



Ministerio Público
Fiscalía de la Nación



Proyecto de Ley N° 191/2021-MP



Lima, 13 SET. 2021

OFICIO N° 097-2021-MP-FN

Señora
MARÍA DEL CARMEN ALVA PRIETO
Presidenta
Congreso de la República
Presente. -

Asunto: Propuesta de proyecto de ley

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, de conformidad con mi derecho de iniciativa legislativa conferido en el artículo 159, inciso 7 de la Constitución Política del Estado, concordado con los artículos 4 y 66, inciso 4 del Decreto Legislativo n.º 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, a fin de poner a consideración del Congreso de la República, el "Proyecto de ley que faculta al juez o fiscal disponer del destino final de cadáveres en caso de posible afectación a la seguridad y orden público".

Es propicia la oportunidad para reiterarle la muestra de mi especial consideración.

Atentamente,

Zoraida Avalos Rivera
Fiscal de la Nación



RU 688428

RW 688428

PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Asesoría <input type="checkbox"/>	Secretaría <input type="checkbox"/>
Trámite: Regular <input type="checkbox"/>	Urgente <input type="checkbox"/>
Pase a: Oficialía Mayor <input checked="" type="checkbox"/>	Despacho Parlamentario <input type="checkbox"/>
Comisiones <input type="checkbox"/>	Protocolo <input type="checkbox"/>
DGA <input type="checkbox"/>	Otro <input type="checkbox"/>
Acciones: Conocimiento y Fines <input type="checkbox"/> Aprobado <input type="checkbox"/> Coordinación <input type="checkbox"/>	
Elaborar oficio <input type="checkbox"/> Archivo <input type="checkbox"/> Opinión <input type="checkbox"/>	
Proyectar respuesta <input type="checkbox"/> Informe <input type="checkbox"/> Otro <input type="checkbox"/>	
Observaciones: <i>Trámite correspondiente</i>	



14/9

OFICIALÍA MAYOR	
DGP <input checked="" type="checkbox"/>	PROTOCOLO <input type="checkbox"/>
DGA <input type="checkbox"/>	PARTICIPACIÓN CIUDADANA <input type="checkbox"/>
LEGAL Y CONSTITUCIONAL <input type="checkbox"/>	PREV. Y SEGURIDAD <input type="checkbox"/>
CENTRO DE ESTUDIOS <input type="checkbox"/>	COMUNICACIONES <input type="checkbox"/>
COOPERACIÓN INTERNACIONAL <input type="checkbox"/>	FONDO EDITORIAL <input type="checkbox"/>
PLANEAMIENTO Y PRESUPUESTO <input type="checkbox"/>	ENLACE <input type="checkbox"/>
PROCURADURÍA <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
TRÁMITE CORRESPONDIENTE <input checked="" type="checkbox"/>	AUTORIZADO <input type="checkbox"/>
CONOCIMIENTO Y FINES PERTINENTES <input type="checkbox"/>	ARCHIVO <input type="checkbox"/>
ATENDER SEGÚN PROCEDIMIENTOS INTERNOS <input type="checkbox"/>	INFORME <input type="checkbox"/>



RW - 688428

DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA		URGENTE <input type="checkbox"/> IMPORTANTE <input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Comisiones	<input type="checkbox"/> Organizaciones	<input type="checkbox"/> Agregar a su expediente
<input type="checkbox"/> Comunicaciones	<input checked="" type="checkbox"/> Gestión Documental	<input type="checkbox"/> Atender
<input type="checkbox"/> Despacho Parlamentario	<input type="checkbox"/> Oficialía Mayor	<input type="checkbox"/> Atender, según disponibilidad
<input type="checkbox"/> Diario de los Debates	<input type="checkbox"/> Otros	<input type="checkbox"/> Ayuda Memoria
<input type="checkbox"/> DIDP	<input type="checkbox"/> Relatoría y Agendas	<input type="checkbox"/> Conformidad / V°B°
<input type="checkbox"/> DGA	<input type="checkbox"/> Transcripciones	<input type="checkbox"/> Consejo Directivo
<input type="checkbox"/> Of. Enlace		<input type="checkbox"/> Cc.toc. y Fines
ACUERDO MESA DIRECTIVA N° 075-2018-2020-MESACR		<input type="checkbox"/> Coordinar su atención
		<input type="checkbox"/> Elaborar Informe
		<input type="checkbox"/> Elaborar Oficio para firma del OM
		<input type="checkbox"/> Junta de Portavoces
		<input checked="" type="checkbox"/> Trámite Correspondiente

Se cumple en los Requisitos.

