

El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización

VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO*

Resumen

El incesto es un delito en Colombia y en muchos otros ordenamientos jurídicos de América y Europa, aunque existen también excepciones. Igualmente universal es la evitación del incesto como comportamiento cultural, debido seguramente a que la práctica de la exogamia pudo suponer en el pasado una ventaja para la supervivencia de los grupos sociales. En cualquier caso, su penalización en un Estado Social y Democrático de Derecho debe estar legitimada de acuerdo con los principios constitucionales. En caso contrario, el incesto debe ser despenalizado.

Abstract

Incest is a criminal offence in Colombia and in many other american and european jurisdictions, although exceptions are also present. The cultural practice of the avoidance of incest is also universal. This is probably due to the survival advantage for groups that such behavior could have in the past. At any case, its criminalization must be legitimated, in a liberal democracy, according to the constitutional principles. Otherwise, incest must be decriminalized.

* Doctorando de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia) y de la Universidad Humboldt de Berlín (Alemania).

Palabras Clave

Incesto, despenalización, bien jurídico, intervención mínima, Colombia.

Key words

Incest, decriminalization, protected interest, *ultima ratio*, Colombia.

Sumario

1. El delito de incesto en Colombia: antecedentes históricos y regulación actual. 2. El incesto en otros ordenamientos jurídicos. 2.1. Panorama general de Derecho comparado. 2.2. En particular, Alemania, Italia y España. 3. Teorías sobre el origen de la evitación del incesto en las ciencias sociales. 4. Exposición y crítica de los argumentos propuestos para la penalización del incesto: la moral sexual, la salud de la estirpe y la protección de la familia. 5. Conclusiones.

*Injustice anywhere
is a threat to justice everywhere.*
Martin Luther King, Jr.

1. El delito de incesto en Colombia: antecedentes históricos y regulación actual

El artículo 237 del Código penal castiga con una pena de un año y cuatro meses a seis años de prisión, como reo del delito de incesto, a quien «realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, un descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana». Este artículo ocupa su propio capítulo («Del incesto») dentro del Título VI («Delitos contra la familia») del Libro II del Código penal. Todo ello con independencia de que quienes mantuvieron la relación incestuosa fueren adultos y consintieron.

El presente artículo tiene por objeto analizar la legitimidad de la criminalización del incesto, entendido como el mantenimiento de relaciones sexuales entre ciertos parientes adultos que consienten. Quedan pues expresamente excluidas del ámbito de estudio del mismo las relaciones sexuales en las que al menos una de las partes no consienta por cualquier motivo. Tras una eventual despenalización del incesto, estas relaciones quedarían subsumidas en todo caso, si no lo están ya, en los tipos relativos

a menores e incapaces de resistir, o bien, aquellas relaciones mantenidas contra la voluntad de una de las partes, en los tipos de violación, respecto a los cuales el incesto debería constituir sólo, si acaso, un supuesto agravado¹.

Para llegar a la meta propuesta partiremos de los antecedentes históricos y de la regulación actual sobre el incesto en Colombia (epígrafe 1), atenderemos al Derecho comparado en esta materia —en especial a los ordenamientos de Alemania, Italia y España— (epígrafe 2) y a las teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas sobre el origen de la evitación del incesto (epígrafe 3), y, finalmente, expondremos y criticaremos, en el marco de los principios constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, las diversas hipótesis sobre el interés protegido por la norma que han sido propuestas para fundamentar la prohibición del incesto (epígrafe 4).

El incesto no ha sido perseguido como delito en Colombia a lo largo de toda su historia, pese a que frente a este tipo de conductas se prevenían penas muy severas en el sustrato jurídico europeo previo a la conquista de América².

En tiempos de Justiniano el Derecho romano castigaba a la mujer que contrajese matrimonio incestuoso con la confiscación de sus bienes, incluida la dote, y con el destierro. Los hijos habidos no sólo no eran considerados hijos legítimos, sino siquiera hijos naturales, siendo excluidos de cualquier derecho sucesorio³.

Más preciso fue el Derecho visigodo: se definía el incesto como el matrimonio entre un hombre y una mujer parientes dentro del sexto grado. La sanción, además de la nulidad del matrimonio, era el internamiento de ambos en monasterios separados y, ulteriormente, la preferencia de los hijos anteriores al matrimonio anulado en la herencia de los bienes⁴.

Ya en el siglo XIII fue añadido un elemento sustancial de la conducta tal y como la conocemos hoy en día: la acción del delito no consistía solo en «*casar con su parienta nin con su cuñada fasta el grado que manda santa yglesia*», sino también en yacer con ella aunque no hubiese matrimonio⁵, con lo que los posibles medios comisivos se extendían de la celebración de un matrimonio a la mera relación sexual [¿no será porque antes de esta época relación sexual = matrimonio?]. Así mismo se contemplaba el

1 Ver artículos 205-212 CP colombiano.

2 Un breve pero completo repaso a la evolución histórica del delito de incesto en la península ibérica puede encontrarse en JUAN SÁINZ GUERRA, *Evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004, pp. 716-720.

3 Cfr. *Auténtica de incestis et nefariis nuptiis*. Sobre el tratamiento jurídico del incesto en el Levítico y en el Derecho romano, v. RICHARD A. McCABE, *Incest, Drama and Nature's Law*, Cambridge University Press, 1993, pp. 30-42.

