

# Justicia de Género

## DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS: aportando desde el Derecho Penal Internacional

### Presentación

DEMUS cuenta con una trayectoria de más de veinte años en la defensa de los derechos humanos de las mujeres, luchando contra las prácticas discriminatorias y por una justicia de género. En ese contexto, considera importante difundir el informe jurídico del Dr. José A. Burneo Labrín sobre los casos de las mujeres pobres y excluidas que fueron esterilizadas forzadamente en el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori y sobre la necesidad de reconocer que estos hechos configuran delito de lesa humanidad.

A raíz de las denuncias de la Defensoría del Pueblo, del informe de la Subcomisión investigadora sobre anticoncepción quirúrgica voluntaria del Congreso del año 2002 y del caso emblemático de Mamérita Mestanza Chávez<sup>1</sup>, nuestro país se encuentra ante el desafío de procesar adecuadamente los casos de esterilización forzada y de responder a la demanda de justicia y reparación de cada una de sus víctimas.

Esperamos que esta publicación contribuya a evitar la impunidad en estos casos y a que no se repitan.

DEMUS,  
Estudio para la Defensa  
de los Derechos de la Mujer  
Jr. Caracas 2624 - Jesús María  
463 1236 y 463 8515

Lima, mayo 2008

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Fundación Ford, Agencia Española de Cooperación Internacional - AECI y ENTREPUEBLOS.



<sup>1</sup> Caso patrocinado por DEMUS, APRODEH, CRR, CLADEM, y CEJIL ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso CIDH 12.19).

# DERECHOS sexuales y D

## Índice

PRESENTACIÓN	Pág. 3
PRIMERA PARTE	Pág. 5
A) Las investigaciones desde la sociedad civil	
B) Informes Defensoriales	
C) Las dos acusaciones constitucionales investigadas desde el Congreso de la República	
D) Las investigaciones preliminares del Ministerio Público	
E) Conclusiones de la primera parte	
SEGUNDA PARTE	Pág. 16
A) La cuestión de la calificación de las “esterilizaciones forzadas” en el caso peruano como delito de genocidio o de lesa humanidad	
B) La cuestión de la prescripción y el principio de legalidad en relación al caso peruano de las esterilizaciones forzadas	

# ERECHOS reproductivos

## Informe Jurídico sobre esterilizaciones forzadas ocurridas en el Perú, años 1996-1998. En el marco del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar del gobierno peruano (Ministerio de Salud)<sup>1</sup>

José A. Burneo Labrín<sup>2</sup>

### PRESENTACIÓN

1. Las denuncias sobre esterilizaciones forzadas e incluso la muerte de mujeres que fueron intervenidas quirúrgicamente en el marco del Programa nacional de salud reproductiva y planificación familiar (en adelante, también, PNSRPF) 1990-2000 del Gobierno del Perú, han sido en su momento ampliamente difundidas por la prensa nacional y objeto de hasta dos investigaciones parlamentarias. Más aún, con el retorno a la democracia, luego de convenir en ello el año 2001, se suscribió el año 2003 un Acuerdo de Solución amistosa entre el Estado peruano y los representantes legales de la fallecida señora María Mamérita Mestanza Chávez. Mediante este Acuerdo, el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional y se comprometió, consecuentemente, a reparar a los familiares de la víctima así como a la sanción penal de quienes resultaren responsables de la muerte antes mencionada, así como de las violaciones de los derechos humanos cometidas en la ejecución del Programa precitado.

2. En la medida que luego de más de diez años de ocurridos los hechos, el Ministerio Público, titular de la acción penal, no ha presentado denuncia alguna ante el juez penal en relación a los dos extremos antes mencionados, es pertinente responder a algunas cuestiones centrales desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. Ello, por cuanto podría presumirse ante diversos indicios que se han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos e ilícitos penales internacionales. Se trata de contribuir a orientar las acciones de carácter penal y eventualmente ante el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos a fin de lograr que el Estado peruano cumpla con sus obligaciones en este campo.

3. Las cuestiones a ser respondidas son las siguientes:

3.1. ¿Los hechos de esterilizaciones forzadas en el marco del PNSRPF pueden tipificarse como delito de genocidio o de lesa humanidad? ¿Por qué?

3.2. En el caso que configuren delito de lesa humanidad ¿qué implicancias tiene el Derecho Internacional Público en el proceso de justicia del caso de Mamérita Mestanza Chávez y de los casos de la investigación mayor?

<sup>1</sup> Este Informe Jurídico fue elaborado a solicitud de DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

<sup>2</sup> Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El autor agradece a Daniel Sánchez Velásquez, Roxana Yzusqui Ríos y Sofía Donaires Vega por su colaboración en la investigación y redacción del Informe Jurídico.

# DERECHOS sexuales y D

3.3. ¿Cómo se aplicaría el principio de legalidad y de prescripción en este caso?

4. El esquema que seguiremos consta de una *Primera Parte* que versará sobre las investigaciones y los procedimientos a nivel nacional e internacional en relación a los hechos antes planteados. Luego, en la *Segunda Parte* daremos respuesta a los interrogantes formulados.

# ERECHOS reproductivos

## PRIMERA PARTE

### LAS INVESTIGACIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS A NIVEL NACIONAL

*Nos vamos a referir, en un primer punto (A), a las investigaciones de carácter no estatal realizadas desde la sociedad civil; (B) a los Informes Defensoriales sobre esta materia; (C) a las investigaciones que se han realizado desde el Congreso de la República; (D) a los procedimientos de investigación preliminar que viene realizando el Ministerio Público, y finalmente (E) algunas conclusiones.*

#### A. Investigaciones desde la sociedad civil

##### A.1. La investigación realizada por Giulia Tamayo

**5.** La primera investigación, y tal vez la de mayor impacto en la sociedad peruana, es la realizada desde la sociedad civil por Giulia Tamayo y editada por CLADEM regional el año 1999; la investigación comprende los años 1996-1998. A continuación presentaremos algunos aspectos relevantes de esta investigación y las conclusiones que versen sobre el objeto de esta consulta.

**6.** De acuerdo con las cifras que aporta la investigación (Tamayo 1999: 59), y con sustento en declaraciones e informes oficiales, en lo que concierne a esterilizaciones (ligaduras de trompas), en el año 1995 se realizaron 21,901, en el año 1996 se realizaron 81,761.

**7.** La investigación y sus conclusiones están en relación con el “*Marco internacional de derechos humanos*” y la “*Legislación nacional*” (Tamayo 1999: 39). En cuanto a la legislación nacional, además de las referencias constitucionales sobre derechos fundamentales, normas jurídicas diversas relativas al derecho a la salud, se considera el Código Penal en sus artículos sobre violación de la libertad personal (coacciones, artículo 151); delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio culposo, artículo 111), lesiones (graves, artículo 121, y culposas, artículo 124), y, de manera general, se mencionan los delitos de exposición a peligro o abandono de personas en peligro (Tamayo 1999: 88, 103 y 104).

**8.** Se concluye (Tamayo 1999: 151) que se encuentra probado en base a la investigación realizada, que:

8.1. El Estado peruano estableció metas numéricas a nivel nacional;

# DERECHOS sexuales y D

- 8.2. Se asignaron cuotas a los establecimientos y al personal de salud;
  - 8.3. Existió presión y estímulos para el cumplimiento de tales cuotas;
  - 8.4. Lo anterior ha propiciado *“violaciones a los derechos humanos, tales como esterilización forzada y otras prácticas contrarias al consentimiento informado”*;
  - 8.5. Se llevaron al cabo acciones de carácter masivo con la finalidad exclusiva de captar usuarias para la anticoncepción quirúrgica;
  - 8.6. El Estado peruano ha incurrido *“en responsabilidad por violaciones los derechos humanos”*.
- 9.** Entre las recomendaciones puede leerse una en el sentido que el *“Estado peruano debe estudiar la tipificación penal del delito de esterilización forzada –considerado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como crimen de lesa humanidad”*.
- 10.** La investigación no afirma que se hubiera cometido delito de genocidio ni tampoco de lesa humanidad, sea en la modalidad de tortura sea en la modalidad de esterilización forzada. La esterilización forzada, empero, se considera en tanto violación de los derechos humanos.
- 11.** Es de relevar que la investigación aporta material sobre: *“Esterilización forzada y otras prácticas contrarias a la decisión libre e informada en materia reproductiva”* (Tamayo 1999: 83 a 101), incluyendo alrededor de cincuenta breves testimonios; aquí podemos leer que algunas mujeres afirman que se les intervino sin que ellas estuvieran informadas o sin haber dado su consentimiento. En la sección sobre *“Prácticas contrarias al derecho a la salud”*, se aportan alrededor de veinte testimonios. En la sección *“Muerte y otros desenlaces”* se reseñan los casos de dieciséis personas fallecidas. Finalmente, en la sección sobre *“Derecho a un recurso efectivo”* se presentan cuatro testimonios, dejando constancia en uno de ellos que *“es uno de los pocos en los que la persona afectada denunció el hecho de haber sido esterilizada sin su consentimiento”* (Tamayo 1999: 117).
- 12.** La investigación hace referencia a diversas declaraciones que podrían ser tomadas en consideración en el curso de una investigación oficial, así: del Obispo de Huaraz (p. 50); de la entonces Defensora especializada en Derechos de la Mujer, Dra. Rocío Villanueva (p. 51); de la AID-Lima (p. 81); del Ministro de Salud negando las campañas públicas (p. 81); de Monseñor Bambarén (p. 97); de Beatriz Merino en su calidad entonces de congresista (p. 132); del Presidente de la Federación Médica de Ayacucho, Huancavelica y Andahuaylas, Héctor Chávez Ch. (p. 55); el informe del congresista estadounidense Grover Joseph Rees, etc. Igualmente aporta la investigación algunos documentos del Ministerio de Salud sobre la cuestión de las cuotas (p. 56, 60 y 61).

