

# DERECHO PENAL POST MORTEM: arma de liquidación total

José Hurtado Pozo

## 1. Introducción

La manera como los responsables de los tres poderes del Estado se deshicieron de los restos del líder de Sendero Luminoso, condenado a pena perpetua, ha sido ocasión para reflexionar sobre cómo un suceso, aparentemente anecdótico, revela las implicancias políticas, jurídicas, religiosas y sociales que predominan en nuestro país. Desde la propuesta inicial hasta la casi unánime aceptación de la solución adoptada, pasando por el superficial debate que desató. La aceptación y el mutismo casi unánimes que cubrieron su ejecución efectiva han contrastado con la alegría y alivio con que se recibió la noticia de la detención del líder, junto a otros dirigentes principales de la rebelión violenta armada.

Al reflexionar de esta manera, al enterarme de este suceso culminante, vinieron a mi espíritu innumerables recuerdos sobre lecturas referentes a la vida, la muerte, los proyectos de realización personal, las aspiraciones a lograr poseer una parcela de poder y, más prosaicamente, al hecho humano y cotidiano de la muerte, así como al destino final de los restos mortales.

Entre estos recuerdos, me parecieron interesantes dos. Uno debido quizás a las raíces profundas que conservo de mi formación cristiana debida a la influencia materna. Otro, al azar de mis relecturas actuales de obras griegas y latinas, aunque pueda parecer simple pasatiempo de anciano jubilado. El interés reside en que ambos están impregnados de consideraciones religiosas, políticas y sociales. La comprensión del pasado y de la evolución cultural de la humanidad facilitan el entendimiento del presente, que se autoconstruye a su vez del pasado.

Respecto al primero, me he preguntado si un pueblo en su gran mayoría como el peruano y, en especial, los decisores políticos, tuvieron presente que la Congregación para la doctrina de la fe, órgano de la Iglesia Católica, en la Instrucción Ad resurgendum cum Christo (acerca de la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas en caso de cremación), dispone en su párrafo 7: “Para evitar cualquier malentendido panteísta, naturalista o nihilista, no sea permitida la dispersión de las cenizas en el aire, en la tierra o en el agua o en cualquier otra forma, o la conversión de las cenizas en recuerdos conmemorativos, en piezas de joyería o en otros artículos, teniendo en cuenta que para estas formas de proceder **no se pueden invocar razones higiénicas, sociales o económicas que pueden motivar la opción de la cremación.**”

Además, que en el Código de Derecho Canónico CIC/1983, canon, 1184, se dispone que se “han de negar las exequias eclesiásticas, a no ser que antes de la muerte hubieren dado alguna señal de arrepentimiento”: (1) a los **notoriamente apóstatas, herejes o cismáticos**; (2) a los que pidieron la cremación de su cadáver por razones contrarias a la fe cristiana; (3) a los demás pecadores manifiestos, a quienes no puedan concederse las exequias eclesiásticas **sin escándalo público de los fieles.**

Sin olvidar que, según la doctrina de la Iglesia católica referente a la inmortalidad del alma y a la resurrección del cuerpo, la cremación es autorizada en la creencia que no afecta el alma, ni es obstáculo a la omnipotencia divina de resucitar el cuerpo.

En cuanto a la obra griega, se trata del drama “Antígona”, escrito por Sófocles. La protagonista del mismo nombre invoca ante el rey Creonte el derecho a enterrar a su hermano Polinices (muerto en duelo singular con su hermano Eteocles, quien también falleció). Derecho otorgado por los dioses y predominante sobre el mandato real de dejar que el cadáver se pudra sin recibir sepultura, por haber atacado Tebas con ayuda de fuerzas extranjeras. Su rebeldía contra la arbitrariedad real y su fidelidad a la ley divina la conducen a la muerte, decretada por Creonte como castigo de su desobediencia.

La confrontación trágica de los dos protagonistas es descrita por Sófocles de la siguiente manera:

“Creonte: Tú eres de los tebanos la única que así piensa.

Antígona: No, ellos también, pero ante ti no chistan.

Creonte: ¿Y no te da vergüenza distinguirse así de ellos?

