De esta manera, se les practicó la esterilización quirúrgica en ambientes que no eran adecuados y que no contaban con los equipos médicos necesarios. 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 falleció días después. De esta manera, se incumplió el deber de actuar prudentemente en situaciones de riesgo y se creó, además, un riesgo prohibido para la vida de estas mujeres. El personal médico adquirió la posición de garante por injerencia previa, lo que obligaba a los médicos a tomar las medidas necesarias para evitar que el riesgo creado produzca la muerte de las pacientes. Sin embargo, se omitió realizar los controles posteriores de ambas pacientes. Recordemos que luego de ser dada de alta, la salud de

(28) Sobre el particular, LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002; pp. 91 y subsiguientes.



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

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. María murió ocho días después de la operación. Del análisis de los hechos, es posible evaluar la configuración de delitos de homicidio mediante comisión por omisión.

2.2.2. Análisis del Tipo Subjetivo de Homicidio Doloso

Tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: el dolo directo (o intención), el dolo indirecto (o de consecuencias necesarias) y el dolo eventual. El dolo directo se caracteriza porque las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor. El autor sabe que su proyecto de acción realizará *con seguridad* todos los elementos del tipo⁽²⁹⁾. Por otro lado, en el dolo de consecuencias necesarias el autor no dirige su voluntad a las consecuencias ulteriores de su acción. Sin embargo el desarrollo de su conducta lleva necesariamente a la producción de dichas consecuencias ulteriores. Finalmente, hay dolo eventual cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico⁽³⁰⁾. El autor obra teniendo conocimiento del peligro de su acción, no pudiendo confiar razonablemente en que no se producirá el resultado ulterior dañoso.

En el caso concreto, María y Celia fueron sometidas a un procedimiento que transgredió toda la normativa, reglamentos y protocolos médicos para realizar estas intervenciones quirúrgicas. En principio, se practicaron en lugares no adecuados y sin las garantías mínimas (falta de implementos médicos y de medicinas apropiadas⁽³¹⁾). El personal médico conocía que realizar una intervención quirúrgica sin los cuidados adecuados pre ni post operatorios, y sin los equipos necesarios, implica un riesgo concreto para la vida de las pacientes. En ese sentido, resultaba previsible la posibilidad

de la muerte de María Mestanza y Celia Ramos. Cualquier médico en la posición y circunstancia de los involucrados no puede confiar razonablemente que complicaciones posteriores a la esterilización quirúrgica o durante esta intervención no puedan conllevar la muerte de las víctimas mujeres, y ello es dolo eventual.

3. Imputación de responsabilidad penal a los funcionarios superiores como autores mediatos por dominio de la organización

La teoría de la *autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder*, fue postulada en 1963 por Claus Roxin y se encuentra reconocida en el artículo 23 del CP⁽³²⁾. Según esta teoría, el autor mediato, en el marco de un aparato de poder, aprovecha la actuación de un tercero para alcanzar su fin delictivo. 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 o de autodeterminación. En el caso de la autoría mediata por dominio de organización no existe tal déficit en los ejecutores. Se trata de sujetos responsables como lo son los autores mediatos.

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

(29) ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003; pp. 82 y 83.

(30) *Ídem.*; p. 308.

(31) Denuncia Fiscal numeral 43.

(32) Adicionalmente, la teoría de la autoría mediata se encuentra regulada en el art. 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*. No. 40. Julio-Septiembre de 2012. Disponible en web: [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.

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

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⁽³³⁾. Este último elemento tiene una naturaleza contingente, más no necesaria.

Cabe mencionar que estos presupuestos deben interpretarse de manera conjunta y sistemática⁽³⁴⁾. En ese sentido, la confluencia de los elementos descritos que permiten evidenciar la existencia del dominio de la organización del autor mediato tiene naturaleza graduable. 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 desaparezca por completo"⁽³⁵⁾.

3.1. 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⁽³⁶⁾. El autor mediato "tiene a su disposición una 'maquinaria' personal a través de la cual puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor"⁽³⁷⁾.

En el presente caso el Ministerio Público sostuvo 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 la del Ejército o 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 jerárquica⁽³⁸⁾. Lo que se ha demandado siempre es, en realidad, que se se trate de una organización vertical y piramidal. Pues bien, el Ministerio de Salud en aquel contexto y en el actual constituye una estructura vertical y piramidal: existe el ente central constituido por el Presidente de la República y/o el Ministro de Salud, el Jefe del programa nacional competente para estos temas, el jefe 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.

