



Atipicidad de la necrofilia y la vulneración de derechos de la familia del difunto

Atypicality of necrophilia and the violation of the rights of the family of the deceased

Atipicidade da necrofilia e violação dos direitos da família do falecido

Fabiola Silvana Coyago Puin^I

fabiola19coyago@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-3623-9279>

Bernardo Monsalve Robalino^{II}

bernarm.bm@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-5509-8184>

Correspondencia: fabiola19coyago@gmail.com

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

* **Recibido:** 01 de septiembre de 2023 * **Aceptado:** 25 de septiembre de 2023 * **Publicado:** 30 de octubre de 2023

I. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

II. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Resumen

La necrofilia es una problemática social latente, que ha sido renegada e invisibilizada por el Estado ecuatoriano. Este comportamiento atípico atenta no solo contra el bienestar de las personas que se ven afligidas por las consecuencias de dicha conducta, como lo son la familia del difunto y sus allegados, sino también la sociedad en general. Este tipo penal, se encuentra previsto en múltiples legislaciones a nivel internacional de diferentes formas, sin embargo, aún pese a los casos existentes es totalmente ignorado en el contexto ecuatoriano. La presente investigación jurídica y documental, resalta la carencia de normativa vinculada a la necrofilia en el Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), mediante su análisis. Además, subraya la necesidad del apoyo estatal para tipificar esta anomia, a fin de resguardar los derechos vinculados a la familia del difunto como integridad psíquica, dignidad, debida defensa entre otros, permitiendo a estos acudir a la justicia y resguardar los mismos.

Palabras Clave: Derechos de la familia; Difunto; Dignidad; Necrofilia; Muerte; Vulneración; Atipicidad.

Abstract

Necrophilia is a latent social problem, which has been denied and made invisible by the Ecuadorian State. This atypical behavior threatens not only the well-being of people who are afflicted by the consequences of said behavior, such as the family of the deceased and those close to him, but also society in general. This type of crime is provided for in multiple international legislations in different ways; however, even despite existing cases, it is completely ignored in the Ecuadorian context. The present legal and documentary investigation highlights the lack of regulations linked to necrophilia in Ecuador in the Comprehensive Organic Penal Code (COIP), through its analysis. Furthermore, it highlights the need for state support to classify this anomie, in order to protect the rights linked to the family of the deceased such as mental integrity, dignity, due defense among others, allowing them to go to justice and protect them.

Keywords: Family rights; Deceased; Dignity; Necrophilia; Death; Infringement; Atypicality.

Resumo

A necrofilia é um problema social latente, negado e invisibilizado pelo Estado equatoriano. Este comportamento atípico ameaça não só o bem-estar das pessoas que são afetadas pelas

consequências desse comportamento, como a família do falecido e as pessoas próximas dele, mas também a sociedade em geral. Este tipo de crime está previsto em múltiplas legislações internacionais de diferentes formas; Contudo, mesmo apesar dos casos existentes, é completamente ignorado no contexto equatoriano. A presente investigação jurídica e documental destaca a falta de regulamentação ligada à necrofilia no Ecuador no Código Penal Orgânico Integral (COIP), através de sua análise. Além disso, destaca a necessidade de apoio estatal para classificar esta anomia, a fim de proteger os direitos ligados à família do falecido como integridade mental, dignidade, devida defesa entre outros, permitindo-lhes ir à justiça e protegê-los.

Palavras-chave: Direitos da família; Morto; Dignidade; Necrofilia; Morte; Violação; Atipicidade.

Introducción

La necrofilia es considerada un delito grave en algunos países como España o USA, sin embargo, en Ecuador no existe mayor registro su tipificación que en el antiguo Código Penal (1971), lo que ha generado un vacío legal que afecta directamente a los familiares de las personas difuntas. Esta falta de tipificación se debe, en gran medida, a la evolución histórica de su concepto y a la escasa visibilidad que ha recibido en comparación con otros delitos, lo que ha influido en la falta de consenso sobre la producción legislativa en torno a la necrofilia.

Esta situación ha generado un ambiente en el que la impunidad prevalece por sobre los derechos fundamentales de los familiares del difunto, viéndose estos afectados negativamente. De forma que se perpetúa este actuar sin sanciones legales, atentando contra el bienestar colectivo y familiar, además de la convivencia armoniosa en sociedad, que se da como resultado de la transigencia del Estado ecuatoriano ante las acciones inmorales ejercidas por el sujeto necrófilo, pues la nula regulación en el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014), ocasiona una desprotección jurídica que conculca los derechos constitucionalmente reconocidos. Entonces, ¿Cómo la conducta atípica de la necrofilia en el COIP vulnera la protección de los derechos de los familiares del difunto en Ecuador?

Ante la falta de tal pronunciamiento sobre esta problemática, esta investigación es necesaria para determinar el impacto negativo que tiene la necrofilia sobre la familia, en lo que respecta a la vulneración de los derechos de la familia del cadáver por la atipicidad de la necrofilia. La finalidad del presente artículo, se centra en analizar la vulneración de estos derechos y resaltar la importancia de su regulación.

Metodología

La investigación se llevó a cabo mediante un enfoque cualitativo, tomando como línea referencial lo propuesto por Sampieri, et al. (2014), respecto al planteamiento de una hipótesis de forma anticipada, y el análisis de los datos y su interpretación de forma acumulativa. Se utilizará el método de investigación jurídica y documental, a fin de recopilar la información necesaria para investigar los antecedentes jurídicos y sociales de la necrofilia como infracción penal, y reconocer dicha anomia en la normativa ecuatoriana, puntualmente dentro del COIP para identificar los derechos vulnerados y así constatar y ratificar su transgresión.