JAVIER ANGELES ILLMANN
 Director General Parlamentario
 CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DGP
 REVISADO POR: *SR*
 FECHA: *14/9/2021*
 HORA: *11:27*

PROYECTO DE LEY QUE FACULTA AL JUEZ O FISCAL DISPONER DEL DESTINO FINAL DE CADAVERES EN CASOS DE POSIBLE AFECTACION A LA SEGURIDAD Y ORDEN PUBLICO

La Fiscal de la Nación ZORAIDA ÁVALOS RIVERA, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 159° numeral 7 de la Constitución Política del Estado, concordado con los artículos 4° y 66° numeral 4 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, así como el artículo 8° literal f del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público; además de los artículos 75° y 76° numeral 4 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:



I. FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE FACULTA AL JUEZ O FISCAL DISPONER DEL DESTINO FINAL DE CADAVERES EN CASOS DE POSIBLE AFECTACION A LA SEGURIDAD Y ORDEN PUBLICO

Artículo 1. Objeto

La presente ley tiene como finalidad establecer el marco normativo que faculte a jueces o fiscales la disposición final de cadáveres, en los casos que pueda ponerse el riesgo el orden y la seguridad pública.

Artículo 2. Modificación de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 114° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en los siguientes términos:

“Artículo 114°. - Los cadáveres de personas no identificadas o, que habiendo sido identificados, no hubieren sido reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue, podrán ser dedicados a fines de investigación o estudio. Para los mismos fines podrán utilizarse cadáveres o restos humanos, por voluntad manifiesta de la persona antes de fallecer o con consentimiento de sus familiares.

El juez o el fiscal, según sea el caso, en decisión especialmente fundamentada, podrá disponer del destino final de los cadáveres, cuyo

traslado, funerales o inhumación pudiera poner en grave riesgo la seguridad o el orden público.”

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

2.1 Delimitación de la situación específica no regulada legalmente

Como suele ocurrir en muchas ocasiones, los supuestos fácticos que tiene en cuenta el legislador cuando regula una materia específica, resultan incompletos. De allí que se haya hecho conocida la frase que hace referencia a la realidad que siempre será más compleja que cualquier sistema de normas. Por esta razón la labor legislativa es constante. Precisamente para encontrar soluciones a los problemas que la ausencia o inadecuada regulación plantean a la sociedad y su convivencia.

En el caso que amerita la presente propuesta, consideramos que existe precisamente un ámbito que no ha sido regulado legislativamente respecto de la disposición final de los cadáveres en todos los supuestos, situación que ha sido evidenciada con la reciente muerte del cabecilla de la organización terrorista Abimael Guzmán Reynoso.

Debemos reiterar -para que no quede atisbo de duda- que se trata de una situación evidenciada, mas no de un caso específico. Es decir, la propuesta no es para el referido caso (o no sólo para este caso); sino para situaciones como la descrita que eventualmente se pudieran presentar. Aclaración que resulta pertinente si tenemos en cuenta que el artículo 113° de la Constitución Política estipula que: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”. En el presente caso, se trata efectivamente de una exigencia de la “naturaleza de las cosas” antes que un caso de la llamada “legislación con nombre propio”.