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

(33) Véase: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Sala Penal Especial, (CSJ-SPE) Expediente No. AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE*; párrafos 726 y 727. Disponible en web: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf

(34) CSJ-SPE, párrafo 727.

(35) FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006; pp. 236 y 237.

(36) CSJ-SPE, párrafo, 726.

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

(38) 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, 2000; pp. 337-339.



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

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 vulnerable⁽³⁹⁾ es por supuesto compensable frente a la rigidez que puede existir en las Fuerzas Armadas.

3.2. Poder de Mando

El poder de mando “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”⁽⁴⁰⁾.

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 preveía la aplicación de esterilizaciones involuntarias, es posible afirmar que quienes aprobaron la implementación de dicha política pertenecen a un nivel estratégico superior. Este 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; sino todo lo contrario, el Perú se caracterizaba por tener una organización gubernamental absolutamente centralizada desde la capital. 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 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.

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.

3.3. 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”⁽⁴¹⁾. Cabe mencionar que la actuación paralela de la organización, puede ser respecto del ordenamiento jurídico nacional como internacional⁽⁴²⁾. 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

(39) 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.

(40) CSJ-SPE párrafo 729.

(41) CSJ-SPE párrafo 743.

(42) Véase: 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: Depalma, 1985.

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

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 violatorias a los derechos humanos, como el presente caso.

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 lesión a la salud o la muerte, desconoce las obligación en materia de derechos humanos y normas de cuidado establecidas en el derecho interno para proteger la vida y la salud de las personas. De lo que podemos inferir que la implementación y ejecución de la política descrita presentan una desvinculación del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

3.4 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”⁽⁴³⁾. De ahí que se hable del poder de sustitución que ostenta el autor mediato⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, el existe una distinción en torno a la fungibilidad negativa y positiva. En el primer caso, se hace referencia a aquellas situaciones en las que la 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⁽⁴⁵⁾. 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⁽⁴⁶⁾.

En el presente caso, 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 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.

4. Calificación de los hechos como crimen de lesa humanidad

4.1. Fuentes y elementos del crimen de lesa humanidad

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional (1945) contuvo por primera vez la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad. 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 humanidad⁽⁴⁷⁾. Ello ha dado lugar al reconocimiento

(43) CSJ-SPE párrafo 737.

(44) FERNÁNDEZ IBAÑEZ, Eva. *Óp. cit.*; pp. 128-132.

(45) CSJ-SPE párrafo 738.

(46) *Ibidem*.

(47) 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



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

progresivo de una norma *ius cogens*. De acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena, una norma *ius cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general; es decir, 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 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. 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 (1945) y de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968), 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 elementos⁽⁴⁸⁾: los actos inhumanos individuales y el elemento contexto.

Los actos inhumanos individuales están compuestos por un conjunto de formas particulares de delitos comunes⁽⁴⁹⁾. En el presente caso, hemos visto como los actos inhumanos individuales se concretizan en las esterilizaciones involuntarias y los homicidios dolosos. Por otro lado, el elemento contexto remarca el marco que debe tener un

delito común para ser considerado un crimen de lesa humanidad. Este elemento se define por los siguientes sub elementos: *ataque sistemático o generalizado; población civil; elemento de la política; y conocimiento del ataque.*

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. La instituciones legislativas y jurídicas del Derecho interno no tienen la capacidad de delimitar un concepto que no sólo está definido en convenciones internacionales, sino que tiene naturaleza de norma *ius cogens*. El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 señala que ningún Estado parte podrá invocar disposiciones de Derecho interno como justificación de incumplir un tratado. Sin embargo, la Segunda Fiscalía Supraprovincial, en vez de utilizar las fuentes internacionales, recurrió a una sentencia del Tribunal Constitucional peruano⁽⁵⁰⁾ para identificar los elementos del crimen de lesa humanidad. Dicha metodología inadecuada le permitió al Ministerio Público afirmar, equivocadamente, que los hechos materia del presente informe no califican como crimen de lesa humanidad.

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".