Se realizará una revisión y análisis exhaustivo sobre este tema dentro de las legislaciones internacionales, con el objetivo de identificar cómo dicha tipificación puede aplicarse en el contexto legal ecuatoriano, mediante una investigación jurídica, aplicada y documental, que permitirá examinar detalladamente las normativas existentes y proponer posibles adaptaciones o incorporaciones al marco legal ecuatoriano en relación a la tipificación de la necrofilia.

El cadáver ¿cosa o personas?

Las concepciones que se tiene del cadáver como persona o semi sujeto de derechos, o cosa u objeto, difieren según el contexto social y cultural de cada país, además del sistema jurídico y normativo sobre el cual se desarrolla dicha sociedad. Estas concepciones han sido fruto de diversos debates doctrinarios en el campo jurídico y médico, que consecuentemente han generado dos teorías que esclarecen la controversia entre dichos postulados, por un lado, la *Teoría de la semi personalidad* que explica los derechos de la familia sobre el cadáver, respecto a su estado mortem, mientras que, por el otro, la *Teoría de la res* que concibe al cadáver como una cosa, siendo inclusive sujeto a comercialización (Guzmán, 2018, p.3-8).

Internacionalmente la doctrina reconoce al cadáver como una mera cosa sobre la cual no versa ningún derecho, pues dicha calidad feneció con su personería al momento de su deceso, en consecuencia, ningún derecho u obligación ni capacidad subsiste en él, careciendo inclusive de protección legal; por otro lado, algunos países asimilan al cadáver como un semi sujeto de derechos o de personalidad residual. Demogue (1990), explica que se lo reconoce no como una persona, sino como un semi sujeto en razón de la normativa está encargada de proteger su memoria y castigar cualquier tipo de profanación hacia su cuerpo, además, de que su personalidad bio-afectiva afecta más allá de la muerte a sus familiares directos y allegados, siendo considerado por ello como un resto o residuo de la personalidad.

Desde otra perspectiva, algunos autores consideran que no debe existir un punto medio entre lo que es una persona, y lo que se concibe como un semi sujeto, ya que la persona es el único titular de derechos legalmente reconocidos. Sin embargo, en la actualidad esto es debatible, en razón de que la persona no es el único sujeto de derechos, pues existen varios cuerpos normativos que reconocen a los animales y a la naturaleza como tales, al igual que en el caso de Ecuador con la Constitución de la República (CRE, 2008, Artículos 10, 71), que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos dentro de los artículos 10, 71 y siguientes, siendo inclusive reconocido los derechos por derivación.

La categorización del cadáver como cosa o semi persona, dentro de la normativa ecuatoriana no es clara, pero se puede inferir de las normas aquella noción que se tiene sobre el cadáver. En primer término, se establece de forma clara y concreta en el artículo 41 del Código Civil (C.C, 2005, Artículo 41), que tienen la calidad de personas “todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición [...]”, acabando el resguardo y protección de los derechos y su personería con la muerte como lo manifiesta el artículo 64 del mismo cuerpo normativo. Consecuentemente el cadáver, al hablar de un cuerpo inerte y al haber la existencia de la muerte real y médicamente estandarizada, entendida esta como el “cese irreversible y definitivo de las funciones vitales, neurológica, cardiocirculatoria y respiratoria” (Bichat, s.f. cómo se citó en Pérez, s.f.), siendo también denominada como la triada de Bichat por su autor François Xavier Bichat; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 dentro del Proyecto de Ley de trasplante de órganos, tejidos y células (LTOTC, 2011, Artículo 47), la muerte encefálica implica “el cese irreversible de las funciones encefálicas”, ya no se estaría hablando de una persona, sino de una cosa o de un semi sujeto. Cabe señalar que en el marco internacional por regla general la persona acaba con la muerte, pero como excepción a la misma, se garantiza la protección post mortem en razón de ser un semi sujeto de derechos.

Enneccerus et al., (1976) sostiene que el cadáver es una cosa, no susceptible de apropiación dado que no tiene valor comercial alguno, y, por tanto, cualquier persona viva carece de titularidad respecto al cadáver. El factor comercializable o de apropiación no es el punto de debate del presente estudio, pero dicha concepción funge una ruptura entre el límite de ello, ya que algunos autores señalan que el cadáver no es comercializable, en razón de ser poseedor de dignidad humana, resaltando a su vez, que dicho valor no es atribuido de forma directa al propio cadáver por su estado inserte, sino por ser poseedor de está en vida, de tal forma que la dignidad que los reviste en vida

se extiende hasta su estado post mortem, evitando su comercialización; por otro lado, otros autores destacan que el cadáver está *res extra commercium*, sin embargo, posee una excepcionalidad al tratarse del Estado, ya que ponderando el bienestar e interés público, desposee de dignidad al cadáver, apropiándose de este y en consecuencia, sujetando al cadáver a normas de interés público y social, como aquellas que regulan el uso del cuerpo para fines académicos o de estudio, que cabe señalar son adoptadas por nuestra normativa ecuatoriana. Asimismo, de conformidad con la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos y Tejidos (2011, Artículo 14) en su artículo 14, se prohíbe de forma expresa compensación alguna, en consecuencia, se ratifica el valor público social, y no comercializable del cuerpo.

Es cadáver de un ser humano, desde la concepción normativista ecuatoriana entonces, es una cosa que no se encuentra sujeta a ningún derecho por sí mismo, pues no posee ninguna obligación, pero sí derechos vinculados a la familia, encontrándose en concordancia con la *teoría de la semi personalidad* derivada a los familiares del difunto. El encasillamiento en dicha teoría es complementario con la concepción del cadáver como cosa, es decir, se unen tanto la teoría de la semi personalidad como de la res, pues pese a lo anteriormente analizado, dichas teorías no son excluyentes la una de la otra, sino son complementarias, para el presente estudio.