4 Cfr. *Liber Iudiciorum* III, 5, 1 y 2.

5 Cfr. Fuero Real, Libro IV, Título VIII, Ley I.

desconocimiento del parentesco como circunstancia eximente⁶ y, como circunstancias agravantes, el yacimiento con la mujer del padre —castigando con la pena de muerte al «traidor»— y con la barragana del padre, del hijo o del hermano —sancionando al culpable con el destierro y la confiscación de los bienes—⁷.

Así mismo, el texto de las Partidas, que tras la conquista sería parte importante del Derecho indiano aplicable a la «República de los españoles», concibe el incesto como yacimiento con parienta o cuñada dentro del cuarto grado⁸, distinguiendo en la sanción si existió matrimonio, aun sin la dispensa del papa —dado que ésta hacía desaparecer el incesto— o no. En el primer caso, la pena dependía de la calidad del autor: destierro, confiscación de bienes y pérdida de honra para el hombre honrado, y azotes y destierro para el hombre vil. En el segundo caso, la pena era la muerte en ambos casos⁹.

Tampoco en la legislación de los Pueblos Originarios estaba ausente la prohibición del incesto. Por ejemplo, entre los chibchas se acostumbraba que al incestuoso «*lo metiesen en un hoyo de agua angosto con obscenas sabandijas y lo cubriesen con gran losa do pereciese miserablemente*»¹⁰.

En la Colombia independiente, el Derecho penal indiano y la consecuente criminalización del incesto continuaron vigentes hasta la aparición de un código penal nacional, inspirado en el liberalismo imperante en Europa. Aun así, el Art. 464 del Código de 1837 estableció, como agravante del amancebamiento público y escandaloso, la circunstancia de que el hecho se cometiera «entre parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad». Esta situación se mantuvo durante la época federal, en la que los estados tuvieron atribuidas las competencias penales, siendo el ejemplo más conocido —el Código penal del Estado soberano de Cundinamarca de 1858— una reproducción del Código de 1837¹¹. El Código penal de los Estados Unidos de Colombia de 1873 guardó silencio sobre el incesto, mientras que el Código penal de 1890, construido sobre la base del de 1837, reproducía la solución de la agravante del amancebamiento público.

6 Ibid.

7 Cfr. Fuero Real, Libro IV, Título VIII, Ley III.

8 Cfr. Partida Séptima, Título XVIII, Ley I.

9 Cfr. Partida Séptima, Título XVIII, Ley III.

10 Cfr. JUAN DE CASTELLANOS, *Elegías de varones ilustres de Indias*, Biblioteca de la Presidencia de Colombia, ABC, Bogotá, 1955.

11 Las pocas reformas que sufrió no supusieron una penalización del incesto, sino la abolición de la pena de muerte y las penas corporales, o la introducción de una curiosa y precoz agravación de algunos tipos de lesiones en el contexto de lo que hoy se conoce como «violencia intrafamiliar» (Cfr. *Recopilación de Leyes y Decretos del Estado Soberano de Cundinamarca*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1868, pp. 210, 242, 315 y 432).

Sólo con el Código de 1936 volvió a ser prevista la prohibición del incesto como delito autónomo¹². El Art. 357 de dicho texto legal incluía entre los sujetos activos, a diferencia del actual, también a los afines en línea directa, castigando al «que tenga acceso carnal o ejecute actos eróticos sexuales con un descendiente o ascendiente, aun ilegítimo, o un afín en línea directa, o con un hermano o hermana».

Las razones aducidas por el legislador de la época para esta inclusión fueron la evitación de la alarma social y de otras consecuencias desastrosas para la especie¹³. El argumento de la alarma social había sido criticado ya por Carrara, que hablando del escándalo que se exigía —y se sigue exigiendo, como veremos— en el ordenamiento italiano, expuso que éste no proviene generalmente de la conducta de los incestuosos, sino de la impertinencia de terceros, y que en el caso de que surgiese directamente de la unión incestuosa, debiera ser reprimida no a título de incesto, sino de ultraje al pudor¹⁴. Sobre las eventuales “desastrosas” consecuencias biológicas hablaremos más adelante.

Posteriormente, el Código penal de 1980 reproduciría en su Art. 259 la prohibición contenida en el de 1936, salvo en lo tocante a los grados de parentesco cubiertos por la misma al eliminar de entre éstos a los parientes afines en línea directa. La redacción resultante era casi idéntica a la actual, diferenciándose únicamente en la descripción de «otro acto *erótico* sexual» en lugar de «acceso carnal».

Tras la entrada en vigor del actual Código penal, las modificaciones recientes se limitan a aumentar la pena mediante el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, publicada en el Diario Oficial n° 45.602, de 7 de julio de 2004, que como es sabido, aumentó todas las penas en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

El resultado de esta evolución histórica es un tipo de delito *doloso, bilateral y de mera actividad*¹⁵.

12 Este hecho ha sido criticado como un retroceso en la humanización de la tipificación penal de la conducta sexual por LISANDRO MARTÍNEZ Z., *Derecho penal sexual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1977, p. 39. Por otra parte, ya el Proyecto Concha (Ley 109 de 1922), que no llegó a entrar en vigor, preveía la penalización del incesto como delito autónomo en su Art. 285.

13 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, t. II, Temis, Bogotá, 1957, p. 567.

14 Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programma di Diritto Criminale*, 2006.

15 La cuestión de si el incesto es delito *de mera actividad* o *de resultado* es complicada y en cierta medida su resolución requiere una decisión previa sobre el bien jurídico. Aun así, no nos parece arriesgado calificar el incesto como delito de mera actividad siendo coherente con la consideración en tal sentido de otras conductas que consisten en acceso carnal o actos sexuales: el tenor literal del artículo no exige la lesión ni puesta en peligro del bien jurídico como evento separado de la propia acción, sea cual sea el interés protegido (moral pública, salud de la estirpe, estabilidad familiar, etc.), con lo que el delito se consuma con la mera conducta incestuosa, sin necesidad de que se produzca un resultado. Sobre las categorías doctrinales de delito de mera actividad, v. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal colombiano. Parte general*, Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 231 y ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 330.