Al respecto se debe tener presente lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. 002-2019-PI/TC, donde ha sostenido que la Constitución, efectivamente prevé “la posibilidad excepcional de establecer normas especiales o ad hoc cuando estas se basen en razones objetivas y justificadas, es decir, en la naturaleza de las cosas” (cfr. fundamento 54).¹

¹ Sentencia precisamente emitida en el caso conocido como “Mausoleo de Comas” en la que los demandantes sostenían que la Ley N° 30868 era una “ley con nombre propio”, “pues se promulgó con la única finalidad de demoler el nicho colectivo del cementerio Mártires 19 de julio, ubicado en el distrito de Comas.” En dicho recinto se encontraban los restos de ocho personas fallecidas en el establecimiento penitenciario de El Frontón, en el año 1986. La demanda de inconstitucionalidad fue planteada contra la Ley N° 30868 que modificó la Ley N° 26298, Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, al establecer un procedimiento para la exhumación y traslado de cadáveres.



En efecto, el tema referido a los cadáveres en cuanto a su identificación, entrega, traslado, inhumación, exhumación; entre otros aspectos, está regulado en la ley de la materia que es la Ley General de Salud. De modo general, se ha previsto los casos de cadáveres que pertenecen a personas no identificadas o no reclamados por familiares, y como solución se ha determinado que deben ser dedicados a los fines de investigación o estudio, decisión que corresponde a la autoridad administrativa, si no hubiera investigación de por medio.

Sin embargo, no se ha previsto legalmente los supuestos -que si bien son excepcionales, pueden ocurrir- relacionados con los procedimientos antes descritos de entrega, traslado y disposición final de los cadáveres, que por sí mismos impliquen un riesgo para la seguridad o el orden público. Para decirlo de modo más directo, con la actual regulación no existiría el marco legal específico para que la autoridad de la administración de justicia (juez o fiscal) disponga una situación distinta a las antes descritas. Un marco jurídico específico brindaría la seguridad jurídica no sólo a los operadores de justicia sino también a la ciudadanía en general sobre la existencia de otras posibilidades que no impliquen la entrega o los fines de investigación, de los cadáveres en los casos que tengan vinculación con una investigación de naturaleza penal.

Luego de ocurrido el hecho antes reseñado, diversas autoridades y personalidades han emitido opiniones respecto de competencias e interpretaciones legislativas. De ellas destacamos la emitida oficialmente por la Defensoría del Pueblo, por ser el órgano a quien la Constitución Política le ha encargado el rol de "la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad" (artículo 162°).

Dicha institución, ha emitido un documento oficial de fecha 13 de setiembre de 2021 por el que señala de modo expreso que no se cuenta actualmente con el marco normativo adecuado y completo para la entrega de restos humanos, y exhorta al Poder Ejecutivo a emitir las normas correspondientes.

Además, resultan relevantes los siguientes fundamentos de la mencionada sentencia:

"142. Es claro, entonces, que el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL) actuó salvajemente en el país, con base en el llamado "pensamiento Gonzalo", es decir, siguiendo las orientaciones de su líder, el cabecilla condenado por terrorismo, Abimael Guzmán Reynoso, que precisamente usaba el alias de "Presidente Gonzalo"

"146. Más bien, como ha sido objeto de investigaciones académicas y periodísticas, luego de la captura de Abimael Guzmán, diversas personas se encuentran actuando con base en los viejos y nuevos contenidos del llamado "pensamiento Gonzalo". Conforme a ello, sin arrepentirse jamás de sus banderas originales y actos terroristas, sus adeptos o militantes han pasado a una fase de repliegue estratégico, transformando su lucha inicialmente política y armada, a una estrategia de enfrentamiento de carácter legal/judicial."

Se trata, en efecto, del *Pronunciamiento N° 15/2021* con el título: "Defensoría del Pueblo: Poder Ejecutivo debe emitir decreto supremo que regule la entrega de restos humanos que puedan afectar la seguridad nacional."

Si bien, en el documento se hace referencia a los actos cometidos en vida por la persona, sobre cuyos restos se debe disponer; debido a que pueden significar una "amenaza a la seguridad nacional". Considera que sobre el tema, "debe tenerse presente que ni el Código Procesal Penal ni la Ley General de Salud establecen con precisión como proceder en este tipo de situaciones. Ambas normas resultan insuficientes para dar respuesta a casos donde debe garantizarse no solo el derecho de los familiares a dar sepultura, sino también la seguridad de la ciudadanía en su conjunto, y en especial de quienes fueron víctima de un delito." Concluye el documento indicando que "la urgencia de esta regulación demanda una respuesta efectiva por parte del Poder Ejecutivo, en el más breve plazo."