Antígona: No, que honrar a un hermano no es cosa vergonzosa.

Creonte: **Pero, ¿no era tu hermano quien con él se enfrentó?**

Antígona: Hermano y aun nacido del mismo padre y madre.

Creonte: Entonces, ¿por qué rindes honores al otro impío?

Antígona: No diría el muerto Eteocles que es esa su opinión.

Creonte: Si al nivel de un impío te dedicas a honrarle...

Antígona: Es que no ha muerto un siervo suyo, sino su hermano.

Creonte: **Enemigo de la tierra por la que él peleaba.**

Antígona: Tales son, sin embargo, los ritos gratos al Hades.

Creonte: Pero no es justo que el malo reciba lo que el bueno.

Antígona: Quién sabe si piadoso resulta eso allá abajo.

Creonte: **El enemigo, incluso muerto, no será nunca un amigo.”**

Aniquilamiento total del enemigo público N° 1, pues sus restos (como si fueran depósito del alma) no sólo pueden resucitar y encarnar un personaje tan peligroso como el fallecido, si no también representar un grave riesgo político para la seguridad y el orden público que priman aún sobre la ley divina (promovida por Hades, Señor del inframundo).

## 2. Nivel punitivo de la reacción penal

Nuestro derecho penal es altamente represivo tanto por la amplia incriminación de comportamientos (aún leves) como por la dureza de las penas, caracterizadas por su larga duración y sus efectos secundarios.

Dureza del sistema que es multiplicada tanto por las deficiencias de los procedimientos judiciales (sin olvidar el aspecto del trámite policial) y, en especial, por las condiciones inhumanas que distinguen en general el sistema de ejecución de penas privativas de libertad.

Si tomamos como ejemplo el caso de los condenados a penas privativas de larga duración por delitos de traición a la patria o terrorismo, constatamos que la duración mínima de la pena

prevista es de 35 años y que es agravada por diversas penas accesorias. La de inhabilitación principal puede constituir, por los alcances que estatuya el juez, la muerte civil del condenado.

La detención debe tener lugar en un establecimiento de máxima seguridad, en régimen de aislamiento celular estricto, tanto en cuanto al régimen de visitas personales como al de las posibilidades de acceso por vías de comunicación con el mundo externo. Todo esto es regulado en reglamentos penitenciarios, cuya aplicación implica casi siempre que del dicho al hecho hay mucho trecho.

Siendo perpetua la pena, el enclaustramiento sólo terminará con la muerte del condenado. En razón a que es causa de extinción de la acción penal, por tanto, del poder estatal de seguir ejecutando la pena.

A pesar de que desde hace décadas se estatuyeron penas de este tipo en nuestro sistema, no se planteó la necesidad de regular lo que debería hacerse con los condenados a perpetuidad que fallecieran en la cárcel. Tal vez se consideró innecesario hacerlo por estimar que se aplicarían las disposiciones concernientes a la necropsia, inhumación, cremación, sepultura y conservación o no de las cenizas. Las mismas que, conforme al contexto constitucional y legal vigentes, garantizaban la salud pública e individual y el tratamiento correcto de los cadáveres de toda persona fallecida (encarcelada o en libertad). Además, de asegurar, respetando la última voluntad del finado llegado el caso, los derechos de los deudos (cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano) respecto a los restos del familiar muerto. Así como, la excepción en favor de las autoridades competentes de intervenir si existiera peligro para la salud de las personas.

Esto comportaba que la reacción contra la criminalidad grave mediante la previsión de penas muy severas y hasta desproporcionadas era considerada suficiente para neutralizar este tipo de delincuentes y de comportamientos altamente peligrosos. Así mismo que, política y socialmente, se estimó que en el lapso bastante largo de la privación de libertad (casi 30 años en el caso que nos ocupa) se habrían vencido y aniquilado a los movimientos rebeldes que trataron de alcanzar sus fines políticos, mediante la lucha armada y la comisión, por ejemplo, de delitos de terrorismo, organización criminal, tráfico de drogas.