La necrofilia cómo enfermedad e infracción penal

La necrofilia desde la perspectiva psicológica y médica, se la clasifica como una parafilia o un trastorno parafilico que implica meramente la atracción sexual inusual, en el caso del presente estudio dicha atracción está destinada hacia los cadáveres humanos. Frente a esto, el psicólogo Erich Fromm (2022) dentro de su estudio sobre la ‘Anatomía de la Destructividad Humana’, expone a la necrofilia como “atracción apasionada por todo lo muerto, corrompido, pútrido y enfermizo”, por tanto, la necrofilia es como un tipo de atracción sexual que corrompe todo lo bueno, catalogando al sujeto activo de dicha conducta como un ser violento y destructivo que evade toda lógica y comprensión humana de forma consciente.

En concordancia con lo dicho por Pazmiño et al. (s.f.), esta filia hace referencia a “la atracción sexual por los cadáveres, en donde las personas involucradas visitan los cementerios” (p. 105), siendo clasificadas estas prácticas sexuales por el parafilico como ‘normales’, aunque el deseo sexual impúdico hacia el cadáver está presente, influyendo no solo el factor de la satisfacción sexual, sino también el control que tiene sobre el cuerpo del difunto, conllevando que se lo clasifique como una enfermedad que necesita ser tratada y controlada, mediante una terapia

cognitiva conductual, tratamiento multimodal u otros, a fin de resguardar la propia integridad de la persona como de la sociedad, en razón de que se atentaría contra el bienestar social o generaría nocividad social (Agamben, 2005).

Legalmente la necrofilia se ha definido en base al accionar del necrófilo (sujeto activo), Yavar (2017) por su parte dentro de su libro ‘Casuísticas de Infractores Sexuales del COIP’ manifiesta que es entendida como el “Placer sexual al copular con un cadáver. Esta parafilia se define como la obtención del placer sexual con cadáveres, generalmente por medio de la cópula con o sin mutilación subsiguiente, siendo una desviación rara.” (p. 624). Además, como complementa Pérez (2011), esta parafilia es vista como una forma de aceptación y preferencia, por practicar la actividad de índole sexual con cadáveres por parte del necrófilo (p. 427). En muchos países, la necrofilia es considerada como una violación a diversos derechos humanos vinculados al propio cadáver o su familia, encasillándolo como un delito contra la moral pública y en consecuencia siendo penada; únicamente difiriendo en su clasificación como delito o contravención dentro de sus cuerpos normativos.

Según lo expuesto, la necrofilia desde el punto de vista psicológico es una enfermedad, sin embargo, solo implica la atracción por dicha conducta o comportamiento sexual; la exteriorización, por otro lado, transforma la enfermedad en un delito, ejemplificando lo anterior decimos que: La pedofilia es considerada como una enfermedad, siendo de igual forma una mera atracción sexual de las personas adultas hacia los niños/as, sin embargo, lo que tipifica y regula nuestro COIP (2014), es la ejecución del acto con el menor, es decir, la exteriorización de la conducta delictiva, en consecuencia, la necrofilia debe ser considerada como una infracción penal, sin embargo, esa catalogación no excluye que sea una enfermedad, pues son complementarias.

Cabe señalar, pese a que nuestra legislación dentro del artículo 35 del COIP (2014, Artículo 35), reconozca a los dementes como inimputables, la pedofilia y la necrofilia solo son una mera enfermedad, que sin su ejecución no puede ser considerada como infracción penal, por lo tanto, debería darse el mismo tratamiento a la necrofilia y de ningún modo justificar la inimputabilidad del necrófilo por lo antes expuesto.

Derechos vulnerados de la familia del difunto por la conducta de la necrofilia

La necrofilia siendo una infracción penal no tipificada dentro de la legislación ecuatoriana, no procede a sancionar al necrófilo ni tampoco resguarda los derechos que yacen en la familia del difunto, lo que conduce a la impunidad del hecho.

El Estado ecuatoriano dentro de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008, Artículo 76) en su artículo 76 numeral 3 y conforme al principio de legalidad, garantiza de forma legal la impunidad por cometer actos necrófilos, pues dispone que “no se podrá sancionar a ninguna persona, si aquel acto u omisión al momento de cometerse, no se encuentra tipificado como infracción penal; ni se impondrá sanción alguna, que no se encuentre prevista en la Constitución o la Ley.”, en concordancia con el aforismo *nulla poena sine lege*, cuya traducción del latín es “No hay pena, sin ley”. Se podría inferir entonces que, ¿La ley ecuatoriana protege a los necrófilos?, doctrinarios coinciden con el proverbio jurídico "lo que la ley no prohíbe, permite", de cuya interpretación se infiere que el Estado faculta al sujeto necrófilo a realizarlo de forma repetitiva y sin castigo, pues en razón de lo anteriormente expuesto, no existe ley que sancione o controle dicha acción, dejando a estos sujetos en libertad y causando a su vez un daño irreparable que aflige a la familia del difunto. Este daño es poco visibilizado por las autoridades, tal y como se constata en el caso L. Grefa en el año 2018, en donde un Fiscal del Guayas explicó la atipificación de la necrofilia y la posible aplicación del tipo penal "Robo" como única forma de sancionar al necrófilo, siempre y cuando se haya sustraído el cuerpo, una parte del mismo o un objeto enterrado con el cadáver (EL UNIVERSO, 2018).