Respecto a los *elementos objetivos del tipo* actual, el *acceso carnal* y el otro *acto sexual*¹⁶, hay que estar a lo dispuesto en el Título IV, en especial, en el Art. 212 CP, que define el *acceso carnal* como «penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto». Por *acto sexual* debe entenderse, por lo tanto, todo acto de naturaleza sexual que no constituya acceso carnal. A pesar de que hay doctrina que define el *acto sexual* como «contactos físicos de impulso, excitación o satisfacción de la libido, que no llegan a constituir acceso carnal»¹⁷, parece más acertado considerar que la *naturaleza sexual* de un acto, sin otra indicación por parte del legislador, no puede ser considerada por remisión a criterios subjetivos, como es el ánimo lúbrico, sino a criterios objetivos —como la participación de los órganos genitales, en especial cuando se tiende a la penetración—, y/o a valoraciones culturales¹⁸ o “sociales” —esto es, de la cultura mayoritaria— o bien, desde una perspectiva de consideración a la diversidad cultural, a valoraciones propias de un grupo étnico-cultural minoritario en el que el autor se haya socializado¹⁹. Junto con el carácter sexual del acto así considerado, entendemos que se requiere además un contacto físico para que se dé el acto sexual, ya sea del autor con la víctima o de la víctima con su propio cuerpo²⁰.

Los *sujetos activos* del delito deben estar unidos por una relación de parentesco en línea recta de cualquier grado, con independencia del sexo de los sujetos (padre-hija, padre-hijo, madre-hijo, madre-hija, abuelo-nieta, abuelo-nieto, abuela-nieto, abuela-nieta, etc.), sin importar si la filiación es legítima o natural o, por expresa previsión del

Sensu contrario, v. PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Manual de Derecho penal. Partes general y especial, Doctrina y Ley*, Bogotá, 1994, p. 456; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 315 y ss., quienes consideran el incesto como delito de resultado y de lesión.

- 16 Sobre la distinción entre *acceso carnal* y *acto sexual*, Lozano y Lozano explicaba así en la Comisión redactora las especificidades del artículo proyectado en los años treinta: «Dada la gravedad de la materia nos parece posible entrar a discriminar cuáles formas de la libidine podrían quedar excluidas de la represión. Ciertamente que la cópula sexual plenamente consumada es la forma más grave del delito. Pero dada la degradación y corrupción que introduce en el hogar doméstico cualquier género de contactos sexuales entre ciertos miembros de la familia, es preciso dejar a la prudencia del juez, dentro del amplio máximo y mínimo que se fija, la apreciación concreta de la pena, incluyendo en la definición de la infracción todas las formas del acercamiento de los sexos». (citado por LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, cit, p. 569).
- 17 *Ibid.*, p. 458.
- 18 Sobre la valoración cultural como instrumento para definir el ámbito de lo sexual, v. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 212 y 213.
- 19 Me permito remitir a MACÍAS CARO, “Fundamentos y límites constitucionales de una política criminal sobre la diversidad cultural”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 713-743, y sobre todo a la bibliografía allí citada.
- 20 Sobre ello, v. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit, pp. 212 y ss.: no sería un «acto sexual», por ejemplo, el exhibicionismo o cualquier otra forma de inmiscuir a un tercero en una situación de contenido sexual que no requiera contacto físico.

texto legal, adoptiva; o bien deben estar unidos en línea colateral de segundo grado (hermano-hermana, hermano-hermano, hermana-hermana)²¹. Se trata por lo tanto de un concepto restringido de incesto, que no incluye parientes consanguíneos en línea colateral de tercer grado o más (tíos, tías, primos, primas, sobrinos, sobrinas, etc.) ni, haciendo una interpretación literal e histórica, los parientes afines —puesto que, como vimos, sí estaban incluidos en versiones anteriores del Código—, ya sea en línea recta (suegros, suegras, yernos, nueras, etc.) o colateral (cuñados, cuñadas, etc.).

Siguiendo esta misma interpretación literal, deben considerarse fuera del tipo penal los actos sexuales entre hermanos que no sean hijos naturales de los mismos padres, es decir, cuando el parentesco colateral haya nacido por adopción²². Igualmente atípicos serán los que se dan entre hermanastros a los que les une el mero matrimonio entre la madre de sólo uno de ellos con el padre del otro. Más dudosos son los casos de relaciones de una persona con su hijastro o hijastra y los de relaciones entre medios hermanos. En el primer caso, dependerá de si el hijastro es adoptado o no. En el segundo caso, los medios hermanos —hermanos que sólo tienen en común un progenitor— son hermanos en el sentido estricto de la palabra²³.

Otra problemática residiría en dilucidar si basta la filiación material para constituir el grado de parentesco a efectos del tipo penal o bien es necesario que dicha filiación haya sido reconocida o declarada²⁴. La doctrina se pronuncia favorable a aceptar que la filiación pueda no haber sido reconocida ni declarada previamente, sino probada en el propio proceso²⁵.