# ERECHOS reproductivos

## **A.2. La investigación realizada por María-Christine Zauzich M.A. y editada por la Comisión alemana de justicia y paz el año 2000**

**13.** En cuanto al número de ligaduras de trompas, esta investigación aporta cifras de intervenciones realizadas en los años 1997 y 1998, esto es, 110,253 intervenciones y 21,124 intervenciones, respectivamente (p. 67).

**14.** Al abordar la cuestión de la coacción y uso de la fuerza, se afirma que los casos donde se usó directamente fuerza física son probablemente la excepción, y que en la mayoría de casos *“se debe hablar de coacción y presión”* (p. 92).

**15.** Entre las conclusiones no se afirma expresamente sino muy brevemente y de manera general, al final (p. 162), que *“la presente investigación debe verse como un clamor, un ‘grito’ para denunciar las violaciones a los derechos humanos mediante la política de población y en nombre de la ‘lucha contra la pobreza’ ”*; es decir, no se concluye sobre posibles actos ilícitos de carácter penal. Pero en la sección *“4. Violaciones a leyes y derechos”* se afirma que *“Los derechos a la Vida, la Integridad y la Salud fueron violados en todos aquellos casos donde la esterilización causó daños corporales y psíquicos, complicaciones y la muerte”*. (p. 101). Se afirma además (p. 102) que: (aa) el PNSRPF, en su concepción, viola el Principio de Igualdad en cuanto se menciona a las mujeres como destinatarios para la información y aplicación de métodos de planificación familiar; (bb) se violó el Derecho a la Libertad de Consciencia y de Religión, el Derecho a la Libertad, etc.

**16.** Se hace referencia, de otro lado, a la intervención del Colegio Médico del Perú los años 1998 y 1999, el cual decidió finalmente desligarse de todas las instancias estatales vinculadas con la planificación familiar (p. 117).

## **B. Informes Defensoriales**

**17.** Son tres los informes defensoriales sobre la Aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos: el N° 7 (año 1998); el N° 27 (año 1999), y el N° 69 (año 2002). Pasamos a señalar algunos aspectos relevantes.

**18.** La cifra consolidada de ligaduras de trompas aparece en el Informe Defensorial 69 (2002: 162) y coincide en lo fundamental con las aportadas en las investigaciones de Tamayo (1999) y Zauzich (2000). Se trata así de 81,762 para el año 1996; de 109,689 para el año 1997; de 25,995 para el año 1998; de 26,788 para el año 1999; de 16,640 para el año 2000, y de 11,154 para el año 2001. Lo que hace un total de 272,028 (doscientos setenta y dos mil veintiocho) ligaduras de trompas realizadas entre los años 1996 y 2001 inclusive.

**19.** Los Informes no hacen mención en ningún momento a la eventual comisión del delito de genocidio, y tampoco hacen mención a la eventual comisión del delito de lesa humanidad en su modalidad de tortura o de esterilizaciones forzadas.

**20.** Los dos primeros informes deciden, en la sección correspondiente a Recomendaciones:

*20.1. “Exhortar a los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial para que investiguen adecuadamente las causas de la muerte de las mujeres que fueron sometidas a una intervención de ligadura de trompas, las razones de las complicaciones sufridas después de la intervención quirúrgica, y los casos de esterilización involuntaria, siempre que se presuma la existencia de un delito” (Informe Defensorial 7, 1998: 54);*

*20.2. “Instar a los miembros del Ministerio Público a que investiguen los casos relacionados a esterilizaciones quirúrgicas en un plazo razonable, en observancia del derecho a la tutela jurisdiccional, establecido en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución y de la defensa de la legalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público” (Informe Defensorial 27, 1999: 347).*

**21.** Los tres informes presentan información sólida sobre los casos de muerte, de esterilizaciones involuntarias y otras irregularidades perpetradas en el marco del PNSRPF. Sin embargo, se deja constancia en el Informe Defensorial 27 (p. 339-340) que el número de irregularidades ocurridas e investigadas –29 (veintinueve)– en el año 1998 en la aplicación del PNSRPF ha disminuido en relación a los casos detectados –77 (setenta y siete)– en 1997.

## **C. Las dos Acusaciones Constitucionales investigadas por el Congreso de la República**

### **C.1. Denuncia Constitucional 151 (2002) presentada por el congresista Héctor Chávez Chuchón, de fecha 9 de agosto 2002**

**22.** El Pleno del Congreso de la República, con fecha 25 de octubre 2001, conformó una Subcomisión encargada de investigar las denuncias sobre irregularidades cometidas en el período 1990-2000 en el marco del PNSRPF, siendo designado Presidente de ésta el congresista Héctor Chávez Chuchón. La Subcomisión debía pronunciarse sobre la procedencia de una denuncia constitucional contra AFF y sus ex Ministros de Salud (Eduardo Yong Motta, Marino Costa Bauer y Alejandro Aguinaga).

**23.** El 2 de junio 2002 la Subcomisión emitió su informe final en el sentido de encontrar responsabilidad.

# ERECHOS reproductivos

**24.** El congresista Chávez Chuchón, con fecha 9 de agosto 2002, presentó Denuncia Constitucional, N° 151, contra los antes mencionados, por Delito de Genocidio y otros.

**25.** Siendo Presidente del Congreso Luis González Posada, con fecha 17 de marzo 2003, en sesión plenaria, se decidió archivar la denuncia constitucional N° 151. Ulteriormente, con fecha 7 de abril del mismo año, la Comisión Permanente del Congreso acordó no aprobar la reconsideración interpuesta contra el acuerdo del pleno antes señalado.

**26.** Es de destacar, que el congresista Chávez Chuchón habría formulado, al mismo tiempo que su denuncia constitucional, una de carácter penal ante el Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los Derechos Humanos, el cual resolvió iniciar una investigación preliminar sobre genocidio y otros delitos con fecha 27 de enero 2003; esta investigación dará lugar al expediente actualmente en curso 18-2002<sup>3</sup>. Esta investigación, sobre la que regresaremos luego, comprende entonces originalmente únicamente a altos funcionarios que no tenían el beneficio del antejuicio constitucional. Debe remarcarse que la investigación materia del expediente 18-2002, en realidad era la segunda que se iniciaba. En efecto, la entonces Fiscal de la Nación, Dra. Nelly Calderón, había decidido iniciar, al recibir una denuncia de la *“Asociación de abogados por la democracia y los derechos humanos”*, una investigación preliminar sobre los mismos hechos pero focalizada en los altos funcionarios que sí tenían derecho a antejuicio constitucional, esto es Alberto Fujimori y sus tres ex Ministros de Salud antes mencionados. Esta investigación efectuada por el Despacho de la Fiscal de la Nación, que con sus acumulados corría con el N° 203-2001, ha concluido el año 2004, resolviendo la misma Fiscal de la Nación que no ha lugar a formular denuncia; sobre esta investigación igualmente haremos algunas precisiones más adelante<sup>4</sup>.

## **C.2. Denuncia constitucional 269 (2003) presentada por la congresista Dora Núñez Dávila con fecha 13 de agosto 2003**

**27.** Habiendo sido desechada la denuncia constitucional 151, la congresista Dora Núñez Dávila formuló, cuatro meses después, nueva denuncia constitucional, N° 269, presentada con fecha 13 de agosto 2003, contra AFF y sus ex ministros de Salud, calificando los hechos no como genocidio sino como (aa) delito de lesa humanidad en la modalidad de tortura (CP art. 321), (bb) delito de lesiones graves seguidas de muerte (CP art. 121), (cc) delito de secuestro (CP art. 152), y (dd) delito de asociación ilícita para delinquir (CP art. 317).

**28.** Esta nueva denuncia constitucional se basa en un hecho previo. En efecto, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, luego de que la denuncia constitucional 151 fuera desechada, acordó hacer suyo el informe de la Subcomisión presidida por el congresista Chávez Chuchón y emprender

<sup>3</sup> Esta información aparece en el Informe suscrito por el Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los derechos humanos de fecha 7 de agosto 2007. Texto proporcionado por DEMUS.

<sup>4</sup> Esta información aparece en la Resolución de fecha 23 de julio de 2004 suscrita por la Fiscal de la Nación, Dra. Nelly Calderón, declarando no ha lugar a formular denuncia. Texto proporcionado por DEMUS.

ella misma una investigación ampliatoria de la realizada por la Subcomisión. La Comisión de Derechos Humanos, al término de su investigación, elaboró un informe y concluyó que era procedente una denuncia constitucional en los términos que realizó luego la congresista Dora Núñez<sup>5</sup>.

29. Paralelamente, la misma congresista, conjuntamente con el también congresista Chávez Chuchón, interpuso denuncia ante la Fiscal de la Nación con el mismo contenido de la nueva denuncia constitucional. Esta denuncia fue acumulada por la Fiscal de la Nación a la que había ella iniciado tiempo atrás y que corría entonces con el N° 203-2001 según mencionamos antes.

30. La Subcomisión de Acusaciones constitucionales, con fecha 9 de diciembre 2003, declaró procedente la Acusación constitucional en los términos planteados en la denuncia N° 269<sup>6</sup>.

31. Con fecha 29 de noviembre 2005, la Subcomisión de Acusaciones constitucionales declaró que había caducado respecto de los investigados la prerrogativa al antejuicio y que debían enviarse todas las acusaciones constitucionales pertinentes a la Fiscalía de la Nación para los fines de ley. Esto es reiterado con fecha 10 de mayo 2006 en un informe dirigido al Congreso.