En la actualidad, los casos de necrofilia tanto dentro como fuera del Ecuador son varios, pero pese a ello, aún no se ve regulado y sancionado dentro del COIP, dicha infracción penal. La evidente despreocupación del Estado por el resguardo de los derechos de la familia, vinculada al cometimiento de la necrofilia, atentan contra el bienestar colectivo social y la convivencia armoniosa dentro de la comunidad. Por la transgresión de los siguientes derechos:

Derecho a la dignidad

En el ámbito internacional, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) contempla a la dignidad como un derecho fundamental del hombre, siendo de obligatorio cumplimiento por los Estados el generar condiciones y medidas adecuadas bajo las cuales puedan mantener la justicia y el resguardo esté derecho tutelado dentro de sus cuerpos normativos.

En su libro “La ley, La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino” Regueira & M. (2013), describen las diversas formas lesivas a la dignidad inherente al ser humano, tales como toda forma de tratamiento cruel o inhumano que busque lesionar la integridad física, moral, psíquica de la víctima o todo tipo de humillación o menosprecio a un humano, o cualquier tipo de tratos o modos que puedan menoscabar su estima.

De igual forma la Constitución (CRE, 2008, Artículo 11, 84) dentro de su artículo 11 numeral 7 establece que en lo que respecta al “reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos, no excluirán los demás derechos derivados de la dignidad de las personas [...]” y en su artículo 84 manifiesta que tanto “La Asamblea Nacional como todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano [...]”. Estos derechos son constitucionalmente reconocidos y ratificados por los múltiples tratados internacionales que buscan tutelar y garantizar los mismos.

La dignidad de los familiares del difunto en el caso de la necrofilia es vulnerada, en razón de la inexistente protección ejercida por el Estado hacia el cadáver y su familia, pues pese a existir normativa tanto nacional como internacional que reiteren su deber y obligación de tutela, hasta el momento no existen medidas correctivas necesarias para evitar y sancionar el cometimiento de estas acciones, de tal forma que se precautele el bienestar humano, dado que es el mismo Estado ecuatoriano quien mediante la atipicidad de la necrofilia afecta la dignidad humana. Cabe señalar que la dignidad humana implica no solo el respeto hacia las personas vivas, sino también a su memoria, cuyo resguardo se ve envuelto en su familia, pues cualquier acto denigrante y deshumanizador provocaría en estos un malestar, menoscabando su dignidad. Es necesario explicar que el hecho de que la persona haya dejado de ser considerada como tal, no implica que deje de ser un ser humano, puesto que, por su realidad contingente, este le subsiste.

El gran impacto que causa en los familiares y en la sociedad por la experimentación de angustia y dolor adicional, atribuido, no solo a la pérdida de su familiar, sino también, al hecho de que el cuerpo de su ser querido haya sido objeto de dicha acción aberrante como lo es la necrofilia, hace aún más susceptibles al dolor a los familiares, menoscabando la dignidad que recaía en el cadáver y que se resguarda en su memoria; además, de generar pánico social e inseguridad en la población por dichos casos. La dignificación del cadáver entonces es esencialmente entendida, a través de los signos de la memoria de los familiares, y costumbres sociales.

Guarín & Aldana (2016), exponen que, a pesar de que el cadáver sea visto como una cosa, por principios generales del derecho y por cualidades de la esencia humana, el cadáver ostenta otros derechos como la pervivencia de su dignidad, siendo esta vista como dignidad póstuma, la cual se dirige en la protección de su memoria, ante la difamación o hechos que afecten a su cuerpo, como

es el caso de la necrofilia. La supervivencia de la dignidad ya sea del cadáver o el que recae sobre su familia, hace posible que se la protección de otros derechos como el del honor.

Derecho a la integridad

El derecho a la integridad psíquica se encuentra establecido dentro la Constitución de la República del Ecuador (C.R.E, 2008, Artículo 66) dentro de su artículo 66 numeral tres literal a), en donde manifiesta claramente que se “reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual”. De igual forma dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce los principios vinculados con la vida, libertad, igualdad, integridad física y psíquica entre otros. Afanador (2002), explica que la integridad se centra en aquellas facultades morales, intelectuales y emocionales, de cuya inviolabilidad a la integridad psíquica se relaciona con el derecho a no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad, sin embargo, el derecho a la integridad se resguarda en todas sus etapas, como se contempla en la normativa internacional, ya que de ahí nace el precedente legal para la protección del cadáver humano.

Interpretando lo que manifiesta Galindo (2009), la existencia efectiva y el respeto del derecho de todas las personas a su integridad personal, implican que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. Por tanto, la integridad psíquica de los familiares se vulnera, desde el primer contacto del necrófilo con el cuerpo de la persona muerta, ya que, no se establece el límite que debe tener cualquier persona natural con el cuerpo de un no vivo, lo que provoca el irrespeto dirigido hacia la familia, pues estos son centros medulares de sentimientos y conexión con el difunto, en razón de su pasado. Si bien no se puede hablar de consentimiento como se ha analizado, dado que ya no yace en el cadáver dicha facultad, el mero hecho de su condición (cuerpo inerte) no puede aludir de forma alguna a la existencia del mismo o la disposición del cadáver a cualquier persona, peormente del necrófilo, por lo cual, pese a cualquier circunstancia, exceptuando la intervención estatal ecuatoriana, debe resguardarse la integridad del cadáver.

Otros derechos afectados

El derecho a la intimidad se encuentra establecido y reconocido dentro de la CRE (2008, Artículo 66) en su artículo 66 numeral 3 respecto a la integridad personal, en el apartado d) cuyo numeral 20 reconoce no solo la intimidad personal, sino también la familiar. El derecho respecto al respeto a los muertos y la memoria no es acogido dentro de nuestra legislación, pero sí por otras

legislaciones, pues la memoria del *defuncti*, implica de forma integral un lazo entre el cadáver humano y los vivos (familia).

