

El archivamiento del caso “esterilizaciones forzadas”: una mirada desde el Derecho Penal

Por: *Yvana Lucía Novoa Curich*

Asistente Principal del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

I. Breve resumen de los hechos

En 1991, el entonces presidente Alberto Fujimori declaró el Año de la Austeridad y la Planificación Familiar, lo cual suponía que las políticas del gobierno en ese año estarían encaminadas a lograr las metas planteadas por dicha denominación. Entre 1991 y 1995 se aprobó el Programa Nacional de Población, cuya meta era reducir la tasa de crecimiento al 2.0% y la Tasa Global de Fecundidad a 3.3 hijos por mujer en promedio. El Programa de Planificación Familiar aplicó y distribuyó varios métodos anticonceptivos. Posteriormente, entre 1992 y 1995 se llevó a cabo el Programa Nacional de Atención a la Salud Reproductiva de la Familia, el cual buscaba contribuir a lograr una tasa de crecimiento poblacional que permitirá al país llegar a los niveles de desarrollo a los cuales aspiraba, por medio de la disminución de la fertilidad en armonía con la libre decisión de la población sobre el tamaño de su familia y el intervalo entre cada hijo.

Asimismo, el gobierno de Alberto Fujimori implementó un marco normativo, al parecer, tendiente a facilitar las metas trazadas por sus planes de “planificación familiar”. Es así que, en 1992 se aprobó la Resolución Ministerial N° 0738-92-SA, por la cual se legalizó la esterilización como método anticonceptivo. Luego, en 1995, se modificó la Ley Nacional de Población¹ excluyendo así solo al aborto de la lista de mecanismos anticonceptivos permitidos legalmente.

Adicionalmente, en 1996, a través de la Resolución Ministerial N° 071-96 SA/DM, se aprobó el Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar (1996-2000) cuya principal finalidad fue masificar el uso de métodos de planificación familiar, entre los cuales se encontraba la anticoncepción quirúrgica. Este programa se planteó lograr que el 100% de las pacientes que fueran atendidas institucionalmente en el parto o aborto, salgan de dicha atención habiendo iniciado algún método de anticoncepción. La promoción, implementación y realización de las políticas y metas relacionadas con dicho programa estuvieron a cargo del Ministerio de Salud, directamente. Es en virtud de este programa que miles de mujeres peruanas – sobre todo indígenas, de zonas de mucha pobreza y residentes de áreas rurales, periféricas urbanas, andinas y amazónicas del Perú - fueron sometidas a procedimientos quirúrgicos de esterilización sin mediar su consentimiento válido previo.

Según las investigaciones realizadas hasta la fecha, el número al que ascenderían los procedimientos de esterilización forzada sería de 314 605 mujeres. De este gran número, serían varias las mujeres que habrían encontrado la muerte, debido a la mala praxis de dichos procedimientos quirúrgicos no consentidos.

¹ Decreto Legislativo N° 346

Es en este contexto que se realiza la denuncia penal por dos casos concretos de esterilizaciones forzadas seguidas de muerte. El primero es el caso de María Mamérita Mestanza Chávez y el segundo es el caso de Celia Ramos Durand.

II. Delitos investigados

La Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial emitió la Resolución Fiscal de archivamiento de fecha 22 de enero de 2014 que guarda relación con la investigación N° 029-2011 seguida contra el expresidente Alberto Fujimori, Eduardo Yong Motta y otros 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 anticoncepciones quirúrgicas presuntamente forzadas. En específico, la investigación fue llevada a cabo en torno al caso de la señora María Memérita Mestanza ,quien falleció luego de que se le practicara una operación quirúrgica de anticoncepción, la cual se habría llevado a cabo sin que medie su voluntad y consentimiento previo e informado.