32. Con fecha 13 de diciembre 2005, la Comisión de Acusaciones constitucionales aprobó lo declarado por su Subcomisión.

33. Con fecha 14 de diciembre 2005, el entonces Presidente del Congreso de la República, Marcial Ayaipoma Alvarado, remitió a la Dra. Adelaida Bolívar, Fiscal de la Nación –sello de recepción de la Fiscalía de la Nación empero de fecha 16 de enero 2006–, entre otras denuncias constitucionales, la N° 269 toda vez que había caducado el beneficio del antejuicio político.

## **D. Las investigaciones preliminares del Ministerio Público**

**34.** Dos son las investigaciones preliminares de carácter general ante el Ministerio Público dirigidas contra AFF, sus ex Ministros de Salud y otros altos funcionarios.

### **D.1. Investigación preliminar, según expediente 203-2001, a cargo del Despacho de la entonces Fiscal de la Nación, Dra. Nelly Calderón**

**35.** Según Resolución de fecha 23 de julio de 2004, suscrita por la Dra. Nelly Calderón entonces Fiscal de la Nación, se declara: *“No ha lugar a formular denuncia constitucional contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori por la presunta comisión de: los delitos de lesa humanidad en la modalidad de Genocidio y Tortura, los Delitos contra la Libertad en la modalidad de Coacción y Secuestro;*

<sup>5</sup> Información que aparece en el texto de la denuncia constitucional 269 que fuera proporcionado por DEMUS.

<sup>6</sup> Ver el informe de calificación aportado por DEMUS.

# ERECHOS reproductivos

*Delito contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir, y Delito de Lesiones, disponiéndose el archivo de los actuados". De este modo la investigación preliminar habría concluido.*

**36.** Según la Resolución precitada, esta investigación preliminar se originó en la denuncia que la "Asociación de abogados por la democracia y los derechos humanos" formuló presumiblemente el año 2001 contra Alberto Fujimori y sus tres ex Ministros de Salud arriba mencionados, por delito de Genocidio (delito contra la humanidad modalidad genocidio, según el Código Penal peruano). Ulteriormente, se acumuló en el mismo expediente la denuncia que hacia octubre 2003 formularon los congresistas Dora Núñez y Chávez Chuchón, contra las mismas personas pero por delito de lesa humanidad modalidad tortura y otros delitos.

**37.** Según la Fiscalía de la Nación –ver Resolución precitada–, la Defensoría del Pueblo, mediante Oficio N° 039-2003 de fecha 8 de junio 2003 que le fuera remitido por la Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer, señaló que no consideraba que los hechos en cuestión puedan ser tipificados como genocidio.

## **D.2. Investigación preliminar, según expediente 18-2002, a cargo del Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los derechos Humanos (FEDDDHH) con sede en Lima**

**38.** Se inició el 27 de enero 2003 el Expediente 18-2002 por decisión del Fiscal Provincial de la FEDDDHH con sede en Lima, al disponer éste "Abrir investigación policial". La Investigación da curso así a la denuncia penal formulada por el congresista Héctor Hugo Chávez Chuchón en su calidad de presidente de la "Subcomisión Investigadora de Personas e Instituciones involucradas en las Acciones de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria" período 1990-2000, existente entonces en el Congreso de la República.

**39.** El congresista Chávez Chuchón denunció a un grupo de altos funcionarios del gobierno del período 1990-2000, no comprendiendo empero a quienes entonces tenían derecho a ante-juicio político. Los delitos imputados son:

- contra la Libertad individual,
- contra la Vida, el cuerpo y la salud,
- contra la Administración de Justicia,
- Asociación ilícita para Delinquir, y
- Genocidio.

# DERECHOS sexuales y D

**40.** La denuncia del congresista Chávez Chuchón fue recepcionada por el Fiscal Provincial precitado con fecha 27 de agosto 2002, procedente de la Fiscalía de la Nación.

**41.** La Policía ha evacuado un Parte de fecha 21 de julio 2004, concluyendo que, hasta la formulación de éste, *“no se habrían encontrado indicios que hagan presumir que el método AQV, fue utilizado por el gobierno del ex presidente AFF como medio para destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, social o religioso”*.

**42.** El actual Fiscal Provincial <sup>7</sup>, quien está a cargo de la investigación desde enero de 2007, teniendo en consideración *“la presumible comisión de un delito de Lesa Humanidad, requiere pormenorizar los detalles de investigación, así como un planteamiento objetivo del TEMA PROBANDUM (sic), y atendiendo a la totalidad de áreas de aplicación del citado programa”, precisando entonces que “algunas áreas que no han sido enfocadas en nuestra investigación son NORTE CHICO, LIMA, SELVA Y SUR (sic), de lo que se dará cuenta oportunamente”* (Fiscal Provincial, Informe agosto 2007, numeral 13).

**43.** El Fiscal Provincial a cargo de la investigación ha realizado un importante informe en 34 (treinta y cuatro) fojas, materia de su Resolución de fecha 19 de septiembre 2007. Este informe da cuenta de *“toda la documentación y diligencias realizadas”*. Se trata de **XXIII Tomos y adicionalmente 14,357 (catorce mil trescientos cincuenta y siete) folios**, estos últimos provenientes del Despacho de la Fiscal de la Nación y que corresponden a lo actuado en la denuncia 203-2001 (Informe p. 31/34). Pasamos seguidamente a detallar algunos aspectos relevantes de este informe.

**44.** El material de las investigaciones realizadas en el Congreso de la República, luego de su envío al Ministerio Público por el Presidente del Congreso en diciembre de 2005-enero de 2006 al haber caducado el beneficio del antejuiicio constitucional, ha sido acumulado en este expediente 18-2002. El material fue recibido por el Fiscal Provincial en julio de 2006. Recibido el material del Congreso de la República, el Fiscal Provincial amplía la investigación mediante Resolución de fecha 17 de julio 2006. (Ver Informe Fiscal Provincial de septiembre 2007: Tomo XVIII y XIX, p. 24/34). Esta resolución, empero, a tenor del informe, no habría ampliado la investigación a cargo del Fiscal a fin de investigar el delito de lesa humanidad modalidad tortura y otros, materia de la denuncia constitucional 269.

**45.** Debe mencionarse que, ulteriormente, el Fiscal Provincial recibió, procedente del Despacho de la Fiscal de la Nación, mediante oficio de fecha 13 de diciembre 2006, los miles de folios que constituyen los antecedentes del expediente 203-2001, *“a efecto de ser meritudo los documentos de interés criminológico*

<sup>7</sup> Desde enero 2007, el Fiscal Provincial a cargo del expediente 18-2002 es el abogado Jorge Alex Díaz Pérez, quien ha elaborado un informe, con fecha 7 de agosto 2007, dirigido a la señora Yony Qquellón, Pdta. de la Asociación de mujeres afectadas por las esterilizaciones forzadas-Anta. Texto proporcionado por DEMUS.

# ERECHOS reproductivos

para la presente investigación". Luego, el Fiscal Provincial, mediante Resolución de fecha 18 de junio de 2007, dispone ampliar la investigación. (Ver Informe p. 31/34).

**46.** Da cuenta el informe además:

46.1. Del apersonamiento del ex Ministro de Salud Marino Costa Bauer, quien además presenta un escrito acompañando pruebas de descargo con fecha 25 de octubre 2006 (p. 28/34);

46.2. Del escrito presentado por el Movimiento Amplio de Mujeres, suscrito por María Esther Mogollón Chapilliquén, adjuntando *"un listado de 120 mujeres esterilizadas aparentemente en contra de su voluntad"*, a lo que mediante Resolución de fecha 23 de enero 2007 se provee *"téngase presente y agréguese a sus antecedentes"* (p. 31/34);

46.3. Que se dispuso elaborar el Cuadernillo de Asistencia Judicial Internacional a fin de recibir la declaración de Alberto Kenya Fujimori Fujimori (Resolución de 18 de junio 2007, p. 32/34), lo que se reitera luego afirmando que se dispuso cursar *"la Asistencia Judicial Internacional para el Ciudadano (sic) Alberto Kenya Fujimori Fujimori a las autoridades de Chile"* (p. 37/34);

46.4. Que vista la gran complejidad del caso y el abundante material, es *"necesario elaborar un Plan de Trabajo para fijar y/o orientar los objetivos, metodología, trabajo de campo y marco jurídico que debe direccionar (sic) los investigación (sic) para el esclarecimiento y la posible vulneración de normas internacionales de protección de los Derechos reproductivos, Derechos Humanos, derechos de la Mujer, etc.,"* (p. 33/34);

46.5. que *"la denuncia N° 18-2002 (...) tiene a bien esclarecer la finalidad del Programa de Aplicación de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria AQV a nivel nacional y la presunta comisión de los delitos de Lesa Humanidad – Genocidio y otros"* (p. 33/34).

**47.** Da cuenta finalmente el informe (p. 32 a 34/34) de la investigación sobre la muerte de María Mamérita Mestanza Chávez:

47.1. Reseña la denuncia interpuesta por *"las organizaciones DEMUS, CLADEM, APRODEH, CRPL y CEJIL"*, la que fue recibida por el Fiscal Provincial mediante Resolución de fecha 16 de enero 2007;

47.2. *"que mediante Resolución de fecha 29 de mayo 2007, la Primera Fiscalía superior Especializada en Criminalidad Organizada resolvió: declarar FUNDADA en parte la Queja de Derecho" (interpuesta por Demus) "y DISPONE que la Fiscalía Provincial Penal Especializada acumule la denuncia con sus delitos conexos a la denuncia N° 18-2002, que obra y se encuentra en proceso de investigación"*.