Esta memoria puede ser entendida como una extensión o prolongación de la personalidad perteneciente al difunto, cuyo respeto y tutela debe ser garantizado por los Estados, aunque efectivamente con la muerte del sujeto se extinguen tanto sus derechos como obligaciones, por lo que la memoria del mismo constituye por sí sola una prolongación de derechos hacia sus familiares o personas cercanas, que deben ser tutelados por el Estado ecuatoriano.

El cadáver no tiene intimidad, ni honor, ni imagen, pero por la extensión o prolongación de su memoria en otras personas vivas estas se materializan. Dichas acciones atípicas realizadas por el necrófilo pueden afectar de forma directa en la familia del cadáver, por lo cual, el proporcionar un medio de justicia que no denigre ni busque menoscabar la memoria *defuncti* es indispensable.

Estudio comparativo de la tipificación de la necrofilia

Antiguamente en Grecia, la necrofilia era considerada un crimen y sancionado con la pena de muerte, posteriormente a principios de la Edad Media, pasó a ser castigada con la excomunión y la confiscación de los bienes del necrófilo (Palavecino, 2010), dichos antecedentes acarearon una serie de cambios legales y sociales, que han sido plasmados internacionalmente en la actualidad, aunque de distintas formas, a fin de prevenir, regular o sancionar dicha conducta y a su vez garantizar los derechos de la familia.

En algunos países como Estados Unidos, México, España, Guatemala, entre otros, la necrofilia es considerada un delito o contravención grave tipificada en sus leyes o códigos penales. La necrofilia, a su vez, bajo este contexto se encasilla como un delito de profanación de cadáveres o un delito contra la moral pública, cuya sanción para el necrófilo, va desde multas hasta la pena privativa de libertad (Telléz, 2010). El tratamiento que se da en cada país depende, en gran parte no solo del derecho que resguardan, sino también de las costumbres propias que les anteceden. Además, es necesario señalar que la tipificación e incorporación de la necrofilia dentro de los cuerpos legales en los países antes mencionados, se ha realizado con el objeto de frenar esa parafilia, tutelar los bienes jurídicos protegidos por los Estados, a fin de evitar cualquier tipo de crecimiento o aumento de dicha conducta, y propiciar una sociedad segura tanto social como jurídicamente. El control de esta acción ejecutada por el nefrólogo, ha representado un beneficio positivo tanto para los Estados, como para las personas que lo conforman.

América Latina

Ecuador y México

En el Ecuador la necrofilia y la profanación de tumbas se encontraba regulada dentro del artículo 401 del antiguo Código Penal (1971, Artículo 401), en el Capítulo VII respecto al “Incendio y otras destrucciones, de los deterioros y daños”, teniendo una pena privativa de libertad de 3 a 5 años, aunque cabe señalar que actualmente ya no es un delito, pues con la incorporación y entrada en vigencia del COIP (2014), dichos temas fueron descartados por el legislativo; sin embargo, para fines comparativos se tomará como referencia lo dispuesto en otras legislaciones particularmente de México, por su raíz de origen y cultura similar.

La tipificación de la necrofilia dentro del marco jurídico mexicano, en su Título decimoséptimo sobre “Delitos en materia de Inhumación y Exhumación” dentro del Código Penal Federal de México (1931), parte desde la idea que se debe proteger la dignidad humana en todas sus etapas, como se puede contemplar y constatar en su artículo 281, se sancionara con una pena privativa de libertad de 1 a 5 años, a aquel que “profane un cadáver o restos humanos con actos de [...] necrofilia.”, se señala además que los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, cuya pena de prisión será de 4 a 8 años. (Código Penal Federal de México, 1931, Artículo 281)

Se verifica el resguardo de la dignidad tanto en vida como póstuma, por tanto, se reconoce la extensión de un derecho humano y constitucionalmente protegido hacia el cadáver, siendo menester de la familia ser titular o actuar en representación del cadáver, en cualquier acción que afecte a esté en su tumba. Esto difiere totalmente de la legislación ecuatoriana, pues esta no se ha pronunciado al respecto, sin embargo, los casos de necrofilia están presentes, como el de la ciudad de Los Ríos, Archidona, Ibarra que han quedado en la impunidad y han dejado a las familias en indefensión legal.

La legislación mexicana encasilla a la necrofilia dentro de su normativa como un delito, en razón de que estos lesionan un derecho subjetivo o un bien jurídico, en tanto que las contravenciones, o bien, son inocuas para ellos, o representan cuanto más un peligro remoto, o una mera desobediencia al derecho objetivo (Alagia et al., 2014), lo que descarta de forma definitiva la contemplación de la necrofilia como contravención, aunque esto cambia en el contexto europeo. Dentro del tipo penal incluso se incorpora cualquier otra forma de profanación a la tumba del cadáver humano, por lo cual, se extiende inclusive aún más dicha figura, considerándose, por tanto, el irrespeto hacia el mismo cadáver y su familia (Código Penal Federal de México, 1931, Artículo 265).

Reiterando que, en el Ecuador, el único registro que se tiene de su tipificación es en el antiguo Código Penal (1971), con la entrada en vigencia del nuevo COIP (2014) su tipificación se perdió, generando que exista esta anomia o vacío legal, que repercute de forma directa en la familia del cadáver, provocando la vulneración de los derechos de la familia, y atentando a su vez, contra el bienestar individual y colectivo de la sociedad ecuatoriana. Desde la promulgación de la Constitución del 2008, las afecciones que sufren los familiares de la persona difunta no han sido valoradas, consecuentemente siendo ignoradas sus dolencias y necesidades.