Los delitos que han sido materia de investigación por el Ministerio Público son los siguientes:

- Lesiones graves
- Lesiones seguidas de muerte
- Homicidio culposo
- Exposición a peligro
- Secuestro
- Coacción
- Peculado
- Encubrimiento real
- Omisión de denuncia
- Omisión de funciones

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 Eduardo Yong Motta y otros por la supuesta comisión del delito de homicidio culposo, lesiones graves, lesiones seguidas de muerte, secuestro y coacción. Tampoco se formaliza denuncia por la supuesta comisión del delito de peculado, ni de encubrimiento real y omisión de denuncia.

Los únicos investigados contra quienes se formaliza denuncia penal son Alindor Torres Moreno y Enrique Cabrera Cerna, por haber cometido supuestamente el delito de encubrimiento real e incumplimiento de funciones. De la misma manera, la Segunda Fiscalía Supraprovincial determina que ha lugar a formalizar denuncia penal contra estas personas como presuntos coautores del delito de homicidio culposo en agravio de María Mamérita Mestanza Chávez. Finalmente, se establece que hay lugar a formalizar denuncia contra Carlos Alberto Rueda Fernández, Segundo Liborio Cerna Rodríguez, en calidad de autores, y contra Enrique Octavio Marroquín Osorio y Edina Zavaleta Días como cómplices primarios de la supuesta comisión del delito de exposición a peligro de persona dependiente con circunstancia agravante, en agravio de Mamérita Mestanza.

III. Sobre las consideraciones de la Fiscalía respecto al Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar del gobierno de Alberto Fujimori

El expresidente Alberto Fujimori fue investigado por supuestamente haber sido autor de una política pública implementada por el Estado peruano entre los años 1995 a 2000, por la cual se habría esterilizado forzosamente a muchas mujeres integrantes del estrato socioeconómico de pobreza en diversas regiones del país. Esta política se habría llevado a cabo de manera generalizada y sistemática, convirtiendo los hechos cometidos en delitos de lesa humanidad, para el derecho penal internacional. Así pues, se imputa a Alberto Fujimori que, en el ejercicio de su cargo, haya implementado el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, en virtud del cual se habrían llevado a cabo miles de procedimientos quirúrgicos de esterilización no consentida y que, además, no respetaron las condiciones necesarias de asepsia, bioseguridad, control y supervisión correspondiente.

La Segunda Fiscalía Supraprovincial señaló en la resolución bajo comentario que el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar implementado por Fujimori tuvo como antecedentes diversas convenciones y conferencias mundiales sobre la defensa de los derechos de la mujer. Además, se indica que el método de anticoncepción quirúrgica voluntaria (AQV) se implementó en virtud de la Ley 26530, la cual fue aprobada por el Congreso de la República bajo el procedimiento regular de aprobación de leyes. En este orden de ideas, la Segunda Fiscalía establece que la verdadera intención del mencionado programa gubernamental fue *“el hacer posible el acceso de las mujeres de todos los estratos sociales del país a los diversos métodos de planificación familiar existentes, y con ellos, hacer factible el logro de uno de los fines del Estado, como era, resolver el problema de Salud Pública vinculado a las altísimas tasas de muerte materna y mortalidad infantil (...) sobre todo en los estratos sociales de pobreza y extrema pobreza de las zonas rurales (...)”*² Además, la Fiscalía defiende el Programa de Salud Reproductiva indicando que la administración del método AQV se encontraba provisto de un marco normativo reflejado en el *“Manual de Procedimientos para la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria”*, el cual estaba diseñado para brindar un servicio de orientación y consejería a las madres usuarias y asegurar el respeto al derecho a la libre elección e información previa antes del otorgamiento del consentimiento.

Adicionalmente, la Fiscalía concluye sobre este punto estableciendo que los aspectos recientemente 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”*³.

Al respecto, consideramos necesario aclarar que un programa social puede haber sido diseñado y justificado legalmente de manera adecuada. Sin embargo, ello no es óbice para que al momento de su implementación, los funcionarios públicos a cargo de esta etapa puedan cometer delitos aprovechando la *“fachada”* de legalidad que el programa tiene en virtud del paquete normativo

² Resolución de fecha 22 de enero de 2014, emitida por la Segunda Fiscalía Supraprovincial, p. 42.