## E. Conclusiones de la Primera Parte

E. 1. Las conclusiones generales formuladas por la investigaciones realizadas por la sociedad civil (Tamayo 1999 y Zaucich 2000), incluidas las cifras sobre el número de esterilizaciones (ligaduras de trompas), han sido luego confirmadas por los Informes Defensoriales, por la investigación realizada por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y que diera lugar, esta última investigación, a la Denuncia Constitucional 269 presentada por la entonces congresista Dora Núñez. Es decir, se trata largamente de más de 200 mil ligaduras de trompas (período 1996-1998), las mismas que son el resultado de una política del Estado que impuso cuotas a las instituciones y personal de salud concernidos, existiendo no sólo presión sino también estímulos, lo que se tradujo en un número considerable de violaciones de los derechos humanos, esto es, fallecimiento de mujeres y ligaduras de trompas sin el debido consentimiento.

E.2. Las dos investigaciones realizadas desde la sociedad civil y los Informes Defensoriales, no califican los hechos como Delito de Genocidio y tampoco como Delito de Lesa Humanidad. Según la Resolución precitada de la Fiscalía de la Nación, la Defensoría del Pueblo habría opinado en carta remitida por ésta, que no se ha configurado el delito de genocidio.

E.3. Los informes realizados desde la sociedad civil sí consideran explícitamente que se han cometido violaciones de derechos humanos susceptibles de sanción penal según las normas nacionales. Indirectamente, una posición similar encontramos en los Informes Defensoriales en la medida que exhortan al Ministerio Público y al Poder Judicial a proceder de acuerdo con sus competencias. De igual manera, y con una posición inclusive de carácter netamente penal, el informe de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso y la Denuncia Constitucional 269, precitados, consideran la existencia de violaciones graves de los derechos humanos y la comisión de ilícitos penales.

E.4. En el seno del Congreso de la República fue desechada la Acusación Constitucional 151 (2002) sobre la presunta comisión del Delito de Genocidio, pero fueron tales hechos recalificados y ampliada la investigación y prueba por la Comisión de Derechos Humanos, dando lugar a la Denuncia Constitucional 269 (2003) sobre delito de lesa humanidad modalidad tortura. Esta última Denuncia fue remitida por el entonces Presidente del Congreso al Ministerio Público al caducar el beneficio del antejuicio constitucional del que gozaban los denunciados –el ex Presidente Alberto Fujimori y sus tres ex ministros de Salud.

E.5. La Fiscal de la Nación, Dra. Nelly Calderón, mediante Resolución final recaída en el expediente 203-2001, declaró no haber lugar a formular denuncia contra los antes nombrados, desechando tanto la comisión del delito de geno-

# ERECHOS reproductivos

cidio (Delito Contra la humanidad, modalidad genocidio, según el Código Penal peruano) como del delito contra la humanidad, modalidad tortura.

E.6. La única investigación que viene realizando el Ministerio Público sobre esta materia está a cargo del Fiscal Provincial de la Fiscalía especializada en delitos contra los derechos humanos, con sede en Lima, expediente 18-2002. Luego de aproximadamente cinco años, esta investigación aún no ha concluido, por lo que no existe actualmente ningún proceso penal de carácter general ni específico en relación al fallecimiento de María Mamérita Mestanza Chávez. Esta última investigación se ha acumulado a la de carácter general.

E.7. Nos encontramos ante un auténtico “mega-proceso penal”, el de mayor envergadura de la historia nacional.

E.8. La participación de la sociedad civil, especialmente de las organizaciones que participaron en el Acuerdo de Solución Amistosa relativo al fallecimiento de María Mamérita Mestanza Chávez, ha sido de gran importancia para que el Estado reconozca su responsabilidad y asuma la reparación de la familia de la víctima.

E.9. Es posible sostener como hipótesis de trabajo con cargo a una evaluación jurídica más amplia, como se verá en la Segunda Parte, que existen indicios suficientes acopiados tanto por las investigaciones de la sociedad civil como por Defensoría del Pueblo y por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República, para sostener que se habría perpetrado no un delito de genocidio sino uno de lesa humanidad, en términos del Derecho Penal Internacional y en virtud de normas consuetudinarias o imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Como se detalla también en la segunda parte, la aplicación de normas *ius cogens* ha sido realizada, en un caso acaecido el año 1973, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006). En relación a los hechos del caso peruano, se trataría aquí del delito de lesa humanidad en la modalidad de esterilización forzada y de tratos inhumanos, según la codificación realizada por el Estatuto de Roma.

E.10. Es necesario que, para la adecuada orientación y monitoreo de este mega proceso penal, se constituya un equipo estable y mínimo que, partiendo del material ya acopiado, pueda evaluar detenidamente y, si fuere pertinente, elaborar y sostener la hipótesis de que lo sucedido constituye un crimen internacional, según indicamos en el numeral precedente. Sin esta adecuada formulación no parece posible que la investigación preliminar en manos del Fiscal Provincial precitado concluya oportunamente.

E.11. En relación al caso de María Mamérita Mestanza Chávez, luego de más de cuatro años de la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa, es necesaria su judicialización en el más breve plazo. El hecho que el Ministerio Público no adopte una apreciación general sobre la existencia o no de un crimen internacional de lesa humanidad, no debiera ser obstáculo para aplicar la sanción penal que corresponda.

## SEGUNDA PARTE

### A. La cuestión de la calificación de las “esterilizaciones forzadas” en el caso peruano como delito de genocidio o lesa humanidad

*Seguidamente analizaremos la posible calificación de las “esterilizaciones forzadas”, materia de este informe, como delito de Genocidio (I) y luego como delito de Lesa humanidad (II).*

#### I. El delito de genocidio

El genocidio es un delito internacional dirigido a lograr el exterminio o eliminación de un grupo determinado<sup>8</sup>. De acuerdo con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Código Penal peruano, para la calificación de un determinado crimen como genocidio es necesario la concurrencia de tres elementos fundamentales: (i) la conducta prohibida (ii) la identificación y comisión de la conducta prohibida contra un grupo determinado y (iii) la intención de destruir, total o parcialmente, a este grupo.

Mientras que los dos primeros elementos podrían considerarse los elementos objetivos, el tercero de ellos, constituye el requisito diferenciador respecto del resto de delitos internacionales. El elemento subjetivo especial de “destruir en todo o en parte al grupo protegido”, hace del genocidio una forma de persecución extrema e inhumana que lo diferencia del crimen contra la humanidad<sup>9</sup>.

De esta manera, determinar la responsabilidad de una persona por genocidio requiere, previamente, demostrar que tuvo esta intención especial. Esta tarea resulta bastante compleja pues incluso los tribunales internacionales han tenido muchas dificultades para probar este elemento subjetivo especial<sup>10</sup>.

##### 1.1. Conducta prohibida

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Código penal peruano establecen como conductas prohibidas la realización de: asesinatos, lesión a la integridad física o moral de los miembros del grupo, causar deliberadamente condiciones de vida

<sup>8</sup> GIL GIL, Alicia. El genocidio y otros crímenes internacionales. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 135.

<sup>9</sup> AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Base para una elaboración dogmática. Uruguay: Fundación Konrad – Adenauer, 2004, p. 417.

<sup>10</sup> PERAZA PARGA, Luis y KERBER PALMA, Alicia. “Genocidio listo para sentencia”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol VIII, 2008, p. 925. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/8/ain/ain38.pdf>, (visitada el 27 de febrero del 2008).

# ERECHOS reproductivos

a un grupo que lo lleven a su destrucción física, imponer *“medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”*<sup>11</sup>, transferencia forzosa de los niños de ese grupo a otro grupo.

Si en base a los informes e investigaciones que forman parte de los antecedentes de este informe, se asumiera como hipótesis que existirían los elementos suficientes que permitirían afirmar que se ha llevado a cabo un considerable número de esterilizaciones (ligadura de trompas), sin el consentimiento de determinado grupo de mujeres, cabe formularse la cuestión de si se ha perpetrado el delito de genocidio. Ello por cuanto nos encontramos objetivamente frente a medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo, configurándose, de esta manera, una conducta subsumible en el listado de los crímenes que configuran la conducta prohibida.

## 1.2. La identificación y comisión de la conducta prohibida contra un grupo determinado

Un segundo elemento que es necesario evaluar es que las víctimas pertenezcan a un grupo determinado. La finalidad del crimen de genocidio es proteger a un grupo de personas que resulte claramente distinguible por las características inmutables y estables que lo definen. La vulnerabilidad de estos grupos es potencialmente mayor porque las posibles víctimas pueden ser identificadas del resto de la población con particular facilidad<sup>12</sup>.

De acuerdo con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las víctimas deben pertenecer a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En el ámbito interno, el Código penal peruano ha reemplazado el grupo “racial” por el de “social”.

En virtud de ello, es necesario demostrar la pertenencia de las víctimas que fueron esterilizadas sin su consentimiento a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o social. Sobre el particular, es importante mencionar que las esterilizaciones, en su mayoría, de acuerdo con los antecedentes, se habrían llevado al cabo contra un grupo social específico: personas que realizaban trabajo en el campo, andinas, indígenas, rurales, con poca instrucción formal y en situación de pobreza.

## 1.3. La intención de destruir, total o parcialmente a este grupo

Como se ha señalado para que una persona sea acusada de haber cometido un crimen de genocidio debe demostrarse que realizó acciones con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo. Para el cumplimiento de esta intencionalidad especial, *dolus specialis*, se requiere que el perpetrador pretendiera claramente el resultado de que se le acusa, es decir, que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ver artículo II, d, de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio (ONU, 1948).