(48) AMBOS, Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons: Madrid, 2006; pp. 168 y subsiguientes.

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

(50) Sentencia del 21 de marzo de 2011 recaída en el Expediente No. 024-2010 PI/TC

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

4.2. El elemento de contexto en los casos de esterilizaciones quirúrgicas involuntarias dolosas

4.2.1. 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 Internacional para Ruanda (TIPR)⁽⁵¹⁾. El hecho de que el ataque deba ser sistemático o, alternativamente, generalizado evidencian el fundamento de todo crimen de lesa humanidad: su gravedad especial frente a otro tipo de crímenes⁽⁵²⁾. Con respecto a la sistematicidad, la acción deberá ser organizada y metódica. El elemento ataque sistemático es un elemento cualitativo que evidencia la gravedad del crimen. En cambio, el ataque generalizado representa un supuesto cuantitativo, toda vez que impone como resultado un elevado número de víctimas⁽⁵³⁾.

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 válido en contra de mujeres de zonas rurales de diversa provincias del país.

4.2.2. Población Civil

El término población civil debe responder no al estatus sino a la situación particular y concreta de la víctima⁽⁵⁴⁾. 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 frente a un aparato organizado como el Estado. 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.

4.2.3. 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 individuales⁽⁵⁵⁾. 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”⁽⁵⁶⁾. Asimismo, 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. En el presente caso, las esterilizaciones involuntarias y los casos de homicidios dolosos se han producido dentro de una política estatal. Además de ello, Estado y los funcionarios superiores han omitido de propiciar investigaciones serias respecto de estos graves casos.

(51) Artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

(52) AMBOS, Kai. *Óp. cit.*; pp. 168 y subsiguientes.

(53) AMBOS, Kai. *Temas de Derecho penal europeo e internacional*; p. 136.

(54) PARENTI, 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.

(55) AMBOS, Kai. *Óp. cit.*; p. 155.

(56) AMBOS, Kai. *Óp. cit.*; p. 306.



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

4.2.4. El conocimiento suficiente del ataque (dolo)

Para calificar un delito como crimen de lesa humanidad, en el espectro subjetivo, el agente debe conocer existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil y que su conducta es parte de aquel ataque. El Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia señaló que basta que el agente tenga conocimiento del riesgo de que su conducta forme parte de un ataque contra la población civil para que se configure el dolo⁽⁵⁷⁾. En otras palabras, 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 ocurriera⁽⁵⁸⁾. Dicho con otras palabras, es posible cometer el delito a través de dolo eventual.

Una de las razones que llevo al fiscal a desestimar el presente caso como un crimen de lesa humanidad fue la supuesta ausencia del dolo. Esta decisión se fundamentó en una lectura formal de los fines propuestos por el programa de salud reproductiva. En esta línea, el Ministerio Público señaló que el programa de salud reproductiva no tenía el *dolo* de mutilar. Sin embargo, el tipo subjetivo solo es atribuible a personas naturales, de manera que el programa de salud no puede actuar con dolo o culpa. El dolo se debe analizar respecto del personal de salud y funcionarios públicos responsables de dicha política de salud. Para realizar dicho análisis no basta con constatar el discurso formal de las políticas de planificación familiar. Es necesario recurrir a las disposiciones concretas, documentos u órdenes (aunque sean verbales) dirigidas a los jefes regionales y los acuerdos a los que se llegaron en las sesiones que se tuvieron. 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 que buscaba, 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.

En el presente caso, el personal médico decidió esterilizar a una gran cantidad de mujeres conociendo que dicho acto