³ Ibidem, p. 43.

que justifica sus fines y de los procedimientos adecuados llevados a cabo para su creación. Siendo esto así, no es correcto deducir que por el hecho de que el programa social en cuestión haya sido creado a través de la Ley 26530 - la cual, a su vez, fue dada siguiendo los procedimientos adecuados y previamente establecidos - todo lo que ocurra en el marco de la implementación de dicha ley es automáticamente lícito. Si el razonamiento aplicado por la Fiscalía fuera correcto, entonces estaríamos obligados a afirmar y aceptar que difícilmente podrían encontrarse casos de corrupción o de otros delitos cometidos desde el Estado, ya que no estaríamos valorando ni controlando los comportamientos realmente desplegados por los funcionarios a cargo de implementar programas sociales, en este caso.

Entonces, si bien las normas que crearon el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar contienen justificaciones adecuadas al Derecho y que plantean finalidades legítimas, esto no resulta suficiente para analizar si el comportamiento de una persona es doloso o no, como sí parece inferir el fiscal. Resulta sumamente necesario que en la investigación de un caso se analicen los indicios y elementos de prueba en conjunto y no por separado para poder llegar a una conclusión razonable y realmente lógica sobre lo posiblemente ocurrido. Así, la Fiscalía no parece haber tomado en cuenta, al momento de analizar la existencia de dolo, los otros indicios referidos por ejemplo, al hostigamiento que la víctima habría sufrido para que aceptara someterse a la operación de esterilización ni tampoco el ocultamiento de las causas reales de su muerte por parte de los funcionarios médicos a cargo (hecho que la propia fiscalía acepta).

IV. Sobre la presunta autoría mediata del investigado Alberto Fujimori

El ex Presidente Alberto Fujimori fue investigado por la presunta comisión de los delitos señalados en el primer acápite en calidad de autor mediato. Al respecto, la Fiscalía ha considerado pertinente enumerar las tres posibles formas de autoría mediata que se podrían dar:

- 1) Autoría mediata por dominio de la voluntad
- 2) Autoría mediata por dominio de la libertad
- 3) Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder

Es esta última modalidad la cual habría sido llevada a cabo por Alberto Fujimori. Para la Fiscalía, lo característico de la autoría mediata es la situación particular en la cual se encuentra el intermediario. Esto es, *“el realizador material actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello, debido a que se halla provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando, engañando al instrumento o utilizándole con su falta de libertad o su ignorancia de la situación (...)”*⁴.

Sobre esta afirmación es importante resaltar que en los casos de autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados, el realizador material no podría actuar sin libertad, pues afirmar esto implicaría decir que el realizador material es una persona inimputable, lo cual no es lógico si recordamos que nos encontramos en la tercera modalidad de autoría mediata (autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder) y no ante la modalidad de autoría mediata por dominio de la voluntad mediante la instrumentalización de inimputables. Con respecto a este tercer tipo de autoría mediata, Roxin indica lo siguiente:

⁴ Inidem, p. 46.

“Se caracteriza porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor (...) Una organización así, despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona automáticamente sin que importe la persona individual del ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.”⁵

Como puede apreciarse, una característica principal de la autoría mediata por dominio de la organización es la fungibilidad del agente ejecutor. Este último tiene libertad y responsabilidad y, en por ello, responderá como autor culpable y de propia mano. Sin embargo, esto no afecta el hecho de que el sujeto de atrás tenga dominio de la acción.⁶

La Fiscalía establece en la resolución en cuestión que si bien es cierto que existió, en el presente caso, un aparato organizado de poder donde Alberto Fujimori, como jefe de Estado, tenía el poder de mando y los Ministros de Estado y Directores Nacionales de Salud eran los transmisores de dicho poder, no sería cierto que dicha estructura haya tenido una jerarquía rígida y tampoco se habrían encontrado indicios razonables de que el Programa de Salud Reproductiva haya operado de manera apartada del Derecho. Esto último ya que el programa fue aprobado por el Gobierno Central luego de la aprobación del Congreso de la República.