<sup>12</sup> SUNGA, Lyal. “La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional (arts. 5 a 10 del Estatuto de Roma)”. En: AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar (compiladores). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 245.

<sup>13</sup> “El acusado sabía o debería haber sabido que la conducta destruiría, total o parcialmente, ese grupo o que esa conducta formaba parte de un conjunto de conductas similares dirigido contra ese grupo”. ICC Preparatory Commission “Elements of Crimes”, en su quinta sesión en Nueva York 12-30 junio del 2000. Véase también Amicus Curiae ante el Tribunal Supremo español, Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Facultad de Derecho de Yale, 13 de diciembre del 2006. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/yaleamicus2.html>, (visitada el 27 de febrero del 2008).

# DERECHOS sexuales y D

En tal sentido, es necesario analizar si las esterilizaciones sin consentimiento se llevaron al cabo con la intención específica de destruir o aniquilar en todo o en parte al grupo social determinado. Las evidencias, hasta el momento, no han demostrado que los terribles actos inhumanos cometidos fueran acompañados de la necesaria y específica intención de aniquilar al grupo social específico: personas que realizaban trabajo en el campo, andinas, indígenas, rurales, con poca instrucción formal y en situación de pobreza.

Por el contrario, de acuerdo con los antecedentes, el PNSRPF se diseñó explícitamente a fin aplicarse la anticoncepción quirúrgica, en la mayoría de los casos, solamente a mujeres que ya tenían un/a hijo/a. Por tanto, es posible sostener que la intención principal del Programa, más allá de cualquier otra consideración ética, política o jurídica, era el control de natalidad en determinados grupos de personas. La ausencia de información suficiente que permita afirmar que había una intención de aniquilar en todo o en parte a ciertos grupos humanos protegidos por la normas sobre delito de genocidio, determina que no se pueda calificar, tales actos como un crimen de genocidio.

## II. Análisis de los elementos de lesa humanidad en la modalidad de otros actos inhumanos (esterilización forzada)

El Derecho Internacional ha instituido claramente los crímenes contra la humanidad como cualquiera de una serie de actos inhumanos que al ser cometidos de manera sistemática o a gran escala, dejan de ser crímenes comunes para pasar a subsumirse en la categoría más grave de crímenes contra la humanidad<sup>14</sup>.

La definición del crimen contra la humanidad en el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, supone un hito al tratarse de la primera definición de crimen contra la humanidad recogida en un tratado internacional de carácter multilateral. Las definiciones aportadas por el Estatuto son muy importantes debido a que codifica en gran parte normas internacionales consuetudinarias o imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), contribuyendo así a una mayor precisión jurídica al respecto. Un aspecto novedoso es la consolidación del tipo penal “crímenes contra la humanidad” o de “lesa humanidad”, incluyendo en él una serie de actos, como la “*las esterilizaciones forzadas*” (art.7-1, g) y “*otros actos inhumanos*” (art. 7-1, k).

Es importante tener en cuenta que el Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, lo que determina la competencia temporal de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). De modo tal, que no es posible sostener que la CPI sea competente respecto de hechos que ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto.

Lo anterior no impide, sin embargo, la calificación de hechos ocurridos antes o después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en base a normas consue-

<sup>14</sup> EQUIPO NIZKOR. “Crímenes contra la humanidad: configuración del tipo penal en Derecho Internacional y sus diferencias respecto del tipo de genocidio”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/memo1.html#Definición>, (visitada el 27 de febrero del 2008).

# ERECHOS reproductivos

tudinarias o de *ius cogens*. Es el caso de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia de 1993 (artículo 5, i) y Ruanda de 1994 (artículo 3, i), los cuales incluyen como una conducta pasible de la calificación como crimen contra la humanidad: “*otros actos inhumanos*”, siguiendo en esto lo establecido en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (art. 6, c)<sup>15</sup>. En consecuencia, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente, aplican este tipo penal relativo a “*otros actos inhumanos*”, esto es, que hayan causado a la víctima “*grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental*” según se precisó luego en los Elementos de los crímenes adoptado para la aplicación del Estatuto de Roma.

Un ejemplo claro de la aplicación del tipo penal de lesa humanidad en base a una norma consuetudinaria o de *ius cogens* nos la proporciona la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, la Corte calificó el homicidio de esta persona ocurrida el año 1973 como un crimen de lesa humanidad toda vez que era parte de un ataque dirigido por el Estado contra la población civil.

En el ámbito del derecho material, el Estatuto de Roma no ha creado nuevos ilícitos, por el contrario, una de sus mayores contribuciones ha sido codificar el derecho preexistente y ha hecho explícitas conductas cuya prohibición se encontraban proscritas con anterioridad pero de manera dispersa en otros instrumentos internacionales<sup>16</sup>.

Ahora bien, la calificación de determinado acto como crimen de lesa humanidad requiere del cumplimiento de una serie de elementos, a saber, una conducta prohibida, que sean actos dirigidos contra la población civil, que tales actos constituyan un ataque de conformidad con la política en este caso de un Estado, cometidos de forma generalizada o sistemática y que formen parte de un ataque del cual el autor del ilícito tenga conocimiento<sup>17</sup>.

## 2.1. Conducta prohibida

Como se ha señalado, durante el tiempo de realización de los hechos, la noción de crimen contra la humanidad prohibía “*otros actos inhumanos*”. Esto significaba que aquellas conductas de gravedad comparables con el asesinato, exterminación, reducción a la servidumbre, encarcelamiento, tortura, violaciones, entre otras, también podían ser perseguidas aun cuando no estaban explícitamente contempladas como tales en los estatutos de los tribunales penales internacionales.

Desde el ámbito jurídico, no cabe ninguna duda que privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica, sin su libre consentimiento ni justificación en un tratamiento médico, es una conducta inhumana que atenta

<sup>15</sup> Véase al respecto el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas S/25704 de fecha 3 de mayo 1993 fundamentando el Estatuto y la creación del TPI para la ex Yugoslavia, en especial párrafos 27 a 34.

<sup>16</sup> Véase al respecto la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) de 1994, Recomendación General N° 19 del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación de la Mujer de 1992, Declaración y Programa de Acción de Viena, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, Programa de Acción de la Conferencia de Población y Desarrollo de 1994, la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, entre otros.

<sup>17</sup> RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?” En: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Ed.). *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 315. Véase también *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Trial Chamber I, Case: IT-00-39-T, 27 de septiembre del 2006*. Disponible en: <http://www.un.org/icty/krajisnik/trialc/judgement/kra-jud060927e.pdf>, (visitada el 27 de febrero del 2008).

# DERECHOS sexuales y D

gravemente contra la integridad física de las mujeres y su salud mental y que de ningún modo podía ser una práctica lícita de control de la natalidad. Por ello, no resulta gratuito que años después el Estatuto de la Corte Penal Internacional haya:

-de una parte, mantenido el tipo penal de “*otros actos inhumanos*” (art. 7-1, k),  
-de otra parte, hecho explícito como una modalidad específica del crimen de lesa humanidad la “*esterilización forzada*” (art. 7-1, g). En este último caso, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma precisan que entre los elementos materiales de la “*esterilización forzada*” deben comprenderse:

*“1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica”;*

*“2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento”;*

*“3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”;*

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

En el plano fáctico, asumiendo como hipótesis la existencia de elementos que configuran la conducta prohibida descrita en el párrafo precedente, podría sostenerse en consecuencia que se habría perpetrado el crimen de lesa humanidad en la modalidad de “*esterilización forzada*” (art.7-1,g) y concurrentemente en la modalidad de “*otros tratos inhumanos*” (art.7-1,k). En efecto, de acuerdo con las diversas investigaciones e informes que forman parte de los antecedentes de esta consultoría, se ha privado a un número considerable de mujeres de su capacidad de reproducción biológica sin su consentimiento y se les ha infligido sufrimientos graves afectando seriamente su integridad física o la salud mental o física.

## **2.2. Actos dirigidos contra una población civil de conformidad con la política de un Estado**

Un segundo elemento que es importante analizar es si los actos estuvieron dirigidos contra una población civil de conformidad con la política de un Estado. En el caso peruano, este elemento resultaría susceptible de demostración conforme a la hipótesis esbozada, esto es: aa) que quienes sufrieron las esterilizaciones forzadas y otros tratos inhumanos fueron principalmente mujeres campesinas, andinas, indígenas, rurales, con poca instrucción formal y en situación de pobreza, y bb) que los actos fueron practicados de conformidad con la política de un Estado.

# ERECHOS reproductivos

## 2.3. Actos cometidos de forma generalizada o sistemática

La comisión de la conducta prohibida dirigida a una población civil, no es por sí misma una acción calificable como un crimen contra la humanidad. Por el contrario, es necesaria la existencia de circunstancias que agraven dicha comisión y permitan su consideración como tal. Para ello, se requiere que la conducta sea cometida como “parte de un ataque generalizado o sistemático”<sup>18</sup>:

El elemento generalizado alude a la escala masiva de la conducta, es decir, a que los actos se cometan contra una multiplicidad de víctimas. Sin embargo, en el caso de ausencia del elemento masivo, también constituirá un crimen de lesa humanidad, si el acto individual constituye el eslabón de una cadena que pueda vincularse a un sistema o plan. Este último hace referencia al carácter organizado del ataque<sup>19</sup>.

El núcleo polémico entre ambos requisitos ha estado en el carácter alternativo o acumulativo de los mismos. Sin embargo, el análisis realizado por los tribunales penales internacionales y el Estatuto de Roma, señala que no es necesaria la concurrencia de ambos requisitos, basta la presencia de uno de ellos para calificar al ilícito como crimen de lesa humanidad.

