

PROFANACIÓN DE CADÁVERES

Y DERECHO PENAL

Miguel Polaino-Orts*

Días pasados, a finales de Marzo de 2004, ha trascendido la noticia de la supuesta profanación del cadáver de una joven por parte de un médico forense de Sevilla, a quien se acusa de haber llevado a cabo, en presencia de la comisión judicial (integrada por la juez de Guardia, el secretario judicial, una fiscal, además del médico-forense imputado), diversos tocamientos con fines libidinosos durante el acto de levantamiento del cuerpo de la mujer, que presumiblemente se había quitado la vida. El médico forense ha sido procesado acusado del delito tipificado en el artículo 526 del Código Penal (CP), que impone la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 3 a 6 meses al sujeto que "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos". (Una reciente reforma a este precepto, en vigor desde el 1 de Octubre de 2004, y que no tiene efectos retroactivos -esto es, no es aplicable al caso de que nos ocupamos-, prevé una pena mayor, pero alternativa, para este delito: prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses).

A la vista del precepto penal, y aplicado al presente caso, pueden esgrimirse argumentos en varios órdenes: desde el aspecto subjetivo, desde el plano objetivo y, finalmente, desde el plano funcional.

1. Desde el punto de vista *subjetivo*, se dice que, en este supuesto, el médico forense realizó los supuestos tocamientos guiado por un fin lascivo o libidinoso, que constuiría lo que los penalistas alemanes dieron en llamar un "elemento subjetivo del injusto", a saber: determinados fines intencionales, tendencias subjetivas o presupuestos cognitivos que tiñen y guían la conducta del sujeto. Es cierto que, desde la aportación a comienzos del siglo pasado del filósofo del Derecho y penalista alemán Max Ernst Mayer, la doctrina mayoritaria ha exigido, en los delitos de carácter sexual (violación, agresión y abuso sexuales, etc.), un ánimo lascivo o libidinoso en el agente, que distinguiría, por ejemplo, una simple exploración ginecológica (jurídicamente permitida, incluso debida) de un abuso sexual no permitido. Esta interpretación se basaba en el ejemplo que, parodiando un pasaje del *Fausto* de Goethe, ofrecía Mayer: un médico que ciñe el esbelto talle de una joven y bella paciente. ¿Cómo se puede saber, decía Mayer, si el facultativo cumple con su obligación de exploración corporal o, extralimitándose de sus funciones, incurre en un abuso sexual prohibido? Sólo la intención con que actúa el médico decide la antijuricidad de su conducta, de modo que - argumentaba Mayer- si actúa con la intención que pretende el demonio (por boca de Mefistófeles) la acción será delictiva, y si se limita al correcto ejercicio del arte médico la conducta será, no sólo adecuada a Derecho, sino loable, esperada y aun exigida.

Sin embargo, esta interpretación subjetivista entró en crisis bien avanzado el Siglo XX, merced a la crítica de varios autores, entre ellos, en nuestro país, el Profesor Polaino Navarrete. Según este autor, exigir el "ánimo libidinoso" en la conducta del agente como elemento caracterizador de la conducta penalmente relevante, podría dar lugar a una insoportable impunidad, abriendo las puertas de la injusticia de par en par. Si un sujeto cometía una violación, no guiado por un fin lascivo, sino con ánimo de venganza, de curiosidad o de lucro (para ganar una apuesta), habría de

* Investigador en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn

sostenerse, en lógica argumentación, la impunidad de tal acción, ya que falta el ánimo libidinoso en la motivación del autor. Esta solución, a todas luces injusta, determinó el progresivo abandono (en la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia) de la exigencia del ánimo libidinoso como elemento esencial caracterizador de los delitos de naturaleza sexual.

Por ello, es incorrecto que la acusación al médico forense en cuestión se fundamente en el supuesto ánimo lúbrico o libidinoso de su proceder: ni el CP ni la doctrina más reciente ni la jurisprudencia penal exigen un fin lascivo en el delito de profanación de cadáver. Es más, exigir un tal elemento subjetivo supondría un quebrantamiento del principio de legalidad, principio rector de toda actuación adecuada a Derecho, también en Derecho penal, por lo que una hipotética condena, basada en esa exigencia, sería directamente inconstitucional.

2. Desde el punto de vista *objetivo* o *material* también merece el supuesto concreto algunos comentarios. El art. 526 del CP castiga a quien, “faltando al respeto debido a la memoria de los muertos ... profanare un cadáver o sus cenizas”. Profanar un cadáver significa, según entendimiento constante en la doctrina y en la jurisprudencia, que por conocido es ocioso citar, concederle un “trato deshonesto, indigno, indecoroso”, “sin el debido respeto”, “de grave menosprecio” o “con un uso diverso al debido”. La conducta ha de tener, además, cierta entidad, conforme al principio de intervención necesaria del Derecho penal, que excluye del campo de protección de la norma las acciones que, por su escasa significación social y jurídica (no ética o moral), no supongan más que una simple falta de respeto. Es decir, el legislador penal, al incriminar el delito de profanación, está pensando en conductas tan graves como, por ejemplo, consumir el coito con un cadáver (acción que no puede calificarse de violación, al carecer el muerto de titularidad del bien jurídico “libertad sexual”). Es evidente que mantener relaciones sexuales con un cadáver supone a un “uso diverso al debido”, faltando el respeto debido a la memoria del muerto.