No obstante, estamos en desacuerdo con la conclusión a la que ha llegado la fiscalía. En primer lugar, sobre la afirmación de que la organización de poder no ha actuado al margen del Derecho por la simple razón de que el programa fue creado por un procedimiento legislativo adecuado a la ley, somos de la opinión de que nuevamente se incurre en el error de confundir el revestimiento o forma legal con el actuar de los sujetos que laboran y tienen funciones en el seno de dicha creación legal. Si el razonamiento de la Segunda Fiscalía fuera correcto, entonces muy probablemente nunca nos encontraríamos ante una situación de autoría mediata por dominio de la organización en el marco de organizaciones estatales (que, paradójicamente es el contexto más común en el cual se despliega dicha forma de autoría mediata).

Con respecto a la conclusión de que el aparato organizado de poder que sí existió no tuvo una estructura rígida, la Fiscalía no da ningún argumento para sustentar dicha tesis. Ante esto, es importante tener en cuenta que la rigidez de la que habla Roxin y que la Fiscalía cita en su dictamen implica que *“la transmisión de órdenes por los “autores de escritorio” dentro del aparato organizado es cumplida casi de modo automático por los distintos ejecutores materiales. Y es jerárquica en cuanto a que la asignación de determinados roles dentro de la cadena de mando se*

⁵ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 270.

⁶ ROXIN. Ibidem, p. 271.

*cumple de manera estricta*⁷. Dicho de otra manera, una estructura rígida tiene como fundamento el “*mecanismo funcional del aparato, esto es, su automatismo o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato.*”⁸ De esta manera, la Fiscalía no explica por qué motivo o qué elementos encontrados durante la investigación la han llevado a concluir que no existe rigidez ni jerarquización dentro de la estructura del aparato de poder.

V. Sobre la presunta comisión del delito de coacción

Uno de los delitos materia de investigación es el delito de coacción, cometido supuestamente contra la señora Mamérita Mestanza, quien habría sido acosada y coaccionada junto a su esposo para que aceptaran someterla al procedimiento quirúrgico de esterilización, producto del cual falleció.

Con respecto a este delito, la Fiscalía establece que el bien jurídico protegido es la libertad personal y que la conducta típica sancionada penalmente es el obligar a otra persona a hacer lo que no está ordenado en la ley o impedirle de realizar lo que la ley no prohíbe. Esta conducta debe ser realizada a través de violencia o amenaza contra la víctima. El temor, indica la Fiscalía, 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.

En este orden de ideas, el Ministerio Público establece durante la investigación se han 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 realizaran el AQV, sin embargo, no se han hallado indicios de que dichas presiones hayan sido lo suficientemente contundentes como para quebrar la voluntad de las personas. Además, se señala que en la denuncia se ha hecho mención a la utilización de engaño por parte de los agentes, pero el engaño no constituiría un medio para cometer el delito de coacción. De esta manera, la Fiscalía concluye que al no haber evidencia de que se haya amenazado o infligido violencia física a Mamérita Mestanza para que se practique la ligadura de trompas, el delito de coacción no se habría cometido en su contra.

Es de suma importancia resaltar la argumentación del Ministerio Público en este caso cuando afirma lo siguiente:

“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

⁷ CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la punición del es Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal. En: AMBOS, Kai y MEINI, Iván (editores). La autoría mediata. Lima: Ara Editores, 2010, p. 150.