En cualquier caso, todo ello hace pensar que el incesto es un *delito especial propio* en el sentido que tradicionalmente se le da a esta noción²⁶, aunque es igualmente

21 Ya en Derecho romano se distinguía entre estos dos tipos de incesto, llamando al primero, más grave, «*iuris gentium*» (del 'Derecho de gentes', aplicable a todos los pueblos) y al segundo «*iuris civilis*» (del Derecho aplicable a los ciudadanos).

22 Si esta hubiera sido la voluntad del legislador, debería haberse decantado por una de estas dos opciones: a) colocar una mención general al final del artículo sobre el parentesco por adopción que lo hiciese equivalente a efectos del tipo penal al parentesco biológico o b) no incluir el inciso «adoptante o adoptivo» tras la mención del ascendiente o descendiente, dando espacio así a la regla interpretativa de no distinguir donde la ley no distingue.

23 Según el Diccionario de la Real Academia Española (22ª ed.), hermano o hermana es la «persona que con respecto a otra tiene el mismo padre y la misma madre, o solamente el mismo padre o la misma madre». Con buen criterio ya expresaron esta solución VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano, Parte especial*, 1960, p. 413; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte especial*, cit., p. 571.

24 Distinta de esta cuestión es la relacionada con la distinción entre la filiación legítima y la natural o extramatrimonial, pues aun en este segundo caso puede reconocerse o declararse la filiación o no.

25 Sobre ello, v. PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, 1970, Temis, Bogotá, p. 111; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano, Parte especial*, cit., p. 579.

26 El debate sobre el concepto de delito especial merece una atención que excede en mucho el espacio

cierto que desde una visión constitucionalmente orientada se le puede considerar como un delito simplemente *manu propria*, es decir, que exige una realización personal, pero que, al no lesionar un bien jurídico especial —si es que lesiona algún tipo de bien jurídico—²⁷, esto es, un bien jurídico exclusiva o particularmente vulnerable por parte de los sujetos cualificados, no cumple con los requisitos para ser un delito especial.

Igualmente controvertido es su carácter *bilateral*. Algunos opinan que dicho carácter no aparece necesariamente en todos los casos de incesto²⁸, limitándose éste, por ejemplo, a aquellos en los que hay mutuo consentimiento²⁹. Otros opinan que el delito de incesto es necesariamente bilateral³⁰. Este debate está relacionado con el concerniente a la materia concursal, con lo que será desarrollado más adelante.

Por otra parte, también la cuestión del *sujeto pasivo* debe verse necesariamente precedida por la del bien jurídico, la cual no será tratada hasta el final del artículo. De cualquier manera, dicha cuestión no es importante, puesto que está claro que no es titular del mismo una persona física. Para algunos es el Estado o la comunidad, por cuanto se protege la moralidad que debe rodear a las relaciones entre los miembros de una familia³¹, mientras que para otros es la propia familia, «sujeto independiente del individuo y de la sociedad e intermedio entre estos»³².

Respecto a los *elementos subjetivos del tipo*, habría que reflexionar tanto sobre el error sobre el elemento de hecho del parentesco, como sobre el ánimo lúbrico como elemento subjetivo específico. Estamos de acuerdo con la doctrina en que el conocimiento de los elementos típicos es necesario para integrar el hecho típico, por ser éste doloso, y en que de los autores sólo responde quien tenga dicho conocimiento, sin

y el objeto del presente trabajo. Las consideraciones aquí expresadas son deudoras de la instructiva obra de RESTREPO RODRÍGUEZ, *I reati propri alla luce del bene giuridico speciale costituzionalmente vincolato. Approccio di confronto tra le tesi di parte generale e gli esempi di parte speciale nell'ordinamento penale italiano*, 2011, tesis de doctorado depositada en la Universidad de Módena y Reggio Emilia.

27 RESTREPO RODRÍGUEZ, *I reati propri alla luce del bene giuridico speciale costituzionalmente vincolato. Approccio di confronto tra le tesi di parte generale e gli esempi di parte speciale nell'ordinamento penale italiano*, cit., opina, haciendo referencia a la situación en Italia, donde al contrario que en Colombia el tipo exige que del incesto se derive escándalo público, que el incesto no es delito especial porque no tutela ningún bien jurídico, y que, aunque lo tutelase, éste podría ser lesionado por cualquiera (pp. 90 y ss.). Por otra parte, si pese a todo se le considerara un delito especial, constituiría en todo caso un delito especial propio, ya que la conducta no sería castigada sin la cualificación de los sujetos activos (p. 40).

28 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 315 y ss., que cita a Mesa Velásquez, Pacheco Osorio Barrera Domínguez, Arenas, Rendón Gaviria y Vásquez Abad entre quienes sostienen esta posición.

29 Cfr. PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Manual de Derecho penal. Partes general y especial*, cit., pp. 456 y ss.

30 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, cit., p. 574.

31 Cfr. PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 457.

32 Cfr. PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cit., p. 109.

que ello sea óbice para el carácter bilateral del delito³³. Sin embargo, no compartimos el que sea necesario el fin libidinoso³⁴, por los motivos ya expresados: los criterios objetivos y normativo-culturales sobre la definición de la sexualidad están mejor orientados a la protección del bien jurídico y de la víctima y sirven igualmente, como el criterio del ánimo lúbrico del autor, para distinguir el acto sexual de las muestras de cariño.

Por otra parte, la *tentativa* no es posible de acuerdo con la doctrina, dado que los meros actos preparatorios («otros actos sexuales») ya son punibles³⁵. Así, la intención de cometer incesto que no se haya materializado al menos en «otro acto sexual» pertenece todavía a la fase interna del *iter criminis* y es, por lo tanto, impune³⁶.