Las investigaciones e informes que forman parte de los antecedentes del presente informe permiten sustentar la hipótesis de que las esterilizaciones no son hechos aislados sino que existió un plan por parte del Estado que al ejecutarse llevó a cabo un número considerable de esterilizaciones (ligaduras de trompas) sin consentimiento de las personas afectadas. En tal sentido, se habría realizado el elemento correspondiente a que la conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático.

## 2.4. Elemento subjetivo: Actos cometidos en el marco de un ataque con conocimiento del autor

Un cuarto elemento que es importante analizar, es el elemento subjetivo. De acuerdo con el Estatuto de Roma es necesario que el autor conozca que la conducta que realiza se hace como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Este requisito tiene como finalidad excluir de la definición de crimen contra la humanidad, aquel acto inhumano perpetrado por una persona de manera aislada. No se trata de que el autor tenga conocimiento de todas las características del ataque ni precisiones del plan o la política del Estado, sino más bien es una orientación para evaluar si el supuesto autor “sabía o debía haber sabido”, conforme al estándar de una persona razonable y de un conocimiento general, si había un ataque y su actuación se enmarcaba dentro de él<sup>20</sup>.

De este modo, como lo han determinado los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda lo decisivo es que el autor sepa que no actuaba

<sup>18</sup> Véase también: Sentencia del Caso Akayesu, Nº TPIR-96-4-T (septiembre de 1998), párrafo 580, “El concepto de generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, una acción a gran escala, realizado colectivamente con una considerable gravedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de sistemático puede ser definido como un acto concientemente organizado y que sigue un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados. No es un requisito que esta política se deba adoptar formalmente como una política de Estado. Sin embargo, debe haber una cierta clase de plan o política preconcebida”.

<sup>19</sup> De acuerdo con Doudou Thiam, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1983 - 1995), “Un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...)”. Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur (41st session of the ILC (1989)), A/CN.4/419 & Corr.1 and Add.1, p. 88, párr. 60 y 62.

<sup>20</sup> SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. La Corte Penal Internacional y sus medidas para su implementación en el Perú. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, p. 94.

aisladamente, sino en el marco de un ataque generalizado o sistemático, sin que deba tener, sin embargo, un conocimiento detallado de ese ataque. En tal sentido, este elemento ha de entenderse en oposición a una comisión espontánea o aislada<sup>21</sup>.

En el caso peruano, de acuerdo con las investigaciones e informes que sustentan nuestra hipótesis, existieron directivas y órdenes para privar a mujeres campesinas, andinas, indígenas, rurales, con poca instrucción formal y en situación de pobreza, de su capacidad de reproducción biológica. Los autores mediatos e inmediatos realizaron en el marco de dicha política esterilizaciones sin consentimiento contra un número considerable de mujeres.

### III. Conclusiones

- 3.1. Las esterilizaciones sin consentimiento ni justificaciones médicas y perpetradas contra mujeres campesinas, andinas, indígenas, rurales, con poca instrucción formal y en situación de pobreza serían susceptibles de subsumirse dentro de los elementos del tipo objetivo del crimen de genocidio (*“impedir los nacimientos en el seno del grupo”*). Sin embargo, no hay indicios suficientes para demostrar el elemento subjetivo especial. La política de esterilizaciones forzadas no demuestra un intento específico de aniquilar total o parcialmente al grupo, toda vez que la intención principal habría sido el control de la natalidad.
- 3.2. La falta de elementos para demostrar la intencionalidad especial del delito de genocidio no significa que los actos perpetrados no sean punibles. Por el contrario, tales actos son susceptibles de ser calificados, como hipótesis de trabajo, como crimen de lesa humanidad.
- 3.3. Nuestra hipótesis de trabajo es que los actos cometidos en el caso peruano realizan el elemento objetivo y subjetivo del delito de lesa humanidad en las modalidades concurrentes de “esterilización forzada” y “actos inhumanos”, de acuerdo con normas consuetudinarias o de *ius cogens*, normas que han sido recientemente codificadas por el Estatuto de Roma. La privación a un número considerable de mujeres de la capacidad de reproducción biológica, sin su libre consentimiento, y otros actos inhumanos que afectaron gravemente la integridad física, salud mental o física, habría sido realizado de manera sistemática y generalizada. En consecuencia, los autores mediatos e inmediatos tenían conocimiento de que su acción se realizaba dentro de un ataque de tales características.

<sup>21</sup> AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Base para una elaboración dogmática. Uruguay: Fundación Konrad – Adenauer, 2004, p. 404 y ss.

## B. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN AL CASO PERUANO DE LAS ESTERILIZACIONES FORZADAS

### I. La prescripción

La prescripción, según la concepción moderna y propia en general del derecho penal interno de los Estados, es el instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de la extinción de ciertos derechos; en el derecho penal ésta puede extinguir la acción penal y la pena. En ambos casos se imponen límites de carácter temporal al ejercicio del Poder punitivo del Estado.

#### 1.1. La excepción de la prescripción respecto de los delitos comunes

La excepción de la prescripción procede para el caso de los delitos comunes, establecidos en el Código Penal. En el derecho peruano la excepción de la acción penal se encuentra regulada en los artículos 80 y sgts. del Código Penal de 1991; la excepción de la pena se regula en los artículos 86 y sgts. del Código Penal de 1991. El procedimiento para su interposición se regula en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales.

#### 1.2. Delitos sobre los que no procede la excepción de la prescripción<sup>22</sup>

Tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional se reconoce que la excepción de la prescripción no es procedente cuando las conductas delictivas constituyen graves violaciones a los derechos humanos y/o determinados crímenes internacionales.

Según el Derecho Internacional son imprescriptibles los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio. El sustento jurídico de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales antes indicados se encuentra en el derecho internacional consuetudinario<sup>23</sup> y en el derecho convencional<sup>24</sup>; en particular, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Convención que ha sido ratificada por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 27998, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 12 de junio de 2003<sup>25</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDH) ha indicado además que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad resulta ser una norma imperativa de Derecho Internacional, *ius cogens*, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados, a pesar de que éstos no hayan ratificado

<sup>22</sup> Véase al respecto el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, Lima, 2003, Tomo I, “Capítulo 4 La dimensión jurídica de los hechos, en particular el numeral 4.2.7”, pág. 211 y ss.

<sup>23</sup> Entre los documentos que prueban la existencia del derecho consuetudinario, se mencionan: Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y N° 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución N° 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones N° 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y N° 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra. Resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas N° 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y N° 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad; los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Resolución N° 3074 (XXVII) de la Asamblea General de la ONU del 3 de diciembre de 1973; El Proyecto de Código de Delitos contra la Paz, la Seguridad de la Humanidad de 1996.

<sup>24</sup> Entre los instrumentos internacionales que reconocen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes internacionales se mencionan: i) La Convención de Imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad; ii) la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de guerra, firmada el 25 de enero de

# DERECHOS sexuales y D

1974 en el Consejo de Europa, iii) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 29.

<sup>25</sup> Cabe mencionar que el Estado peruano aprobó la adhesión a la Convención indicando que sería aplicable para los crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú. Sobre ello, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 19º inciso c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), esta limitación o reserva planteada por el Estado peruano sería inválida en la medida que la misma puede resultar incompatible con la finalidad y objeto de la referida Convención, cual es, evitar la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en un Estado.

<sup>26</sup> En la Sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros, la Corte Interamericana indicó que: “[...] Aun cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 153.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

<sup>28</sup> Estos pronunciamientos también fueron reiterados en los siguientes casos: Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, sentencia de 10 de julio de 2007. Párr. 190; caso de la Masacre de la Rochela, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 294; caso La Cantuta, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 152; Caso de las Masacres de Ituango sentencia de 1 de julio de 2006, Párr. 402; Caso Bulacio, Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002, párr. 116.

<sup>29</sup> No obstante lo anterior, a la fecha, no existe un pronunciamiento que establezca un precedente obliga-

la citada Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>26</sup>.

En particular sobre el caso peruano, la CDH declaró en la Sentencia del caso Barrios Altos que son inadmisibles, entre otras, las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y sanción de responsables de graves violaciones a los derechos humanos:

*“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>27</sup>.*

Estas disposiciones de la CDH, que han sido reiteradas y desarrolladas en su jurisprudencia<sup>28</sup>, son también reconocidas y aplicadas por los tribunales peruanos, estableciendo con ello un precedente importante que consolida el principio de imprescriptibilidad de los delitos que implican vulneraciones graves a los derechos humanos<sup>29</sup>. Entre las resoluciones que se han pronunciado sobre la improcedencia de la excepción de la prescripción, se encuentran las siguientes:

- Resolución emitida por la Sala Superior Anticorrupción “A” de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2005, que declaró infundada la excepción de prescripción<sup>30</sup>, señalando lo siguiente:

*“TERCERO.- Establecida la naturaleza de los delitos [violación de derechos fundamentales] por los cuales se ha decidido instruir a la excepcionante (...) esta Sala declara que no es oponible la prescripción al ejercicio de esta acción penal, dado que como señaló la Corte Interamericana en la ya glosada sentencia de fondo [caso Barrios Altos]: Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos (...).”*

*“SÉTIMO.- (...) de lo que se sigue que si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor seguridad jurídica frente al valor justicia, en el caso de los delitos como los instruidos (por su especial gravedad y naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se halla obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos (...).”<sup>31</sup>.*