Sin embargo, no puede considerarse profanación de cadáver, por ejemplo, seccionarlo para extraer los órganos vitales donados por el fallecido a fin de implantarlos a determinados enfermos, ni tampoco la utilización de los cadáveres con fines pedagógicos o de investigación, por los profesionales o estudiantes en prácticas de Medicina, ni por supuesto la exploración somática de los fallecidos a efectos de esclarecer las causas del fallecimiento. Sostener lo contrario, es decir: que esas acciones constituyan un delito de profanación de cadáver, no sólo supondría un despropósito jurídico-penal por mor de una arbitraria y desproporcionada extensión de la norma penal, sino que resultaría absolutamente inviable al situar a la Sociedad al borde del colapso, pues nadie podría desempeñar impunemente su rol, no habría investigación, ni ciencia, ni progreso, y todo estaríamos bajo sospecha permanente por todas nuestras acciones cotidianas: habría que considerar antijurídica, por ejemplo, la acción de unos bomberos que, ante un incendio, derribaran la puerta de una vivienda y penetraran en ella (¿alguien se atrevería a imputarles un delito de daños y otro de allanamiento de morada?), o sancionar al policía que, ante el paso de una comitiva o de una procesión de Semana Santa, nos detuviera el paso, impidiéndonos atravesar la calzada ejerciendo nuestra libertad ambulatoria (¿detención ilegal por parte de autoridad? ¿coacción?). Por ello, estas acciones cotidianas, realizadas en el ejercicio de un rol, no es que resulten justificadas, sino que no constituyen ni siquiera acción penalmente relevante: parafraseando al famoso penalista alemán Franz von Liszt, podríamos decir que “no hay acción, no hay injusto, no hay delito”.

3. Desde el punto de vista *funcional*, y como puede suponerse, corresponde al rol de médico forense la tarea de reconocimiento del cadáver, a fin de establecer la causa de la muerte y las circunstancias que concurren en ella (si hay suicidio o muerte violenta, y -en este caso- qué indicios pueden llevar al descubrimiento del delincuente). Parece lógico pensar que el desempeño de tal función lleve aparejada inexorablemente escrupulosas exploraciones corporales (lo que supone, por ejemplo, determinar la temperatura corporal, la rigidez, la textura de la piel, etc.), esto es, se exige un contacto físico entre el forense y el cadáver (o entre el médico y el paciente), que no sólo es permitida sino exigida en el correcto ejercicio profesional de la actividad médico-forense, a no ser que a los titulares de tal profesión se supongan o atribuyan aquellas cualidades, ciertamente excepcionales, que se atribuían a don Gregorio Marañón, quien al parecer acertaba a diagnosticar, sin equivocación alguna, las enfermedades de sus pacientes, con sólo observarles entrar por la puerta de su consulta y clavar sus ojos en los ojos del reputado Doctor. Evidentemente el rol de médico (o el de médico

forense) no se puede establecer según los parámetros de casos excepcionales, sino siguiendo un estándar general: el Derecho penal no puede exigir de nadie la heroicidad. Y en ese estándar general entra, lógicamente, el ejercicio de exploraciones físicas sobre el cadáver: los tocamientos corporales por parte del forense, encaminados a certificar la muerte y a determinar sus circunstancias, y ante la comisión judicial, no suponen dar al cadáver un uso diverso al debido, sino que constituyen precisamente una acción socialmente adecuada, conforme a la normativa y exigida por específicos deberes jurídicos. Probablemente, de no haber realizado esas exploraciones, hubiera incurrido el forense en falta grave por desatención de su obligación.

En resumen, y concluyendo: el delito de profanación de un cadáver no exige, según el CP, un ánimo lascivo en el autor; exigirlo sería inconstitucional. Además, los tocamientos físicos que realice el médico forense a fin de certificar la defunción y esclarecer las causas del óbito constituyen acciones cotidianas, adecuadas a Derecho, acordes al ejercicio de un rol, y quedan al margen, lógicamente, del ámbito de incriminación de la norma penal. Situar bajo la sospecha penal toda acción de exploración física, so pretexto de riesgo de profanar un cadáver, parece a todas luces normativamente excesivo: corresponde, en fin, a una Sociedad en la que se eleven a rango de norma aquellos “remilgos de pudibundez”, de que hablaba el maestro Dámaso Alonso, y recordaba Camilo José Cela en el prólogo del tomo primero de su *Diccionario Secreto*.