El fallecimiento del fundador y líder de Sendero Luminoso puso en evidencia esta imprevisión de política general y, en particular, de política criminal. En la discusión que se generó sobre qué hacer, se impuso el criterio de que, en razón a su personalidad “cruel y despreciable” por los daños que había causado a la sociedad en todos sus niveles, no merecía que su cadáver sea tratado como el de cualquier otra persona fallecida.

### **3. Proceder integral del Estado**

De acuerdo con este criterio y casi dos semanas después, el Congreso dictó la Ley N. 31352, a propuesta del gobierno, modificando la Ley General de Salud N. 26842, mediante la inserción del art. 112-A, en el que se dispone que en “el caso del cadáver de un interno que venía cumpliendo condena con sentencia firme por los delitos de traición a la patria o de terrorismo, en su condición de líder, cabecilla o integrante de la cúpula de organizaciones terroristas, cuya **entrega, traslado, sepelio o inhumación ponga en riesgo la seguridad nacional o el orden interno**, el fiscal competente, en decisión motivada e inimpugnable, dispone su cremación, previa necropsia.”

De acuerdo con esta disposición y siempre invocando como fundamento central poner en “riesgo la seguridad nacional o el orden interno”, el Ministerio Público, el Ministerio de Defensa y el Ministerio de justicia y de derechos humanos, procedieron a la incineración del cadáver y a la eliminación de las cenizas de manera secreta y en lugar desconocido.

Tiros y Troyanos, oportunistas y extremistas de todo pelaje, pasando por liberales, demócratas, ecologistas, populistas y demás actores de la vida social y política del país, han aceptado, defendido o, simplemente, se han confortado o mostrado indiferentes con este proceder.

Esta actitud refleja una desaprobación intensa del personaje y de los procedimientos criminales, crueles y violentos que promovió y cometió con el propósito de imponer un sistema totalitario en el país. También revela el convencimiento ingenuo de que era el medio más adecuado para soterrar a él y a su movimiento político en el olvido *ad aeternum*. Incinerado simbólicamente Sendero Luminoso y cremado su fundador y líder, se espera tal vez que no se repita la tragedia del conflicto armado que afectó tanto al país. Que por haberse hecho desaparecer sus cenizas, no renazca cual ave fénix.

#### **4. Sepultura y cremación: derecho y obligaciones**

Si no me equivoco, existe casi unanimidad sobre que toda persona, individuo, ser humano (sin miramiento de raza, cultura, género, sexo o cualquier otro criterio estigmatizador) tiene derecho a ser sepultado o cremado o, mejor dicho, a que sus deudos los inhumen o los cremen. Así es reconocido, expresa o implícitamente, en el ordenamiento jurídico en general y, en particular, en la legislación sanitaria (Código Sanitario y Ley General de Salud, por ejemplo). Criterio que predomina así mismo en otros ordenamientos jurídicos de nuestro sistema euro-continental.

Hasta podría decirse que se trata de un deber legal de los deudos de esforzarse en dar un destino final digno a los restos corporales del familiar fallecido. Deber que podría corresponder al Estado mismo según las circunstancias, así por ejemplo, vale recordar el antecedente interesante del art. 11 de la Constitución de 1979, en el que se preveía que la “familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos”. Disposición suprimida en la Constitución vigente, sin que implique negación del derecho y del deber que atribuía a los deudos.

Así, se deduce de la regulación sobre la “persona” en el Código Civil. Según su art. 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 y la sepultura **sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes**”. Respecto a estas últimas, se estatuye, por ejemplo, en la Ley General de Salud, art. 112, que todo “cadáver que haga **posible la propagación de enfermedades** será cremado previa necropsia”.

Esta relación estrecha con las cuestiones sanitarias no era ignorada al regularse lo que debía hacerse con el cuerpo del preso fallecido. Tampoco que los actos funerarios que debían realizarse no comportaban un peligro para la salud pública, por ejemplo, que pudieran ser fuente de propagación de enfermedad peligrosa contagiosa. Por el contrario, guardando gran mutismo sobre esta circunstancia, se señala que es la de evitar que la “entrega, traslado, sepelio o inhumación ponga en riesgo la seguridad nacional o el orden interno”. En consecuencia, es incoherente que la nueva disposición haya sido insertada en la legislación sanitaria. La misma que no está destinada a combatir la delincuencia, leve o grave, garantizar la seguridad pública o la estabilidad de los órganos de gobierno.