# ERECHOS reproductivos

- Resolución emitida por la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Lima de fecha 2 de marzo de 2007, expedida en la causa “Ejecuciones arbitrarias en Accomarca”, señalando lo siguiente:

*“Cuarto: El hecho de procesar los actos antes reseñados como delito de asesinato, previsto y penado por el Código Penal (...), no implica en modo alguno negarle la condición de violaciones a los derechos humanos, como tampoco impugnar las consecuencias que ello acarrea. Esta subsunción en los tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de la conducta en análisis ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes...”<sup>32</sup>.*

- Resolución emitida por la Segunda Sala Penal de Huancayo con fecha 8 de septiembre de 2006, en la Causa Luis Augusto Pérez Document, por el delito de secuestro en agravio de Luis Alberto Ramírez Hinostraza (Exp. N° 2004-1639):

*“El Sistema Normativo Universal (...) ha establecido que cierta clase de acciones u omisiones tienen la calificación jurídica de Actos Contra la Humanidad, por lo tanto, por razones históricas, morales y jurídicas, la acción para su juzgamiento resulta imprescriptible, por la sencilla razón de que la sociedad en su conjunto tiene permanentemente vigente el derecho a la Verdad para evitar la desnaturalización de la vida colectiva”<sup>33</sup>.*

- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de abril de 2005 (expedida en la Causa de Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. N° 1805-2005-HC/TC), en la cual se indicó que la resolución judicial que declaró improcedente la excepción de prescripción no vulnera ninguno de los derechos del señor Cáceda Pedemonte<sup>34</sup>, señalando además que:

*“dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera que es necesario continuar con la tramitación del proceso tendiente a determinar las responsabilidades a que hubiere lugar. Es por ello que resulta importante recordar, conforme se hiciera en anterior jurisprudencia, que: “[l]os hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional”<sup>35</sup>.*

torio. De conformidad con el Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento serán publicados en el Diario Oficial “El Peruano” (artículos 22 y 116).

<sup>30</sup> La excepción de prescripción fue presentada por la procesada Shirley Sandra Rojas Castro, en el proceso que se le sigue por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y asociación ilícita para delinquir en agravio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre y otros. En: Informe Defensorial N° 97 “A dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, págs. 126 y 127.

<sup>31</sup> Informe Defensorial N° 112, “El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas” pág. 141 y 142.

<sup>32</sup> La Sala Penal Nacional revocó el auto que declaró fundada la excepción de prescripción. En: Informe Defensorial N° 112, “El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas” pág. 141.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pág. 142.

<sup>34</sup> Ello, en principio, debido a que no había transcurrido el plazo ordinario de prescripción por el delito de asociación ilícita. Véase párr. 22 y 23 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de abril de 2005 (expedida en la Causa de Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. N° 1805-2005-HC/TC).

<sup>35</sup> *Ibid.* Párr. 23 y 24.

# DERECHOS sexuales y D

Otro argumento utilizado por los órganos judiciales al resolver las excepciones de prescripción, en casos de secuestro o desaparición forzada de personas, está relacionado con el carácter permanente de estos delitos; ello, de conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en la causa de Genaro Villegas Namuche (EXP. N.º 2488-2002-HC/TC)<sup>36</sup>. En este sentido, se encuentran:

- La Resolución emitida por el Segundo Juzgado Penal de Huamanga de fecha 12 de abril de 2005, en el caso “Violaciones a los derechos humanos en el Cuartel Los Cabitos N° 51”, que declaró infundada la excepción de prescripción, señalando que:

*“(…) es de enfatizar que las normas de la prescripción no son aplicables cuando se trata de delitos que tienen la condición de permanentes, como es el caso del delito de la desaparición forzada, la misma que perdura mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (…)”<sup>37</sup>.*

- Resolución emitida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash que confirmó el auto que declaró infundada la excepción de prescripción deducida en el caso “La desaparición forzada de Pedro Haro y César Mautino”. En esta resolución se indicó que: “...conforme a lo dispuesto en el artículo 82º del Código Penal, los plazos de prescripción de la acción penal comienzan, entre otros, en el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia, pero como no se pudo establecer aún el destino o paradero de las víctimas, se encuentran ante un delito de carácter permanente, motivo por el cual no se extingue el ius puniendi o potestad sancionadora del Estado”<sup>38</sup>.

A los argumentos antes señalados, cabe agregar aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se establece que son improcedentes los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el derecho internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos. En este sentido, se mencionan los siguientes casos:

<sup>36</sup> En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional declaró el carácter permanente del delito de desaparición forzada (párrafo 26).

<sup>37</sup> Informe Defensorial N° 97 “A dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, pág. 128.

<sup>38</sup> En Informe Defensorial N° 112, “El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia”, pág. 143.

- Sentencia de fecha 14 de marzo de 2004, expedida en la causa de Genaro Villegas Namuche (EXP. N° 2488-2002-HC/TC), que señala lo siguiente:

*“...corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas (...). El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y*

# ERECHOS reproductivos

*corroe dos valores fundamentales de la sociedad democrática: la verdad y la justicia*<sup>39</sup> [el resaltado es agregado].

- Sentencia de fecha 21 de junio de 2004, expedida en la causa de Carlos Portella Núñez (Exp. N.º 2310-2004-HC/TC), que señala lo siguiente:

*“Como “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (art. 55º de la Constitución), es del caso recordar que la jurisdicción internacional establece plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones que hubiesen sido cometidas y que estuviesen pendientes de juzgar*<sup>40</sup>.

- Sentencia recaída en el Expediente N.º 2798-04-HC/TC, por la cual el Tribunal Constitucional señaló, refiriéndose a las graves vulneraciones a los derechos humanos, que:

*“la gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos”<sup>41</sup>. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas. (...) La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003)”<sup>42</sup>.*

- Sentencia de fecha 2 de marzo de 2007, recaída en el Exp. N.º 679-2005-PA/TC LIMA, en la cual se señala lo siguiente:

*“Las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de los tratados sobre derechos humanos comprenden el deber de garantizar aquellos derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación”<sup>43</sup>.*

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2004, en la causa de Genaro Villegas Namuche, EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, Punto 10 de los fundamentos.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 21 de junio de 2004, expedida en la causa de Carlos Portella Núñez, Exp. N.º 2310-2004-HC/TC, párr. 4.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004, expedida en la Causa Gabriel Orlando Vera Navarrete, párr. 18.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 2798-04-HC/TC, párrafos 18 y 19.

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 2 de marzo de 2007, recaída en el Exp. N.º 679-2005-PA/TC, Santiago Enrique Martín Rivas (vista la causa: 8-03-2005), párr 30.

<sup>44</sup> En este sentido, se encuentra abundante jurisprudencia emitida por Tribunales Internacionales; desde la Sentencia del Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945) hasta los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y los Tribunales Regionales de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. A modo de ejemplo se menciona la siguiente jurisprudencia: la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDH) de fecha 26 de septiembre de 2006, emitida en el Caso Almonacid y otros, en la cual la CDH indicó, al margen de lo que se estableciera en la legislación chilena, que para el 17 de septiembre de 1973 las conductas cometidas por los agentes del gobierno de Chile contra el señor Almonacid Arellano, constituyeron crímenes de lesa humanidad bajo el Derecho internacional. Para llegar a tal conclusión, la CDH realizó un recuento de la evolución, reconocimiento y establecimiento de los elementos de este crimen internacional teniendo como fuente principalmente al derecho internacional consuetudinario. En este sentido la Corte, en su párrafo 104 concluyó lo siguiente: "(...) la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano (...), cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad" [párrafos 99 a 104]. Un pronunciamiento similar también fue realizado en la Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2006, en el Caso Castro Castro contra Perú, párr 402; Sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006, en el Caso Goiburú y otros contra Paraguay, párr. 128. En este sentido también se encuentran las Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos de fecha 22 de marzo de 2001, emitida en el Caso Streletz, Kressler y Krenz contra Alemania; la Sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, en el Caso K.H.W contra Alemania,

### 1.3. Aplicación en el caso particular

Por los fundamentos antes indicado, al tratarse de conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad, la excepción de prescripción no procede en el caso particular, así se atribuyan a estos hechos los tipos penales del derecho interno.

## II. El principio de legalidad y su aplicación al caso peruano de las "esterilizaciones forzadas"

En términos generales, el Derecho penal nacional de los Estados, mediante el principio de legalidad, garantiza que las conductas penales estén establecidas i) de manera previa a la comisión de los hechos (*lex previa*), ii) en una norma escrita (*lex scripta*), iii) de manera cierta (*lex certa*) y iv) prohíbe, además, el uso de la analogía (*lex stricta*). Este principio propio de los derechos internos es reconocido, con algunas modificaciones importantes como veremos luego, también en el ámbito del Derecho Internacional como consecuencia del desarrollo del Derecho Penal Internacional luego de la Segunda Guerra Mundial (1945).

### 2.1. Ámbitos de aplicación

En el ámbito del Derecho Internacional, los crímenes internacionales pueden estar establecidos tanto mediante normas convencionales como mediante normas consuetudinarias o de Derecho internacional general (*ius cogens*), no rigiendo en consecuencia el requerimiento propio en general del derecho interno de los Estados, esto es, la necesidad de una ley escrita<sup>44</sup>.

En el ámbito de los derechos internos, en particular en el derecho peruano, se exigen los cuatro requerimientos antes indicados prohibiéndose con ello i) la aplicación retroactiva de la ley penal, ii) la aplicación de otro derecho que no sea el escrito, iii) el uso de analogía y iv) la aplicación de cláusulas generales indeterminadas. Este principio se encuentra consagrado, por un lado, en la Constitución Política de 1993: en el artículo 2.24.d) –que además reconoce al Principio de legalidad como un derecho fundamental–, el artículo 103 (prohibición de retroactividad de las normas), el artículo 139, inciso 9 (prohibición de analogía). Por otro lado, el Código Penal de 1991 lo regula en los artículos II (ley escrita) y III (prohibición de la analogía) del Título Preliminar y en los artículos 6 (irretroactividad de la ley).