Sobre la posibilidad del *concurso* entre el incesto y el resto de delitos sexuales hay dos posiciones: los que admiten tal concurso con los respectivos delitos sexuales si la conducta realizada se ajusta a la descripción típica de uno y de otro³⁷, y quienes niegan tal posibilidad, argumentando que viola la prohibición de *ne bis in idem*, reservando la punición del incesto para el caso de actos válidamente consentidos³⁸.

Si se acepta la segunda de las soluciones, como es aquí el caso por las razones aducidas al principio de este artículo, se debe colegir que el incesto es necesariamente bilateral, pues cuando no lo es —por no necesitar el concurso de las voluntades de ambos sujetos—, la conducta no constituye incesto, sino alguna de las modalidades de los delitos contra la libertad sexual.

2. El incesto en otros ordenamientos jurídicos

2.1 Panorama general de Derecho comparado

Al igual que en Colombia, el incesto es una conducta punible en otros ordenamientos jurídicos del mundo, a pesar de ser definido de forma diversa. El caso colombiano

33 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, cit., p. 578; VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano. Parte especial*, cit., p. 413, PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cit., pp. 112-113.

34 Requiere este elemento subjetivo, por todos: LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, cit., p. 579.

35 Cfr. *Ibíd.*; VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano. Parte especial*, cit., p. 414.

36 Sobre la no punibilidad de los meros pensamientos que no se hayan exteriorizado, v. FERRÉ OLIVÉ / NUÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal colombiano. Parte general*, cit., p. 541.

37 Son de esta opinión: VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano. Parte especial*, cit., pp. 410 y 414; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cit., p. 115; ALFONSO REYES ECHANDIA, *Delitos contra la familia en Derecho penal especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, p. 220; VÁSQUEZ (citado por LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte especial*, cit., p. 575). En el mismo sentido: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, mayo 7/68.

38 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte especial*, cit., pp. 576-578.

no es una excepción en su ámbito más cercano, aunque tampoco la regla. El incesto entre adultos que consienten no está incluido como tipo específico en los códigos penales de países como Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Haití, Perú o El Salvador —en la mayoría de cuyos casos el mero parentesco o el prevalimiento del mismo suponen una agravación de un delito sexual—, pero sí está incriminado en los ordenamientos penales de Belice³⁹, Cuba⁴⁰, Chile⁴¹, Guatemala⁴², Guyana⁴³, Honduras⁴⁴, México⁴⁵, Nicaragua⁴⁶, Panamá⁴⁷, Paraguay⁴⁸, Puerto Rico⁴⁹,

39 Arts. 62 y 63 CP beliceño: «1. Any male who carnally knows a female, who is to his knowledge his granddaughter, daughter, sister or mother, shall on conviction thereof be liable to imprisonment for seven years: (...) (2) It is immaterial that the carnal knowledge was had with the consent of the female» y «Any female of or above the age of sixteen years who with consent permits her grandfather, father, brother or son to have carnal knowledge of her (knowing him to be her grandfather, father, brother or son, as the case may be) shall on conviction thereof be liable to imprisonment for seven years».

40 Art. 304 CP cubano: «1. El ascendiente que tenga relaciones sexuales con el descendiente, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. La sanción imponible al descendiente es de seis meses a dos años de privación de libertad. 2. Los hermanos que tengan relaciones sexuales entre sí, incurrir en sanción de privación de libertad de tres meses a un año, cada uno».

41 Art. 374 CP chileno: «El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio».

42 Art. 236 CP guatemalteco: «Comete incesto, quien yaciere con su ascendiente, descendiente o hermano. El incesto será sancionado con prisión de dos a cuatro años».

43 Con contenido idéntico al de Belice.

44 Art. 176 hondureño: «El acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos será sancionado con reclusión de tres (3) a seis (6) años».

45 Art. 272 CP mexicano federal: «Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos» y Art. 181 del CP del DF de México: «A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión o tratamiento en libertad de uno a seis años».

46 Art. 210 nicaragüense: «Los que cometieren incesto conociendo las relaciones que lo ligan con un ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima o ilegítima o afinidad legítima, o con un hermano consanguíneo legítimo o ilegítimo, aunque sean mayores de veintinueve años, serán castigados con prisión de dos a cuatro años».

47 Art. 209 CP panameño: «El que con conocimiento de los vínculos que lo unen, sostenga relaciones sexuales, utilizando sus órganos, otras partes del cuerpo o cualquier objeto, en los genitales u otros orificios naturales, con parientes por consanguinidad o por adopción en línea recta ascendente o descendente, y en la línea colateral hasta el segundo grado, será sancionado con prisión de 3 a 5 años».

48 Art. 230 CP paraguayo. «1º El que realizara el coito con un descendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. 2º El que realizara el coito con un ascendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. La misma pena se aplicará, cuando el coito haya sido realizado entre hermanos consanguíneos. 3º No serán aplicados los incisos anteriores a los descendientes y hermanos, cuando al tiempo de la realización del hecho no hayan cumplido dieciocho años».

49 Art. 142 CP puertorriqueño, dentro de la agresión sexual: «Toda persona que lleve a cabo una penetración

Uruguay⁵⁰ y Venezuela⁵¹. Especial mención merece la curiosa regulación de Ecuador, cuyo código penal sigue castigando, como tipo agravado del desaparecido delito de «homosexualismo»⁵², la relación incestuosa entre ascendiente y descendiente del mismo sexo⁵³, pero no así la relación incestuosa entre parientes de sexo opuesto.