⁸ Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en el expediente n° A.V. 19-2001, de fecha 7 de abril de 2009, fundamento 726.

imputar, atribuir o inculpar a alguien respecto de la presunta comisión de un delito. Vale decir, que conforme se ha dicho en líneas anteriores, y aún se sostiene, que el delito de coacción se tipifica cuando se emplea amenaza o violencia contra una persona para que ésta haga algo que la ley no obliga o deje de hacer lo que la ley no prohíbe. 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 está expresado en 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.⁹ [El subrayado es nuestro]

Respecto a esta argumentación, el Ministerio Público olvida que el razonamiento y la valoración jurídico-penal tiene como objeto el caso concreto, con sus propias circunstancias y características, que no se puede analizar un caso en abstracto y resolver sin tomar en cuenta las condiciones reales de los hechos. Y es que Mamérita Mestanza y su esposo fueron amenazados con que si ella no se practicaba la esterilización, su esposo iría a la cárcel y tendrían que pagar una multa – sanciones que la ley no establecía ni establece actualmente-. Es necesario recordar la situación concreta en la que se encontraba la víctima y su familia al momento de los hechos: eran una familia de recursos económicos muy bajos y que tenían 7 hijos y vivían en el Caserío Alto Sogorón en Cajamarca. Se puede presumir, entonces, que la situación económica en la que vivían era sumamente difícil sobre todo teniendo en cuenta que tenían que mantener a sus 7 hijos además de a ellos mismos. En este contexto tan apremiante, la advertencia de tener que pagar una multa - lo cual implica disponer de dinero que no tienen o que en todo caso les hace falta para subsistir- y, peor aún la amenaza de que el esposo vaya a la cárcel -cuando probablemente es el único que provee dinero al hogar para cubrir solamente las necesidades básicas de su numerosa familia- constituye una real amenaza de un mal inminente.

El mal inminente entonces debe ser evaluado según el contexto en el que viva la víctima. Muy probablemente para el fiscal que emitió la resolución, la “amenaza” de pagar una multa o ir a la cárcel –que además son castigos falsos- no constituye un real mal inminente pues sabe que las sanciones no se encuentran previstas en el ordenamiento o porque tal vez tenga dinero para defenderse judicialmente ante dicha advertencia. Pero para una familia con 7 hijos y que vive en un caserío en extrema pobreza, dicha advertencia, aunque no se base en hechos ciertos, sí es, sin duda alguna, un mal inminente y grave. A esto hay que sumarle que esas personas no tenían un grado de instrucción adecuado y no conocían que era falsa la posibilidad de tener que pagar una multa o ir a la cárcel. Entonces, el hecho de que la amenaza se haya basado en un hecho falso – y por lo tanto sea un engaño- no le quita la naturaleza de advertencia de un mal inminente y grave.

Por lo tanto, la argumentación y resolución emitida por la Segunda Fiscalía Supraprovincial respecto a este delito es vulneradora de los derechos fundamentales de la señora María Mamérita Mestanza y de sus familiares en tanto no se les reconoce en su contexto de vida y no se les aplica la ley teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato: ante igual situación, igual trato y, ante

⁹ Resolución de Segunda Fiscalía Supraprovincial. Op. cit. p. 68-69.

distinta situación, distinto trato. En esta medida, tampoco es incorrecto, entonces, afirmar que el delito de coacción puede darse amenazando con cometer un acto que, en el fondo, sea un engaño.

VI. Sobre la presunta comisión del delito de lesiones

Dentro de la presente investigación se incluyó a Eduardo Yong Motta que ejerció el cargo de Ministro de Salud desde 1994 hasta 1996. Se le investigó por supuestamente haber impulsado, desde su cargo, la política estatal de control de natalidad que se aplicó de modo masivo a nivel nacional a mujeres y hombres de los estratos sociales más pobres del país. En el contexto de dicho plan, determinado personal de la Dirección Regional de Salud de Cajamarca, del Hospital Regional de Cajamarca y del Centro de Salud de la Encañada habrían incurrido en diversos delitos que suponen graves violaciones de derechos humanos al aplicar la ligadura de trompas en forma forzada a la señora Mamérita Mestanza Chávez. Sin embargo, Eduardo Yong Motta habría dado su anuencia además de promover e impulsar la intensificación de la aplicación del método AQV sin que el Ministerio a su cargo haya adoptado las acciones de control, supervisión y sanción. Además, dentro de la resolución fiscal en análisis, la Fiscalía cita la declaración de Alejandro Aguinaga -otro de los investigados- quien reconoce que las esterilizaciones se llevaron a cabo a partir de 1995, dos años antes de que existiera normativa específica, manuales procedimentales con los requisitos básicos de asepsia, por ejemplo, y directivas sobre consentimiento informado por el que debían pasar las candidatas a la AQV.