Europa

Ecuador y España.

En España dentro de su Código Penal (1995), en su artículo 526 que dispone que aquel que violare los sepulcros, profanare un cadáver o sus cenizas [...] será castigado con la pena de prisión preventiva de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses. (Código Penal, 1995, Artículo 526)

En México la necrofilia es tratada como un delito, mientras que en España es entendida como una contravención que es sancionada con una pena de 3 a 5 meses dentro de la Ley Orgánica 10/1995, denotando el bajo valor que se le da a dicha infracción penal. Así mismo, esta se encuentra tipificada dentro de la Sección Segunda, de “los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, protegiendo la memoria post mortem que se derivan a la familia del difunto.

Si bien en ambas legislaciones se regulan de forma distinta, en lo que respecta a su tratamiento como contravención o delito y protegen además distintos bienes jurídicos; el auténtico deber del Estado, respecto a la tutela efectiva de sus derechos se hace presente dentro de esta tipificación, cuestión que difiere de Ecuador, pues la evidente despreocupación del Estado pese a varios estudios investigativos existentes, no han impulsado de forma alguna, a visibilizar dicha necesidad de resguardo y justicia que reclaman los familiares del cadáver.

Discusión de la necrofilia como tipo penal

Históricamente los doctrinarios se han centrado meramente en debatir el reconocimiento legal o no de la existencia de derechos sobre el cadáver, sin embargo, es preciso destacar en primer lugar que acorde por lo expuesto por Villareal (2003), la concepción ‘Derechos de los muertos’ no es la correcta, pues como analizamos anteriormente los cadáveres no poseen derechos aún en nuestra legislación, ya que es una facultad atribuida solo a las personas vivas, por lo tanto solo éstas son acreedores derechos. No obstante, la existencia del cadáver produce efectos jurídicos como se

constata en el marco internacional antes expuesto, que producen a su vez, la extensión de los derechos que el cadáver poseía en vida, hacia aquellos que le sobreviven, es decir, en sus familiares o conocidos, cambiando por lo tanto la premisa de los “Derechos de los muertos” por los “Derechos de los semi sujetos”.

Analizando otras decisiones legales, se determinó que el hecho de extender o derivar los derechos que yacen en el cadáver a la familia es muy factible para la tutela de los derechos principalmente del derecho a la integridad psíquica y la dignidad. Dicha contingencia se sustenta primordialmente en la facultad de consentir cualquier acto en vida, es decir, antes de que suceda el hecho o después del mismo, situación que es similar a lo acontecido dentro de la Ley Orgánica de Transporte de Órganos y Tejidos (LOTOT, 2011), ya que si bien la Ley dispone que no existe la subsistencia de obligaciones sobre el fallecido, si existen acciones que la familia está facultada para consentir en nombre de este, como se visualiza dentro de los artículo 31 y 32 de dicha ley.

En concordancia con el artículo 41 y 29 del mismo cuerpo legal, cuyo contenido manifiesta que será válida dicha voluntad, siempre que se haya autorizado o manifestado de forma expresa su voluntad en vida, para la negativa o aceptación de donación o se restrinja el modo específico de donar ciertos órganos. En contraste, si existe dicho reconocimiento para que los familiares dispongan sobre el cuerpo del fallecido una vez comprobado su deceso, está facultado para la donación de órganos, nada limita o restringe a la Ley, extender dicha facultad para que los familiares puedan disponer y resguardar los derechos que subsisten en el fallecido por la misma existencia de la Familia o una persona cercana.

De forma similar, esto se ve dentro del Derecho sucesorio, en donde las responsabilidades u obligaciones recaídas en el cadáver, subsisten en otros seres vivos, lo que implica la responsabilidad de hacer lo que el cadáver, ya no pudo hacer, subsistiendo en este caso dicha responsabilidad sobre la familia del cadáver. En consecuencia, de extenderse los derechos hacia la familia el Estado reconoce que el cadáver no es propiamente un sujeto de derecho, sino que por los demás sujetos de derechos vivientes como lo son su familia, estos se hacen que sean merecedores de protección legal.

Aunque es aquí, en donde debe revalorizar a la necrofilia como infracción penal, pues al existir dicha extensión de derechos, como se plasma según la normativa internacional, es indispensable su incorporación dentro del COIP (2014). La presencia de la muerte es evidente, según nuestra normativa, la persona deja de existir con la muerte, empero, no se considera de forma alguna, la

protección de la memoria *defuncti* y la vulnerabilidad a la que se podrían encontrarse sometidos la familia del cadáver objeto de necrofilia, lo que conlleva de forma inmediata a la transgresión no solo de los derechos antes analizados, sino también de derechos como la seguridad a nivel social o la legítima defensa.

En este punto, es necesario analizar si la conducta de la necrofilia es penalmente relevante como lo contempla el artículo 22 del COIP (2014, Artículo 22), que dice estas conductas son acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. De dicho artículo se infiere que para que una conducta sea penalmente relevante, esta debe estar enfocada directamente con el resultado lesivo, como lo reafirma Luzón (2004, p. 51), las conductas delictivas son aquellas gravemente nocivas para la sociedad, que consecuentemente perturban aquellas condiciones mínimas de convivencia social, que se ven plasmadas en aquellos bienes jurídicos tutelados por el Estado ecuatoriano.

Sin embargo, acorde a la línea de pensamiento de Bustos (1986, p. 57 a 60), estos bienes jurídicos tutelados no deben ser necesariamente lesionados, pues basta con que exista el peligro del bien con una acción, aunque en el caso de la necrofilia como se señaló con anterioridad, la exteriorización de la conducta es necesaria para que se encasille como tipo penal, y no como enfermedad generando su inimputabilidad.