En Europa la situación es semejante: de los veintisiete estados de la Unión europea, el incesto cometido entre adultos que consienten es considerado un delito en diecisiete de ellos⁵⁴. Particular es el caso de Francia, donde el incesto fue despenalizado hace más de doscientos años, tras la Revolución francesa, con el *Code Napoleon* de 1808. Sobre Alemania, Italia y España nos extenderemos más adelante.

En cuanto a los sistemas anglosajones, el incesto nunca fue una *common law offence*, pero en Inglaterra estuvo perseguido por los tribunales eclesiásticos hasta mediados del siglo XIX⁵⁵. Pasada la época victoriana en la que lo sexual era evitado,

sexual, sea vaginal, anal, orogenital, digital o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación incurrirá en delito grave de segundo grado: (...) (h) Si el acusado tiene una relación de parentesco con la víctima, por ser ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad, o colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado» y Art. 144 cuando no ha habido penetración: «Toda persona que, sin intentar consumar el delito de agresión sexual descrito en el Artículo 142, someta a otra persona a un acto que tienda a despertar, excitar o satisfacer la pasión o deseos sexuales del imputado, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación incurrirá en delito grave de tercer grado: (...) (e) Si el acusado tiene una relación de parentesco con la víctima, por ser ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad, o colateral por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado».

- 50 Art. 276 uruguayo: «Cometen incesto los que, con escándalo público mantienen relaciones sexuales con los ascendientes legítimos y los padres naturales reconocidos o declarados tales, con los descendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos o declarados tales, y con los hermanos legítimos. Este delito será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría».
- 51 Art. 381 venezolano: «Todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, hermanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años».
- 52 El «homosexualismo» consentido y entre adultos fue declarado inconstitucional en 1997 (RTC 106-1-97. Registro Oficial No. S-203 / 27 de noviembre de 1997).
- 53 Art. 516 CP ecuatoriano: «Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo».
- 54 Es así en los estados europeos de Alemania (§173 CP alemán), Austria (§211 CP austríaco), Bulgaria (Art. 154 CP búlgaro), la República Checa (§188 CP checo), Chipre (Art. 147 CP chipriota), Eslovaquia (Art. 217 CP eslovaco), Estonia (§144 CP estonio), Finlandia (Art. 22.1 del Cap. XVIII CP finés), Grecia (Art. 345 CP griego), Hungría (Art. 203 CP húngaro), Irlanda (Arts. 1 y 2 de la *Punishment of Incest Act* de 1908), Italia (Art. 564 CP italiano), Polonia (Art. 201 CP polaco), Reino Unido (Arts. 64 y 65 de la *Sexual Offences Act* de 2003 para Inglaterra y Gales, Arts. 68 y 69 de la *Sexual Offences (Northern Ireland) Order* de 2008 para Irlanda del Norte y Arts. 1 y 2 de la *Criminal law (Consolidation) (Scotland) Act* de 1995 para Escocia), Rumanía (Art. 22 CP rumano) y Suecia (Capítulo 6, Sección 6 CP sueco).
- 55 Cfr. BAILEY / BLACKBURN, *Punishment of Incest Act 1908: A Case Study of Law Creation*, en *Criminal Law Review*, 1979, p. 708.

incluso para su represión, reapareció como *statute offence*⁵⁶. De igual forma están previstas penas por la comisión de incesto en los textos legales de los diferentes estados de Estados Unidos⁵⁷ y de Australia⁵⁸, y en Canadá⁵⁹, Nueva Zelanda⁶⁰, Kenia⁶¹, etc.

Por otra parte, respecto al Derecho islámico o *Sharia*, el Corán prohíbe las relaciones sexuales de un hombre con una mujer *mahram*: madres, hijas, hermanas, tías, sobrinas, madres de leche, hermanas de leche, suegras, hijastras que están bajo tutela o hijas de una mujer con la que se ha consumado el matrimonio, nueras y cuñadas⁶². Mantener una relación sexual con una de estas mujeres es pues un crimen coránico (*hadd*), considerado además como modalidad especialmente grave de fornicación (*zenā*), castigado con la muerte⁶³. Por supuesto, la *Sharia* no es fuente del Derecho, o no la única, en todos los países islámicos, e incluso allí donde lo es, las prohibiciones y castigos no suelen aplicarse con el rigor exigido.

Por último, si dirigimos nuestra mirada hacia Asia oriental, encontramos ordenamientos penales, como los de China y Japón, en los que no se castiga la conducta incestuosa.

2.2 En particular, Alemania, Italia y España

El Código penal alemán castiga en su párrafo 173, como reo de «relaciones sexuales entre parientes» (*Beischlaf zwischen Verwandten*) a «quien mantenga relaciones sexuales con un descendiente consanguíneo» (primer apartado) o «con un pariente consanguíneo en línea ascendiente» y también a «hermanos consanguíneos que practiquen el acceso carnal entre sí» (segundo apartado). Las penas previstas son, respectivamente, de tres y dos años de prisión, o alternativamente, en ambos casos, de multa. Por último, el tercer apartado establece que «descendiente y hermanos no

56 Fue así con la *Punishment of Incest Act* de 1908, que como hemos visto, sigue en vigor en la República de Irlanda, que formaba parte del Reino Unido cuando la ley entró en vigor.

57 Cfr. Inbred Obscurity: Improving Incest Laws in the Shadow of the “Sexual Family”, en *Harvard Law Review*, 2006, p. 2465.