Como se ha indicado, coincidimos respecto a la falta del marco normativo para las situaciones específicas descritas. Las vigentes normas de la Ley General de Salud, no las contemplan. El Código Procesal Penal sólo regula, como corresponde, lo pertinente a la investigación sobre alguna posible relevancia jurídico penal en la muerte.

Por otra parte, consideramos que, en tanto que la materia regulada corresponde a una ley, concretamente a la Ley General de Salud, se requiere necesariamente de la participación del Congreso de la República. Además de la legitimación que la Constitución le otorga como órgano legislativo por antonomasia; una ley tiene la suficiente jerarquía para garantizar la actuación que las autoridades del sistema de administración de justicia requieren para la toma de sus decisiones en los casos concretos en los que, eventualmente, se tenga que ponderar derechos o principios constitucionales.

2.2 Contenido de la propuesta legislativa

Ante el vacío normativo antes descrito, con la presente propuesta legislativa se pretende cubrir legislativamente ese espacio fáctico que posibilite al Juez o Fiscal, de acuerdo con el ámbito de sus atribuciones, tener una alternativa a la entrega o los fines de investigación de los cadáveres bajo su competencia funcional; que como hemos visto, son las alternativas actualmente reguladas.

Cabe precisar en este punto que el destino a las denominadas "fosas comunes" de los cadáveres no reclamados no está prevista a nivel de ley; sino a nivel de un procedimiento interno de Medicina Legal del Ministerio Público.²

² Manual de Procedimientos Tanatológicos Forenses y Servicios Complementarios, aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 129-2007-MP-FN.

Lo que de modo concreto se propone es que, además de los supuestos contemplados en el artículo 114° de la Ley General de Salud, que como ya hemos indicado, están referidos a los cadáveres no reclamados; también se prevea la posibilidad de que el Fiscal o Juez puedan disponer de otro destino final del cadáver, como puede ser la cremación, pero bajo supuestos distintos a la falta de reclamo.

En efecto, se propone la incorporación de un segundo párrafo al artículo antes reseñado en el que se precise una condición distinta; y que tiene que ver con la posibilidad de que los procedimientos de entrega, traslado, y demás actividades funerarias, o incluso el destino final de los restos, puedan significar un peligro para la seguridad y el orden público.

Esta posibilidad sólo puede ser evaluada por el Juez o Fiscal, de acuerdo con el caso; pero además se propone que la decisión sea consecuencia de una razonada fundamentación; es decir, se deben explicitar en el caso concreto los reales riesgos que la entrega del cadáver y demás actos funerarios impliquen para la seguridad y el orden público.

De este modo se permitirá a los operadores de justicia ponderar en cada caso específico, los derechos de los familiares (si existieran o reclamaran el cadáver) frente a un interés social o estatal más amplio; y resolver conforme a sus competencias legales. En efecto, conforme a la asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también de la Corte Suprema, los derechos fundamentales no son absolutos en tanto que son pasibles de ponderación cuando su prevalencia entra en conflicto. Y esa es una labor precisamente de los operadores de justicia.

La propuesta, por lo demás, se enmarca en el diseño constitucional vigente, que reconoce, por ejemplo, la libertad de culto "siempre que no ofenda la moral o altere el orden público" (art. 2° numeral 3); o que la libertad de reunión pacífica está condicionada a que no alteren la seguridad o la sanidad pública (art. 2 numeral 12). O incluso la libertad de contratación debe ser lícita y no alterar el orden público (art. 2. Numeral 14). Como podrá apreciarse, los conceptos de orden público, seguridad pública o sanidad pública son efectivamente de orden constitucional.