Para el Ministerio Público, en el presente caso, el delito de lesiones debe cometerse con “*ánimus vulnerandi*”, es decir, debe realizarse con “la intención de causar efectivamente una lesión grave” para que pueda decirse que se cometió dicho delito con dolo. Caso contrario, el delito habrá sido cometido por culpa, negligencia, imprudencia o impericia, pero no con dolo. Asimismo, la fiscalía señala 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, en consecuencia debe tenerse en cuenta que el dolo no se presume, debe acreditarse.*”¹⁰

Como consecuencia de esta cuestionable argumentación, el Ministerio Público resuelve que no hay mérito para formalizar una denuncia por este delito debido a que lo que efectivamente se habría cometido son lesiones culposas con resultado fortuito en algunos casos, y en otros, homicidio por negligencia. La fiscalía ha argumentado lo siguiente:

“sin embargo, en ningún caso estas lesiones han sido inferidas de manera generalizada ni sistemática, sino, por el contrario, son casos aislados y en número reducido (...), quedando plenamente establecido que no se ha tenido la intención criminal, dolosa y consciente de haber querido causar lesión grave a mujer alguna (...), pero lo que sí habría existido es negligencia por parte de algún personal médico, dado que no se cumplieron con muchos puntos del Manual de Procedimientos de la AQV, (...) no se le hizo el seguimiento post-operatorio correspondiente [y], en algún momento en determinado lugar no hubo facilidad de contar con todos los insumos para realizar las ligaduras de trompa, entre muchas otras deficiencias, pero que de ningún modo hubo

¹⁰ Resolución de la Segunda Fiscalía Supraprovincial. Ibidem, p. 62.

la deliberada intencionalidad de querer matar o lesionar gravemente a las agraviadas (...).¹¹

Con relación a esta argumentación, lo primero que se puede afirmar es que es sumamente cuestionable y contradictoria ya que el propio fiscal está enumerando la gran cantidad de irregularidades que se dieron por parte del personal médico antes, durante y después de la ligadura de trompas a Mamérita Mestanza. Sin embargo, para el representante del Ministerio Público, esta gran cantidad de deficiencias no constituye elemento probatorio válido para siquiera sospechar de la existencia de conductas dolosas. Por el contrario, el fiscal Marco Guzmán Baca afirma que el tipo penal de lesiones exige un elemento subjetivo llamado “ánimus vulnerandi” o intención real de lesionar gravemente. Este elemento no existe en el tipo penal de lesiones graves. Lo que el tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos prescribía es simplemente causar a otro un daño grave en el cuerpo o en la salud. En ninguna parte del tipo penal (artículo 121°) se establecía la exigencia de que el agente cause dicho daño teniendo un ánimo especial adicional de lesionar gravemente a la víctima ni mucho menos se exige “agresividad”, como así lo afirma el fiscal.

Contradictoriamente, la fiscalía establece que “el dolo no se presume, [sino que] debe acreditarse”. No obstante, si el dolo debe acreditarse, es necesario preguntarse de qué manera se puede acreditar de modo fehaciente un elemento tan interno y subjetivo como lo es el ánimo o intención. Lo que sí puede ser acreditado es que los agentes investigados tenían conocimiento de que los actos que llevaban a cabo constituían un riesgo prohibido para la salud de la víctima. En el presente caso esto sí es posible de acreditar pues el propio fiscal ha enumerado la larga lista de irregularidades cometidas antes, durante y después de la operación quirúrgica no consentida por Mamérita Mestanza. La *lex artis* exige que el personal médico conozca los requisitos indispensables de asepsia para llevar a cabo una operación quirúrgica de manera adecuada y sin poner en riesgo la salud de un paciente. La esterilización forzada del presente caso no fue llevada a cabo por un individuo que no perteneciera al personal de salud y que, por tanto, no se le pudiera exigir tener conocimientos especiales de medicina que eran mínimamente requeridos en una operación quirúrgica –como lo era el chequeo pre operatorio y re riesgo quirúrgico o el conocimiento de cuáles implementos son los mínimamente necesarios para practicar una intervención quirúrgica-.