58 Es así en todos los estados australianos: Australia Meridional (Art. 72 de la *Criminal Law and Consolidation Act*), Australia Occidental (Art. 329 CP), Nueva Gales del Sur (Art. 78.a de la *Crimes Act*), Queensland (Art. 222 CP), Territorio de la Capital Australiana (Art. 92.L de la *Crimes Act*), Territorio del Norte (Arts. 134 y 135 del CP), Tasmania (Art. 133 CP) y Victoria (Art. 14 de la *Crimes Act*).

59 Art. 155 CP canadiense.

60 Art. 130 CP neozelandés.

61 Art. 166 CP keniana.

62 Cfr. Corán, 4:22-23.

63 Cfr. VAN GELDER, G. J., “Incest and Inbreeding”, en *Encyclopedia Iranica* (disponible en línea en <http://www.iranica.com/articles/incest-and-inbreeding>).

serán castigados por este precepto cuando no tuvieran al tiempo del hecho dieciocho años de edad».

A diferencia del Código colombiano, la palabra «consanguíneo» («*leiblich*», también traducible como «biológico» o «carnal») denota una filiación fruto del proceso de reproducción biológica. Por ello, se considera atípica la relación entre ascendientes y descendientes por adopción y entre hermanos adoptivos⁶⁴. El inciso final de la primera frase del párrafo segundo, referido a la relación con un pariente consanguíneo en línea ascendiente, de que «esto rige también cuando la relación de parentesco haya cesado», debe interpretarse para cubrir los casos en los que el parentesco legal derivado de la consanguineidad haya cesado por la integración de uno de los sujetos en una nueva familia mediante la adopción⁶⁵.

También la acción típica es más restrictiva que en el caso colombiano. Las «relaciones sexuales» («*Beischlaf*») son interpretadas por la doctrina como la penetración —al menos parcial— del miembro viril en la vagina: las relaciones «análogas» («*beischlafähnliche Handlungen*»), como la penetración anal, no son consideradas como integrantes de este tipo⁶⁶, aunque ello es criticado como incongruente con la consideración de este tipo de acciones en otros tipos de delitos sexuales⁶⁷. A pesar de ello, la doctrina sostiene que el tipo no requiere el riesgo de la concepción ni la *emissio seminis*⁶⁸.

No es extraño que, frente a un tipo así construido, la doctrina alemana admita que no está claro qué bien jurídico se protege⁶⁹: por supuesto, no desconoce las razones que históricamente se han dado para la prohibición del incesto, desde el tabú cultural a las razones eugenésicas, pasando por la dañosidad social y familiar ínsita en la conducta o la promoción de la exogamia⁷⁰.

Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) ha confirmado la legitimidad constitucional de la penalización de incesto⁷¹. El Alto Tribunal alemán realiza en primer lugar un estudio

64 Cfr. *Leipziger Kommentar*, tomo 6, 12ª ed., De Gruyter, Berlín, 2010, §173, num. 18, p. 723; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, §173, num. 4, p. 1408.

65 Ibid.

66 Cfr. *Leipziger Kommentar*, cit., §173, num. 22, p. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER, cit., §173, num. 3, pp. 1407-1408.

67 Cfr. *Leipziger Kommentar*, cit., §173, num. 26, pp. 728-729.

68 Cfr. *Leipziger Kommentar*, cit., §173, num. 27, p. 729.

69 Cfr. *Leipziger Kommentar*, cit., §173, num. 4, p. 708.

70 Para un extenso repaso de todos estos argumentos, v. *Leipziger Kommentar*, cit., §173, nums. 4-15, pp. 708-721. V. también SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., §173, num. 1, p. 1407.

71 BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26 de febrero de 2008, localizable por Internet en la siguiente dirección: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html.

histórico⁷² y de Derecho comparado⁷³ para tejer un fondo de supuesta universalidad de la prohibición del incesto⁷⁴. Interesante es que se recuerde cómo el incesto sobrevivió a la «despenalización del Derecho penal sexual» operada sobre todo en 1969 con la desaparición de los delitos de adulterio, homosexualidad entre adultos, fornicación con animales, etc.⁷⁵.

En su argumentación, el Tribunal establece expresamente que la penalización del incesto no entra en contradicción con la dignidad humana (§ 1.1 de la Constitución alemana) ni con el libre desarrollo de la personalidad (§ 2.1 Const. alemana)⁷⁶. Y que sin embargo, la norma penal recurrida sí que materializa el mandato de protección del matrimonio y la familia (§ 6.6 Const. alemana)⁷⁷ y además está apoyada por razones eugenésicas⁷⁸.

Es reseñable que Hassemer, el único penalista que componía el Tribunal, emitiese un voto particular sobre la sentencia. En el mismo, se critica la remisión, como base para legitimar constitucionalmente una norma penal, a la historia y al Derecho comparado⁷⁹; o a posibles riesgos para la posible descendencia, debido a que el riesgo no se da siquiera en todos los casos y a que equivaldría a considerar la vida de una persona con defectos congénitos como algo indeseable⁸⁰; o a la protección del honor y la familia, puesto que castiga sólo a hermanos biológicos, mientras que otras conductas que lesionarían por igual la estabilidad familiar, como las relaciones entre hermanos adoptivos, son atípicas⁸¹. El voto particular introduce además argumentos que se basan en la inidoneidad de la pena, puesto que según un informe con el

La sentencia se limitaba en realidad a decidir sobre la legitimidad constitucional de la segunda parte del segundo apartado, es decir, la prohibición de incesto entre hermanos, que fue precisamente en lo que consistió el caso que dio lugar al recurso ante el Tribunal constitucional federal.