Pero además, el concepto de seguridad jurídica tiene un mayor desarrollo como derecho fundamental, en el artículo 2 numeral 24 de la Constitución Política: derecho a la "libertad y seguridad personales". Y como un deber primordial del Estado de: "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad." (artículo 44° de la Constitución Política).

El concepto de orden público forma parte de nuestro sistema legislativo, y lo que resulta sistemático con la presente propuesta es que en el Código civil, al regular



el tema relacionado precisamente con lo que es materia de esta propuesta, estipula textualmente el artículo 13: "A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración o la sepultura, sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes".

A nivel de jurisprudencia, la Corte Suprema ha definido al orden público como "aquel conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia por afectar principios fundamentales de la sociedad o las garantías de su existencia."³

Por su parte, el Tribunal de la Comunidad Andina de Justicia, en el Proceso 4-IP-8810, ha desarrollado un concepto más amplio, que para efectos de la presente propuesta se cita de modo referencial: "el orden público se refiere al Estado, a la cosa pública. Este orden es el imperio de la ley, de la tranquilidad ciudadana que debe ser garantizado por el Estado. En tal sentido fue definido por Hauriou como el orden material y exterior considerado como estado de hecho opuesto al desorden; como estado de paz opuesto al estado de perturbación. Son actos contra el orden público, por ejemplo, los que atentan contra la seguridad pública, los que afectan el normal funcionamiento de los servicios públicos, los tumultos y disturbios públicos, el pillaje, el vandalismo, la subversión, la apología de la violencia, los atentados contra la salubridad pública y, en general, los que alteran la paz pública, o la convivencia social."⁴

Como se podrá apreciar, los conceptos de orden público y seguridad pública tienen la suficiente amplitud como para permitir a los operadores de justicia evaluar las situaciones concretas en las que tengan que decidir sobre la entrega de cadáveres a los familiares, para fines de estudio; o decidir sobre el destino final distinto, como puede ser la cremación.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El presente proyecto no demandará gasto adicional para el erario nacional. Se trata, en lo sustancial, de hacer adecuaciones al marco normativo para posibilitar la intervención de jueces y fiscales a través de la emisión de las resoluciones o disposiciones, en un ámbito a la fecha no regulado. En todo caso, si la ejecución de sus decisiones implicara algún costo, este será cubierto con los presupuestos institucionales; que por lo demás, corresponderá a situaciones muy excepcionales.

³ Ver Casación 1657-2006-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

⁴ <https://lpderecho.pe/orden-publico-buenas-costumbres-nulidad-acto-juridico-articulo-v-titulo-preliminar-codigo-civil/>

Los beneficios que se obtengan son definitivamente superiores a cualquier costo que pudiera existir. La seguridad y el orden público que se pretende garantizar, si bien es difícil de ser valorado en términos económicos, son valores constitucionales que sustentan al Estado y su forma de gobierno.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

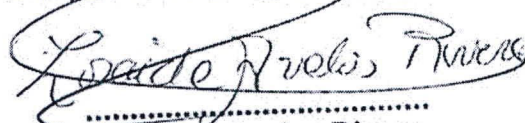
La presente propuesta legislativa modifica de modo expreso el artículo 114° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud. De modo más exacto, se añade un segundo párrafo para regular una situación de hecho no contemplada en la norma vigente.

Dicha modificación tiene correspondencia con el vigente ordenamiento constitucional y legal vigente. En cuanto al marco constitucional, como se ha indicado, por una parte, es coherente con las estipulaciones que señalan que el ejercicio de los derechos debe estar en armonía con el orden público; y en segundo lugar, es deber del Estado garantizar la seguridad y bienestar de todos los ciudadanos.

En cuanto al sistema legal, la propuesta tiene plena coherencia con lo dispuesto en el Código Civil en el extremo que señala que las disposiciones sobre el destino del cadáver deben también considerar las normas de orden público.

En el mismo sentido, también guarda coherencia con lo dispuesto en la Ley N° 26298, Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, modificada por la Ley N° 30868, que autoriza la intervención judicial en determinados casos.

Lima, 13 de setiembre de 2021.


.....
Zoraida Avalos Rivera
Fiscal de la Nación