En esta medida, sí existen elementos suficientes para acreditar en un proceso penal el conocimiento de que llevar a cabo una operación de esterilización sin haber cumplido siquiera con pautas básicas médicas constituye un acto doloso de lesiones.

VII. Sobre la presunta comisión del delito de peculado

Dentro de la investigación en el presente caso también se han buscado elementos de prueba que puedan acreditar la comisión del delito de peculado por parte del médico David Matzunaga Torres y de Enequina Zavaleta Díaz por haber entregado 850 soles al señor Jacinto Salazar –esposo de Mamérita Mestanza- para los gastos de sepelio de su esposa fallecida.

¹¹ Ibidem, p. 63.

La Fiscalía ha determinado que no se han encontrado indicios de dolo y tampoco elementos de lesión o desmedro al patrimonio de la entidad estatal (como si estos fueran bienes jurídicos) que, en este caso, sería la Dirección Regional de Salud – Cajamarca. Y es que se afirma que la disposición de dinero de 850 soles no causó un agravio al patrimonio del Estado y, por ende, la conducta es atípica.

En relación a este punto es imperativo resaltar que para la comisión y consumación del delito de peculado no es necesario que se verifique un daño efectivo al patrimonio estatal. Esto último ya que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es un bien jurídico doble. Por un lado se busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y; por otro lado, de busca evitar el abuso de poder de los funcionarios o servidores públicos que quebrantan los deberes funcionales de lealtad y probidad. Así lo ha establecido el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116: “En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado.”¹² Como puede entenderse, entonces, el bien jurídico protegido por el delito de peculado no es el patrimonio del Estado, pues aquel ya se encuentra protegido por los delitos contra el patrimonio establecidos en el Código Penal peruano.

Adicionalmente, es fundamental recordar que el Estado Peruano es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ambos instrumentos internacionales son obligatorios en su aplicación para las autoridades y ciudadanos del Estado peruano en tanto son parte del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, las autoridades deben respetar las disposiciones de aquellas. Siendo esto así, la Convención Interamericana establece lo siguiente:

“Artículo XII.- Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial.”

En la misma línea, la Convención de las Naciones Unidas comprende en su artículo 3° inciso 2) lo siguiente: “*Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.*” Como puede comprenderse, entonces, la fiscalía estaría infringiendo lo dispuesto por las convenciones internacionales de las cuales el Perú es parte y esto podría traer al Estado peruano problemas a nivel internacional pues estaría incurriendo en responsabilidad internacional en tanto una de sus autoridades estaría desconociendo lo establecido por los tratados que ya son parte del ordenamiento interno. Además, es importante dejar anotado que una interpretación tan restringida del tipo penal de peculado, como la realizada por la Fiscalía en este caso, implica un riesgo y un obstáculo en la lucha contra la corrupción y la impunidad en estos casos pues deja de lado muchos supuestos de verdadera corrupción que pueden darse en el ámbito público.

¹² Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013, p. 87.