se enmarcaba en un programa que buscaba cumplir con metas cuantitativas sin importar la existencia del consentimiento válido de las pacientes y sin los instrumentos idóneos para realizar dicha operación. Por su parte, los funcionarios responsables del programa de salud (presidente de la República, ministros de salud, jefes de programa y directores regionales de salud) tenían el conocimiento de que estaban fomentando una normativa de planificación familiar que se concentraba en un método quirúrgico de carácter prácticamente irreversible. Ello conllevaba una serie de obligaciones en la preparación, ejecución y supervisión del programa de esterilizaciones. Tales obligaciones suponían el deber de requerir información periódica, realizar visitas permanentes a los diversos establecimientos de salud, evaluar las condiciones en las que se realizaban las intervenciones quirúrgicas, disponer de un sistema de quejas de las usuarias a efectos de corregir rápidamente las deficiencias del programa y sancionar a todo aquel personal médico que hubiera procedido a una esterilización quirúrgica sin la libre expresión de voluntad de la paciente. Los funcionarios públicos responsables de dicho programa, lejos de cumplir con estos deberes, establecieron metas conminativas para ser cumplidas en las regiones (advirtiéndose de consecuencias desfavorables si tales metas no se cumplían). En este sentido, los funcionarios públicos superiores tenían conocimiento de que la referida política probablemente generaría un número extendido de mujeres (especialmente quechuahablantes y de zonas rurales) sometidas a una práctica de ligadura de trompas bajo engaño, presión o amenaza de un determinado número de médicos y personal sanitario subordinados del Ministerio de Salud.

(57) *Ídem.*; p. 308.

(58) PARENTI, Pablo. *Óp. cit.*; p. 63.

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

5. Conclusiones

- a) El Estado peruano durante los años 1995 hasta 1997 implementó una política de planificación familiar que priorizó el método quirúrgico de esterilización. Existen indicios de que dicho método se aplicó a un número extenso de mujeres, fundamentalmente de zonas pobres, andinas, rurales y quechuhablantes. Según las investigaciones tales víctimas podrían alcanzar el número de 2017 mujeres.
- b) Según las denuncias formuladas, el personal de salud utilizó una serie de medios coercitivos o fraudulentos a efectos de lograr esterilizar quirúrgicamente a las 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 acosamiento de parte del personal médico. 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.
- c) Las lesiones graves fueron cometidas de manera dolosa. 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, conocimiento y voluntad de suprimir una función reproductora sin el consentimiento válido de la víctima.
- d) Los homicidios cometidos en los casos materia de análisis fueron cometidos de manera dolosa. 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. En otras palabras, el personal médico decidió realizar una intervención quirúrgica que implicaba un riesgo concreto y prohibido contra la vida de María y Celia. 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, los homicidios cometidos en el presente caso fueron cometidos por dolo eventual.

- e) No existe dificultad teórica para poder imputar los casos de lesiones graves y homicidios dolosos a los funcionarios superiores responsables de las políticas de esterilizaciones en calidad de autores mediatos por dominio de la organización. Los elementos de esta modalidad de autoría son la existencia de una organización estructurada, el poder de mando, 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 estemos frente a una estructura vertical y piramidal, no siendo necesario que esta presente rigidez. El Ministerio de Salud constituye una estructura que cumple con dichas características y que permite a los altos funcionarios asegurar el cumplimiento de las políticas de esterilizaciones involuntarias. Los elementos propuestos por la construcción dogmática de la autoría mediata por dominio de organización no deben tomarse de manera rígida. Frente a los casos en los que uno de los elementos se presente



Equipo técnico de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público - Sección Penal

de forma tenue, esta debilidad se ve compensada por la sólida y evidente presencia de los demás requisitos.

- f) Los casos de esterilizaciones deben ser calificados como crímenes de lesa humanidad. 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. El ataque generalizado se evidenciaría en la existencia de testimonios y documentos públicos que relatan múltiples esterilizaciones quirúrgicas cometidas sin consentimiento 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 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 de propiciar investigaciones serias respecto de estos graves casos. Finalmente, el personal médico decidió cumplir con la política de esterilizaciones a pesar de saber que estaban propiciando 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, conminar al personal médico a cumplir dicha política a pesar de conocer del riesgo prohibido creado y la cantidad de víctimas que se estaba produciendo.

Comentario por Salomón Lerner Febres

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 el marco teórico necesario para evaluar la responsabilidad penal de los funcionarios superiores que diseñaron, impulsaron y ejecutaron la política de esterilizaciones quirúrgicas llevadas a cabo en el Perú durante los años 1996 a 1998 y especialmente aplicadas a mujeres de zonas rurales pobres y quechua hablantes del país.

La gravedad de estos delitos cometidos contra la población civil de manera generalizada hace necesario que la sociedad civil se comprometa, fiscalice y colabore con el procesamiento y juzgamiento de los responsables de estos actos de graves violaciones de los derechos humanos, especialmente de mujeres en nuestro país. Es por este motivo que el siguiente informe jurídico-penal pretende identificar criterios de racionalidad provenientes de la doctrina y jurisprudencia penal que le permitan a los operadores judiciales obtener una decisión justa y acorde a una Democracia Constitucional.