El daño o la lesividad en lo que respecta a la necrofilia, se ve envuelto en la familia del cadáver, pues por el estado inerte del cuerpo, este carece totalmente de cualquier tipo de sentimiento, por ende, no siente dolor ni posee conciencia. El dolor que aflige a la familia, se ve conectado a esta por sus conexiones familiares en vida, llegando a afectar el estado psicológico y físico de estos, además, de generar un temor a la población en general respecto a la su seguridad póstuma en los cementerios ecuatorianos. Entonces, se puede decir que los resultados lesivos se ven plasmados en la transgresión de los derechos constitucionalmente protegidos, como el de la dignidad, integridad entre otros, cuya conducta punible es la acción del necrófilo sobre el cadáver, y cuyo daño se ve repercutido en la familia del difunto.

Respecto al análisis del cadáver dentro del campo de la medicina legal, es importante destacar que en todas las legislaciones es imprescindible la constatación del acto de la necrofilia, para su respectiva sanción como infracción penal. Esta constatación debe recaer en el profesional legista, quien examinará a el cadáver para determinar ciertos factores como “signos de desfloración,

desgarro de himen, lesiones de partes genitales, traumatismos genitales entre otros” (Praxis, 2006, p. 72), por medio de los cuales, se generará la certeza del cometimiento de esta parafilia.

La muerte digna contempla no solo meros aspectos limitadas al entierro o ritos post mortem, sino que engloba también la tipificación de la necrofilia y toda forma de profanación a las tumbas, como se puede constatar en otros países, pues caso contrario, la garantía de muerte digna, se vería interrumpida con el cometimiento de dichos actos.

En el Ecuador, dentro de la CRE (2008) el Estado garantiza una vida digna, sin embargo, no hay registros dentro de la misma, sobre la tutela de la dignidad post mortem. La obligación del Estado ecuatoriano respecto a garantizar los derechos antes expuestos, no se limita a la suscripción y ratificación de los tratados o convenios internacionales, sino que también, se ve garantizada dentro de nuestra misma carta magna pues al ser el Ecuador un "Estado constitucional de derechos y justicia" (CRE, 2008, Artículo 1) es obligación de éste, brindar socorro a las familias que se ven afectadas por la necrofilia, aunque la realidad ecuatoriana expone que aun existiendo los elementos necesarios para su sanción y los precedentes legales que han impulsado la incorporación de la necrofilia en los cuerpos penales legales, está no se ha tipificado, ignorando de forma deshumana el auxilio que piden los familiares del cadáver, objeto de necrofilia.

La normalización de la conducta es altamente reprochable, al igual que la atribución de su responsabilidad a la seguridad de los Cementerios, ya que no se concientiza al verdadero culpable, que sería no sólo el sujeto activo (necrófilo), sino también el Estado ecuatoriano por permitir el cometimiento de dichos actos mediante su atipicidad, y su nula acción para evitar que se siga cometiendo dicha conducta.

Conclusiones

La necrofilia es vista como un concepto jurídico relevante dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales, empero, ha sido renegada e invisibilizada en la vida en sociedad por aquellos Estados en donde no se contempla el reconocimiento de la transgresión de los derechos constitucionalmente protegidos del semi sujeto de derechos (cadáver) o de la familia, como lo es el caso de Ecuador. Aunque la clandestinidad y el tabú de la práctica necrofílica no permiten el conocimiento de muchos casos ni víctimas colaterales, su ininteligibilidad conlleva a normalizar la necrofilia dentro de la sociedad, lo que erosiona el respeto por la misma, no solo sobre el muerto o su familia, sino sobre la sociedad en general.

El cadáver, no es propiamente un sujeto de derechos, sin embargo, por los demás sujetos de derecho como los familiares o conocidos la ley los protege, por tanto, no son la causa principal de protección las personas muertas, pero los efectos que pueda tener acciones como la necrofilia sobre el difunto, si provoca que los derechos se extiendan hacia la familia de esté. La factibilidad de su tipificación como tipo penal en el COIP, radica principalmente en ser un medio idóneo para tutelar los derechos antes analizados.

La inviolabilidad del cadáver indispensable para la tutela de los derechos, sin embargo, esta no debe atribuirse de forma estricta y universal, pues si bien se conoce que el cadáver debe tener un tratamiento post mortem, lo que lo vincula a su correcta sepultura, dicha inviolabilidad se ve supeditada al comportamiento de los sujetos vivos que se encuentran en sociedad, siendo regidos a una serie de normas éticas y morales, además de legales, que de no respetarse, acarrearía el nacimiento de estos estragos legales para la familia, como lo es la indefensión a nivel minoritario (familiares o conocidos), y el pánico e inseguridad social y legal a nivel general.

La necrofilia como ya se ha analizado, no solo implica solo la existencia de la filia como enfermedad, sino la ejecución del acto con el cadáver, lo que verdaderamente provoca la desprotección legal jurídica y afección familiar. El Estado ecuatoriano, al no reconocer la existencia de la necrofilia genera que se permita dicha conducta, fracasando abruptamente los controles sociales, conllevando a que los necrófilos reincidan en dicha conducta al no tener una sanción legal, lo que genera que se vulneren los derechos de los familiares ante esta atipicidad.

La existencia de esta anomia dentro de la normativa vigente vulnera también aquellos derechos como la legítima defensa y tutela efectiva, pues no existe un medio idóneo y legítimo que permita a estos sujetos defenderse de forma alguna, ante la presencia de estos hechos, ejercidas por el necrófilo o infractor, pues la Ley es clara al sancionar meramente lo que se encuentra contemplado dentro de sus Códigos o normativa, acorde al principio de legalidad.