VIII. Sobre la calificación jurídica de los hechos como crímenes de lesa humanidad

La Segunda Fiscalía establece que los delitos imputados en esta investigación no podrían ser calificados como crímenes de lesa humanidad para el ordenamiento internacional ya que:

“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**. Este es el factor determinante que permite que un delito común se configure como crimen de lesa humanidad. 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. Ya que, conforme fluye de los actuados, la intención del Gobierno de entonces era brindar al pueblo un programa de salud que presentaba la población peruana, situación que se condice con los lineamientos de la política de carácter popular que promovía el Gobierno de entonces.”¹³

Nuevamente, puede apreciarse en esta argumentación el error de inferir automáticamente de las finalidades establecidas en las normas que crearon el programa social, la falta de conocimiento y dolo en el actuar concreto y real de quienes impulsaron y llevaron a cabo las esterilizaciones del programa social. Se trata entonces de un análisis pobre del caso pues se queda en la mera lectura de la formalidad de la norma y no entra a estudiar los indicios concretos de la actuación de los funcionarios y servidores públicos que tuvieron participación en todos los hechos investigados.

Asimismo, la fiscalía señala que no se trataría de una violación masiva y generalizada de derechos humanos, sin embargo, parece ignorar que la cantidad de víctimas que arrojan los estudios enunciados en la denuncia de este caso. Según las investigaciones realizadas hasta la fecha, el número al que ascenderían los procedimientos de esterilización forzada sería de 314 605 mujeres. De este gran número, serían varias las mujeres que habrían encontrado la muerte debido a la mala praxis de dichos procedimientos quirúrgicos no consentidos. Hasta aquí puede entenderse que la cantidad de programas y políticas públicas planteados e implementados a lo largo de la década de los noventa pueden servir como indicios claros de la orientación del Gobierno de ese entonces en torno a lograr reducir la tasa de natalidad de personas pertenecientes a estratos definidos, donde la pobreza era el común denominador. El caso de Mamérita Mestanza sería solo uno de los miles de casos. Esto justificaría razonablemente la continuación de una investigación seria con la finalidad de probar la existencia de una política masiva o generalizada y sistemática, lo cual la fiscalía desconoce en la presente resolución.

¹³ Resolución de Segunda Fiscalía Supraprovincial. Op. cit, pp. 44-45.

IX. Conclusiones

- 1) La cantidad de programas y políticas públicas lanzados e implementados a lo largo de la década de los noventa pueden servir como indicios de la clara orientación del gobierno en torno a lograr reducir la tasa de natalidad de personas pertenecientes a estratos definidos, donde la pobreza era el común denominador.
- 2) Todo programa social puede ser diseñado y justificado legalmente de manera adecuada, no obstante, esto no es obstáculo para que al momento de su implementación, los funcionarios públicos a cargo de esta etapa puedan cometer delitos aprovechando la “fachada” de legalidad que el programa tiene en virtud del paquete normativo que justifica sus fines y de los procedimientos adecuados llevados a cabo para su creación.
- 3) Si bien las normas que crearon el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar contienen justificaciones adecuadas al Derecho y que plantean finalidades legítimas, esto no resulta suficiente para concluir que los comportamientos de los funcionarios implicados es doloso o no, como sí parece inferir el fiscal. En la investigación de un caso deben analizarse los indicios y elementos de prueba en conjunto y no por separado para poder llegar a una conclusión razonable y realmente lógica sobre lo posiblemente ocurrido.
- 4) Así, la Fiscalía no parece haber tomado en cuenta, al momento de analizar la existencia de dolo, los otros indicios referidos por ejemplo, al hostigamiento que la víctima habría sufrido para que aceptara someterse a la operación de esterilización ni tampoco el ocultamiento de las causas reales de su muerte por parte de los funcionarios médicos a cargo (hecho que la propia fiscalía acepta).
- 5) Los argumentos empleados por la Fiscalía Supraprovincial, en el presente caso, son insuficientes y cuestionables ya que no solo recurre de manera incorrecta a teorías dogmáticas penales, sino que, además, desconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas excluyéndolas del ámbito de comprensión de la norma penal privándolas de legítima protección por el Estado, a través de su sistema judicial penal. Esto implica la vulneración directa de los derechos de las víctimas y sus familiares por parte de la Fiscalía Supraprovincial en tanto no se les reconoce en su contexto de vida y no se les aplica la ley teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato: ante igual situación, igual trato y, ante distinta situación, distinto trato.