### 2.2. Modalidades de aplicación del Principio de Legalidad para efectos de la calificación de crímenes internacionales en el ámbito interno

Al igual que en el caso de la figura jurídica de la "prescripción", en el ámbito de los derechos internos, el principio de legalidad ha recibido un tratamiento

# ERECHOS reproductivos

especial cuando las conductas delictivas constituyen graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales. En particular, se han postulado tres modalidades en la aplicación del principio de legalidad para efectos de la calificación de ciertas conductas delictivas como crímenes internacionales, a pesar de que dichos crímenes internacionales no se encuentran tipificados en la ley penal interna:

2.2.1. Modalidad 1: desconocimiento de la normatividad internacional en general.

Nos encontramos en esta modalidad ante la primacía de las formalidades del principio de legalidad; en consecuencia, los hechos materia de juzgamiento se analizan y tipifican exclusivamente desde las categorías del derecho penal nacional, aun cuando pudieran ser concurrentemente consideradas como graves violaciones a los derechos humanos y/o crímenes internacionales. De alguna manera es lo que apreciamos en las sentencias nacionales sobre el caso Lucanamarca.

2.2.2. Modalidad 2: aplicación de tipos penales contenidos en normas internacionales consuetudinarias o de ius cogens

Se realiza una integración del Principio de legalidad regido por el Derecho Internacional; en consecuencia, se aplican de manera directa los tipos penales contenidos en normas internacionales consuetudinarias o de ius cogens para efectos de la calificación de las conductas como crímenes internacionales. En este sentido se encuentra la siguiente jurisprudencia comparada:

- Sentencia de la Audiencia Nacional de España de fecha 19 de abril de 2005, (Caso Adolfo Scilingo). En esta Sentencia, la Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo por el tipo "delitos de lesa humanidad" (art. 607 bis del Código Penal Español), vigente en el derecho español con fecha posterior a la comisión de los hechos imputados. Para justificar la aplicación retroactiva de este tipo penal (art. 607 del Código Penal Español), la Audiencia Nacional indicó que los crímenes de lesa humanidad ya existían en el Derecho internacional consuetudinario en el momento de la perpetración de los hechos. Con ello se observa que la Audiencia Nacional hace una referencia de manera directa al derecho internacional consuetudinario. En relación a la aplicación del principio de legalidad, la Audiencia indicó lo siguiente:

*"En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación del principio de legalidad penal (criminal y penal) nullum crimen nulla poena sine lege, en el Derecho Internacional se articula como de nullum crime sine iure, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A*

párr. 106; la Decisión de fecha 17 de enero del 2006 emitida en el caso de Kolk y Kislyiy contra Estonia; la Sentencia de la Sala de Apelaciones de fecha 29 de Julio de 2004, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso Blaskic (IT-95-14).

# DERECHOS sexuales y D

*diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos...*<sup>45</sup>.

Para justificar esta interpretación del Principio de legalidad, la Audiencia Española señaló que: *“el derecho interno español (...) no solo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino que estimamos que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-temporal de la misma”*. Lo contrario, *“significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos”*<sup>46</sup>.

- Sentencia de fecha 27 de enero de 2004, expedida por la Corte de Apelaciones de Tallin, Estonia, por la cual se aplicó de manera directa el derecho internacional consuetudinario para determinar el momento en el cual la conducta crímenes de lesa humanidad adquirió vigencia en el derecho internacional consuetudinario. Sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema (*Riigikohus*) con fecha 21 de abril de 2004. Cabe mencionar que los condenados en esta Sentencia por crímenes de lesa humanidad presentaron una demanda contra Estado de Estonia ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) como consecuencia de la vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [que reconoce el principio de legalidad]. Como resultado de esta demanda, la CEDH indicó que *“...el artículo 7.2 de la Convención, expresamente prevé que este artículo no debe impedir el juicio o la condena de una persona que al momento de la comisión de los actos era considerada como criminal según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto resulta ser verdad respecto de los crímenes contra la humanidad sobre los cuales la regla de imprescriptibilidad no puede ser aplicada”*<sup>47</sup>.

2.2.3. Modalidad 3: subsunción de los hechos en tipos penales internos pero reconociendo la existencia concurrente de tipos penales internacionales no convencionales, o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a efectos de considerar su imprescriptibilidad y eventual jurisdicción universal.

Se califican los hechos con los tipos penales del derecho interno para efectos de la pena y se señala, a la vez, que los hechos constituyeron crímenes internacionales según las normas del derecho internacional. Asimismo, a través de una interpretación sistemática y teleológica, se atribuyen a los tipos penales internos las características de un crimen internacional para efectos del enjuiciamiento (imprescriptibilidad, jurisdicción universal, etc.). Esta es la práctica que encontramos en la jurisprudencia peruana luego de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo 2001, según expusimos supra en este informe (numeral “1.2. Delitos

<sup>45</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de España de fecha 19 de abril de 2005, (Caso Adolfo Scilingo). Disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/#sent> [revisada con fecha 4 de noviembre de 2006].

<sup>46</sup> Ídem.

<sup>47</sup> Traducción no oficial. En Corte Europea de Derechos Humanos, caso de Kolk y Kislyiy contra Estonia, Decisión de fecha 17 de enero del 2006.

# ERECHOS reproductivos

sobre los que no procede la excepción de la prescripción”). En el mismo sentido encontramos la siguiente jurisprudencia comparada:

- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español de fecha 1 de octubre de 2007, que resuelve el recurso de Casación interpuesto por Adolfo Scilingo. Esta sentencia reforma lo señalado por la Audiencia Nacional antes citada en relación a la aplicación del tipo “delitos de lesa humanidad” (artículo 607 bis) como norma penal sustantiva interna, por ser posterior a los hechos y no más favorable. En relación a la aplicación del principio de legalidad señala: *“la vigencia del principio de legalidad (...) impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable”*<sup>48</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo indicó seguidamente que *“De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de ius cogens. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos”*<sup>49</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo planteó la posibilidad de establecer una condena por los delitos de asesinatos y detención legal (tipos penales vigentes en el momento de la comisión de los hechos) pero considerando las circunstancias relevantes concurrentes de los crímenes de lesa humanidad, aun cuando no sean típicas, para efectos del enjuiciamiento y con todas las características que ello implique; entre ellas la posibilidad de poder invocar la jurisdicción universal aun cuando en la legislación española la jurisdicción universal no es reconocida para los crímenes de lesa humanidad (artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Al respecto, señala que: *“...el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario...”*<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Sentencia disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/#sent> [revisada con fecha 20 de noviembre de 2007], considerando sexto.

<sup>49</sup> Ibid. considerando sexto, punto 5.

<sup>50</sup> Ibid. considerando séptimo.

# DERECHOS sexuales y D

En conclusión, el Tribunal resuelve el caso condenando al acusado “...como autor de (...) delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1°; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice (...) de delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, **los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional...**”<sup>51</sup>.

- Sentencia de fecha 10 de enero de 2008, expedida por la Cuarta Sala de la Iltma. de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. En esta sentencia se califican los hechos (ocurridos en el año 1973) con los tipos penales del Código Penal chileno y, a la vez, se indica que tales conductas constituyeron crímenes de guerra, rechazando por tal motivo la excepción de prescripción alegada. En este sentido, la Corte de Apelaciones señala: “...respecto de la prescripción alegada en el proceso, es preciso tener presente (...) que tanto el delito de secuestro como el de homicidio calificado materia de la acusación, perpetrados contra de personas que tenían en común la calidad de ser opositores al régimen militar de facto instalado en Chile en 1973, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, (...) constituyen ejecuciones llevadas a cabo en forma extrajudicial, al margen de la juricidad, y por ende, se trata de crímenes internacionales inamnistiables e imprescriptibles”<sup>52</sup>. Además, esta Corte de Apelaciones establece como parte del derecho aplicable la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, pese a que dicho tratado no ha sido ratificado por Chile, y los Convenios de Ginebra de 1949.

### 2.3. Aplicación al caso concreto

Considerando que el tipo penal de crímenes de lesa humanidad, según los términos del Estatuto de Roma de 1998, no ha sido recogido en el Código Penal peruano, es posible impulsar en el caso particular la que hemos denominado Modalidad 3. Ello, supone calificar los hechos materia de este informe como violaciones graves de los derechos humanos y constitutivos del delito de lesa humanidad. En consecuencia, los hechos se subsumirán en las figuras del Código Penal peruano para efectos de la pena, pero ello no será un impedimento para que estos hechos también sean calificados con el tipo penal internacional respectivo, con todas las características que ello implique para efectos del enjuiciamiento (imprescriptibilidad, jurisdicción universal).

<sup>51</sup> *Ibíd.* SEGUNDA SENTENCIA N°: 798/2007.

<sup>52</sup> Sentencia de fecha 10 de enero de 2008, expedida por la Cuarta Sala de la Iltma. de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, punto 5.





# ERECHOS reproductivos

Diseño y Diagramación: Marisa Godínez  
Corrección: Cecilia Heraud Pérez

Impresión: Editorial Línea Andina  
Lloque Yupanqui 1640, Jesús María. Telefax: 4719481

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-06263

Lima, mayo de 2008

# Justicia

## **DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS:** aportando desde el Derecho Penal Internacional

# de Género