Sin embargo, con la tipificación e incorporación del tipo penal necrofilia dentro del COIP, se permitirá el impulso de una política preventiva y sancionadora, ejercitando medidas que sean compatibles con la normativa interna y externa; y a su vez, proteger legalmente a las víctimas colaterales de la necrofilia, originando una tutela póstuma o post mortem. Esto se encuentra en concordancia con el Principio de intervención mínima del Estado ecuatoriano, pues no existe otro medio ni instrumento jurídico idóneo para garantizar la tutela de derechos, ni impedir la reincidencia de dicha conducta.

Referencias

- Afanador, M. (2002). El derecho a la integridad personal. Universidad Industrial de Santander, 148 - 150.
- Agamben, G. (2005). *Profanaciones* (F. Costa & E. Castro, Trans.). Adriana Hidalgo, pág. 40-95. <https://www.medicinayarte.com/img/agamben-giorgio-profanaciones1.pdf>
- Alagia, A., De Luca, J., & Slokar, A. (2014). *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena* (Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Ed.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion_y_ejecucion_de_la_pena.pdf
- Bustos, J. (1986). Manual de derecho penal. Parte especial. Editorial Barcelona Ariel. p. 57 a 60.
- Carta de las Naciones Unidas [CNU]. San Francisco, 26 de junio de 1945. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Obtenido de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf
- Constitución de la República del Ecuador [CRE]. R.O. N° 449. Art. 11, 66, 76 y 84. 20 de octubre del 2008 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R.O. N° 180. Art. 35 y 22. 10 de febrero del 2014 (Ecuador).
- Código Civil [CC]. R.O. N° 46. Art. 41. 24 de junio de 2005 (Ecuador).
- Código Penal [CP]. R.O. N° 147. Art. 401. 22 de enero de 1971 (Ecuador).
- Código Penal Federal [CPF]. Diario Oficial de la Federación. Art. 281, 265. 14 de agosto de 1931 (México).
- Código Penal [CP]. Ley Orgánica 10/1995. Art. 526. 23 de noviembre de 1995 (España).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículos 2, 3, 10 y 18. Resolución 217 (III).10 de diciembre de 1948.
- Demogue, R. (1990). La notion de sujet de droit: "Revue trimestrielle de Droit Civil. Paris.
- Enneccerus, L., Kipp, T., Wolff, M., Puig Ferriol, L., Badosa Coll, F., Pérez, B., Alguer, J., Valentí, E., Roca, R., & Coing, H. (1976). Tratado de derecho civil. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=749449>
- Fromm, E. (2022). *Anatomía de la destructividad humana*. Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Galindo, J. (2009). Contenido del derecho a la integridad personal. *Dialnet*, (Revista Derecho del Estado No. 23), 20 - 42. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3135087.pdf>

- Guzmán, J. (2018). La naturaleza jurídica del cadáver: revisión y tendencia. *PRUDENTIA IURIS*, 86, 15. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2641>
- Guarín, E. A. y Aldana, J., (2016). *Estado jurisdiccional y bien común*. Revista Verba Iuris, 11 (36), p. 13-26.
- Jimenez, A. (s.f.). Delitos veniales, Estudio de derecho contravencional análisis de la Ley contravencional vigente en la provincia de Buenos Aires, pág. 38-42.
- Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células (INDOT). Por la cual se modifican las normas que regulan la Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. 04 de marzo de 2011. R.O. No.398.
- Luzón, D. (2004). Curso de derecho penal. Editorial Universitas, S.A., p. 51.
- Palavecino, C. (2010). Crimen y castigo en la antigua Grecia. *Derecho y Humanidades, Vol.1*. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16021>
- Pazmiño, H., Mendoza, K. R., & Peredo, E. (s.f.). PARAFILIAS QUE NO SE ENCUENTRAN TIPIFICADAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. *UNIVERSIDAD, CIENCIA y TECNOLOGÍA*, No. 02, 101-108. <https://uctunexpo.autanabooks.com/index.php/uct/article/download/72/73/>
- Pérez, R. M. (s.f.). *Tanatología forense*. Universitat Oberta de Catalunya. https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/75566/1/Medicina%20legal%20y%20forense_M%C3%B3dulo%202_Tanatolog%C3%ADa%20forense.pdf
- Perez, E. (2011). *La Psiquiatría Forense y las Ciencias Penales. De la Tarea Pericial Aporte Criminológico*. La Habana. Editorial Organización de Bufetes Colectivos, pág. 427.
- Praxis, I. e. (2006). Panel V: tanatología, exhumaciones y estudio de osamentas. Talca: Ius et Praxis.
- Proyecto de Ley de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células [PLTOTC]. R.O. 398, 4-III-2011. 04 de marzo de 2011 (Ecuador).
- Regueira, A., & M., E. (2013). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino* (C. Adén, Ed.). La Ley.
- Sampieri, R., Collado, C., & Baptista, P. (2014). Definiciones de los enfoques cuantitativos, sus similitudes y diferencias. McGraw Hill Education. p. 2-21.

Téllez, L. (2010), El irrespeto a cadáveres en la legislación colombiana: un delito contra el descanso eterno. Revista Usesrgioboleda No. 4. Obtenido de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20080616_47.pdf

Villareal, Héctor. (2003). Fundamento de los derechos post mortem de la persona y su situación en la ciudad de México.

Yabar, F. (2017). *Casuísticas de infractores seculares del COIP. Diversas parafilias*. Yavar & Ycaza, pág. 624.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).