#### **5. Art. 112-A: disposición administrativa o penal**

Por la finalidad invocada y la manera como ha sido redactado, el art. 112-A de la Ley General de Salud no es norma de orden sanitario, a pesar de que haya sido insertado, formalmente en esta ley especial. Se trata de una manipulación legislativa de evidente índole política.

Por la calidad o condición de la persona concernida (delincuente) y la circunstancia en que se produce el suceso en cuestión (muerte mientras se ejecuta la pena privativa de libertad), cabe

la posibilidad que hubiera correspondido ubicarlo más bien en el ámbito penal. Por ejemplo, entre las disposiciones que regulan la ejecución efectivas de las penas privativas de libertad. Sin embargo, impide hacerlo el hecho que la muerte extingue la pena, el trato que debe darse al cuerpo del preso fallecido no es más cuestión de ejecución de la pena (ya extinguida).

Pero aun con limitados conocimientos penales y constitucionales, los redactores de la nueva disposición se debieron dar cuenta de que reconocer su índole penal daría lugar a que su aplicación fuera calificada de contraria al principio de legalidad y a la prohibición de la retroactividad. Objeción que hubieran podido descartar afirmando, como se sostiene en doctrina y en la jurisprudencia, que por tratarse de una simple regla sobre ejecución de penas no violaría dichos principios.

La pretensión de lograr con la medida el objetivo de descartar o disminuir un peligro colectivo para la seguridad nacional o el orden interno, implica suponer que la “persona” del fallecido subsiste y que, en cierta manera, continúe realizando actos que puedan ser considerados como delitos contra la seguridad y la tranquilidad públicas. Imaginar esta posibilidad no resulta tan descabellado si se piensa que, hasta no hace mucho tiempo, se procesaba, condenaba y castigaba a animales o se excluía la sepultura de “brujas” y “conversos” en los “campos santos).

En un nivel más concreto y práctico, sin embargo, debieron percibir que la medida adoptada, por su índole y alcances, era muy semejante a una “consecuencia accesoria de la pena”, si se le compara con algunas de las “consecuencias accesorias” impuestas a las “personas jurídicas” cuando se les imputa responsabilidad penal por un delito cometido por intermedio de uno de sus miembros o en el contexto de sus actividades (art. 105 CP). Así mismo, con la pérdida de dominio en relación con algunos delitos como el lavado de activos (pérdida de dominio prevista en el Decreto Legislativo N° 1104). El cuerpo convertido en cadáver no es remitido a los deudos e incautado a pesar de no existir justificación sanitaria, sino un hipotético y lejano riesgo para la seguridad y el orden públicos.

De donde resultaría más conveniente convenir que el lugar que les corresponde es el de las circunstancias agravantes de la pena, sea en la parte general del Código Penal o en las disposiciones en las que se prevé la conducta punible y la pena que debe imponerse a quien la cometa. Así, por ejemplo y al estilo de la medida de incautación, se estatuiría “en el caso en que fallezca un condenado a cadena perpetua, la autoridad competente conservará sus restos y procederá, dentro de las 24 horas siguientes, a incinerarlos y a eliminar sus cenizas definitivamente”.

De haberse adoptado una regulación semejante, para lo cual no se requería tanto conocimiento penal, esto hubiera comportado sólo completar una imprevisión legislativa, respetando mejor la sistemática y los fines de nuestro ordenamiento jurídico penal. Pero, el gran obstáculo para proceder, formal y materialmente, de manera correcta era la finalidad política de los “tres poderes del Estado”, revelada claramente cuando se refieren a que se ponga “en riesgo la seguridad nacional o el orden interno”. La misma que es acentuada por la argucia de presentar la nueva disposición como una norma administrativa sanitaria y, en consecuencia, de aplicación inmediata a todos los casos pendientes, sin considerar si sucedieron antes de la dación de la ley. Logrando así sacar la vuelta al principio de legalidad y a la prohibición de retroactividad.