Comentario por Yván Montoya Vivanco

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. En el año 1994 el gobierno peruano incorporó la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar. 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 impuestas de manera prácticamente 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 quechua hablantes 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

Esterilizaciones durante el gobierno de Alberto Fujimori: ¿política de planificación familiar o delitos dolosos y crímenes de lesa humanidad?
Sterilizations during the Alberto Fujimori's government: family planning policy or intentional crimes and crimes against humanity?

(diciéndoles que en caso se nieguen a la operación, no recibirían apoyo del gobierno o podrían ser denunciadas penalmente).

De esta manera, Alberto Fujimori, junto a altos funcionarios del Ministerio de Salud y otros servidores públicos de su régimen, construyeron una política dirigida a garantizar, a cualquier costo, la esterilización de un amplio grupo de mujeres quechuahablantes de zonas rurales. Cabe señalar que esta política estuvo dirigida especialmente a las mujeres. En este sentido, el Informe Defensorial No 69 señaló que hasta el 2001 hubo 272 028 esterilizaciones hechas a mujeres frente a 22 004 esterilizaciones realizadas a varones. Estas intervenciones quirúrgicas se realizaron en varios casos sin tomar en cuenta la voluntad informada de las mujeres, en ambientes inadecuados y sin contar con los equipos médicos necesarios. Resulta evidente que estos casos constituyen un crimen nefasto cometido especialmente ante un grupo socialmente vulnerable y que evidencia discriminación por razones de género, socioeconómicas y étnicas.

Frente a la gravedad de estos actos, las víctimas de las esterilizaciones involuntarias plantearon varias denuncias penales. Sin embargo, el sistema judicial, controlado por el gobierno corrupto de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, terminó absolviendo al personal médico o sanitario responsables de estos crímenes. En 1998 las víctimas de estos actos acudieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este marco, el Estado peruano aceptó internacionalmente que las esterilizaciones involuntarias implicaron una grave violación de derechos humanos. Asimismo, el Perú se comprometió a investigar y sancionar a los responsables de estos graves

actos contras los derechos humanos, incluyendo a los altos funcionarios responsables de las políticas que determinarón la comisión de tales delitos. A partir de este acuerdo se inició en el 2002 una investigación fiscal. Dicha investigación involucraba a 2 074 agraviadas, entre las que se encontraban 18 fallecidas. A pesar de ello, en el 2009 el Ministerio Público archivó de manera definitiva la investigación. El 5 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un informe en el que condenaba esta resolución fiscal por considerarla contradictoria al compromiso del Estado peruano de investigar y condenar a los responsables de estos crímenes. Por este motivo, en el 2013 el Ministerio Público reabrió la investigación fiscal en contra de Alberto Fujimori y a los funcionarios públicos que participaron en el programa de esterilizaciones forzadas. Sin embargo, el 22 de enero del 2014 la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial decidió archivar nuevamente las denuncias penales. De acuerdo a esta resolución, los actos cometidos no constituyen delitos dolosos ni crímenes de lesa humanidad, toda vez que se realizaron en el marco de un programa de salud cuyo objetivo formal era disminuir la tasa de crecimiento poblacional. Asimismo, la Fiscalía señaló en esa oportunidad que Alberto Fujimori y los altos funcionarios públicos involucrados no podían responder penalmente, toda vez que la figura de la autoría mediata no era aplicable al Ministerio de Salud. Esta decisión ha sido impugnada por las víctimas y actualmente se encuentra pendiente de resolver por la Tercera Fiscalía Superior Nacional.

Como vemos, en más de 15 años se ha dejado en la impunidad estos graves crímenes. Por este motivo, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica decidió emitir un *amicus curiae* sobre el marco jurídico aplicable a los hechos antes comentados. 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 constituye una forma de participación de la comunidad jurídica en las decisiones del sistema de impartición de justicia (Poder judicial y Ministerio Público). En esta línea, la elaboración del presente *amicus curiae* pretende impulsar, desde la sociedad civil, una adecuada y debida impartición de justicia en estos graves casos de violación de derechos humanos. 