## **6. Reflexiones finales**

Las cuestiones relevadas en los párrafos anteriores sólo son cabalmente comprensibles si es que se explican las diversas cuestiones filosóficas, sociológicas, antropológicas, morales, políticas y jurídicas que las condicionan. Por ejemplo, las relativas a la idea de “persona”, estrechamente vinculada con la “ser humano”, “sujeto de derecho”, “persona jurídica”. Idea que se ha tratado generalmente de explicar buscando fijar cual es su “esencia”, sus “calidades propias que la

distinguen de otros seres vivientes”. Con frecuencia, se destaca entre éstas la “dignidad de ser humano”.

Dándose así en consecuencia como presupuesto, en el ámbito jurídico, la preexistencia de una entidad anterior al ordenamiento normativo, es decir, de un actor de comportamientos al que se atribuyen derechos y obligaciones. Deviniendo así de simple ser o individuo humano en “sujeto de derecho”: libre, capaz, responsable.

En realidad, con esta noción unitaria de persona, en cierta forma, se oculta que, según los ámbitos del derecho, son diversas las maneras en que se concibe la “persona” que es objeto de la regulación jurídica. En el caso del derecho penal, la “persona sometida a pena” es un sujeto capaz de culpabilidad, de comprender el carácter ilícito de su comportamiento y de entender el sentido y los alcances de la sanción que se le impone. Concebida como “persona incapaz”, es más bien sometida a una medida de seguridad. De ser calificada de capaz y altamente peligrosa, se le impondrá penas privativas de libertad de larga duración o perpetuas. De modo a excluirla de la sociedad para evitar que cause daños graves o ponga en peligro el desarrollo normal de la vida cotidiana.

Este peligro o riesgo social puede ser concebido de modo tan amplio al punto que se considere indispensable tomar medidas que afecten la “persona peligrosa” hasta después de su fallecimiento. Esto es lo que ha acontecido en el caso materia de estos comentarios.

El fallecimiento (precisado mediante la noción normativa de muerte) transforma al cuerpo, sustento material de la “persona”, en cadáver (cuerpo inerte, despojo sin vida). El que es catalogado como “cosa”, bien material, que es protegido contra los delitos, por ejemplo, de daños a la propiedad (no más lesiones), de hurto (en caso de estar legalmente en poder de un tercero) o el de ultrajar o sustraerle total o parcialmente (ofensas a la memoria de muertos). Sin embargo, como lo muestra este último ejemplo y el hecho que se le declare fuera de todo comercio, sigue siendo considerado merecedor de tutela jurídica. Como si debiera ser protegido por corresponder a un ser humano y, tal vez, por estimar que su condición de persona trasciende a sus restos inertes. En esta perspectiva y en contrapunto, se considera, que esta ficción funciona también como base para imponer algunas consecuencias punitivas al delincuente peligroso y condenado a pena perpetua que fallece.

Criterios y medidas que son inconvenientes en el ámbito jurídico y legislativo, así como contraproducentes para contrarrestar o aniquilar el resurgimiento de movimientos armados violentos. En el que el culto a la personalidad de sus promotores o la instauración de un lugar o fecha conmemorativa, jugarían un papel decisivo. Más eficaz sería de disminuir o eliminar las causas sociales, económicas y políticas que, generalmente, son el terreno fértil para fenómenos de dicha índole.

Sin olvidar de continuar y profundizar el trabajo de memoria, en el que deben ser también comprendidos los victimarios, salvo que se estime que la conciliación nacional pasa simplemente por su aniquilación física y social. Así, tal vez no sólo se tenga éxito en combatir los movimientos de izquierda, sino también los de extrema derecha que proliferan cada vez más.

Por ahora, no nos queda sino constatar que queda mucho que rebanar y que, convencidos de nuestras limitaciones, más nos conviene dejar en vilo esta redacción... para evitar sentir, como dice Vallejo: “las crepitaciones de algún pan que en la puerta del horno se nos quema”.

**Fribourg, octubre 2021**