72 Cfr. *Ibid.*, párrafos 3 a 14.

73 Cfr. *Ibid.*, párrafos 15 a 17.

74 Ciertamente es que reconoce también críticas puntuales a la penalización, sobre todo por parte de la Doctrina, siendo la de especial mención la del *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil (Proyecto alternativo de Código penal. Parte especial)*, de 1968, pp. 59-57.

75 Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07 de 26 de febrero de 2008, párrafo 19. Se hace referencia a la *Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (Primera Ley de Reforma del Derecho penal)* de 25 de junio de 1969.

76 Cfr. *Ibid.*, párrafo 31.

77 Cfr. *Ibid.*, párrafo 42.

78 Cfr. *Ibid.*, párrafo 49.

79 Cfr. *Ibid.*, párrafo 81.

80 Cfr. *Ibid.*, párrafos 83 y 85.

81 Cfr. *Ibid.*, párrafos 92 a 94.

que trabajó el Tribunal, el incesto se da en familias que ya están previamente desestructuradas⁸².

Este caso, la sentencia y el voto particular, demuestran que el debate sobre el incesto, pese a que la norma penal se aplica en pocos casos, no es meramente teórico. Además de tener consecuencias para la libertad, potencial o actual, de un cierto número de ciudadanos, se trata también de una cuestión que atañe al propio concepto y fin del Derecho penal. Sobre ello volveremos en las conclusiones.

Por su parte, el Art. 564 del Código penal *italiano* castiga a quien «comete incesto con un descendiente o con un ascendiente, o con un afín en línea recta, o bien con una hermana o un hermano» con la prisión de uno a cinco años (apartado primero) o de dos a ocho años en el caso de «relación incestuosa» (apartado segundo). El tercer apartado prevé una agravación para el mayor de edad que comete incesto con un menor de edad y el cuarto añade a las consecuencias jurídicas la pérdida de la patria potestad o de la tutela legal sobre la víctima del condenado por este delito.

A pesar de que no queda definido el «incesto», la diferenciación en términos de pena entre si se ha cometido una relación o no, permite suponer que, como en Colombia, el acceso carnal no es estrictamente necesario. Quizá para evitar esta evidente falta de taxatividad, el artículo prevé un elemento restrictivo de la punibilidad —condición objetiva de punibilidad para algunos y resultado típico para otros—: del incesto debe derivarse «escándalo público».

Tanto esta exigencia de «escándalo público» como el hecho de que las relaciones prohibidas no sean necesariamente entre parientes consanguíneos, hace pensar que el fundamento de la punición no descansa en el ordenamiento jurídico penal italiano, como en el alemán, en motivos biológicos, sino en la protección de la moralidad pública y de la estabilidad de la familia⁸³.

Esta es también la opinión del Tribunal Constitucional italiano, que en una decisión del año 2000 consideró la penalización del incesto conforme a la Constitución italiana⁸⁴ y estableció que el legislador tiene la libertad de regular las relaciones sexuales o afectivas entre miembros de una familia con el objeto de evitar perturbaciones de la vida familiar, con el límite de la «manifiesta arbitrariedad», y que —en nuestra opinión, de forma incoherente— la exigencia de escándalo público es un límite a la intromisión del poder público en la vida íntima de la familia.

82 Cfr. *Ibid.*, párrafo 106.

83 Ya Carrara encontraba difícil hallar un bien jurídico ofendido por el solo incesto, sin otras circunstancias.

84 Sentencia de la *Corte costituzionale* n° 518/2000, de 15 de noviembre de 2000: redactada por Zagrebelsky y publicada en *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 994 y ss. El juez que remitió la cuestión de inconstitucionalidad —la cual fundamentó en razones de irracionalidad de la penalización, desproporcionalidad de la pena y violación de principio de reeducación de la pena— se encontraba ante un caso de relaciones entre un suegro y su nuera (afines en línea recta).

Por último, en *España* el incesto fue despenalizado en 1978. Sigue existiendo, eso sí, una circunstancia agravante por parentesco para los delitos sexuales con independencia de la condición de menor de edad del sujeto pasivo. Es decir, el incesto es castigado únicamente si se comete como circunstancia de un acto sexual ya de por sí delictivo⁸⁵.

En este país la codificación decimonónica no heredó la penalización del incesto de los antecedentes históricos ya vistos hasta el Código penal de 1848, el cual incluía el incesto como una forma de estupro⁸⁶. Ya Pacheco señaló la falta de identidad entre ambas conductas, y entrando en materia expuso de forma un poco ambigua: «apruebo de todo punto esta prudencia del Código [de no prever castigos severos para el incesto]. Que la religión contenga tales acciones, que las reprima con su divino poder el confesionario, nada nos parece más justo ni más natural. Pero la ley debe prescindir de ellas, y no causar por su acción escándalos mayores que los que quieran corregir. Este pudor de las leyes es de buen efecto en la sociedad, que algunas veces se desmoraliza más con el ejemplo que con la prudencia. Basta lo que se dice en este artículo. Lo demás, o es harto improbable, o no debe ser castigado por penas especiales entre los hombres»⁸⁷.

De los códigos posteriores, sólo el de 1928 castigará el incesto como delito autónomo, cometido «por ascendientes con descendientes, afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos», mientras que el de 1944 retomaría la penalización del incesto como «estupro con su hermana o descendiente», que continuaría en el Art. 434 del texto refundido de 1973.

Como ya se adelantó, fue la Ley 46/1978, de 7 de octubre⁸⁸, la que modificó el Art. 434 del Código penal de 1971, surgiendo un nuevo tipo legal en el que no se sanciona el incesto cometido entre adultos que consienten, sino que se tiene en cuenta el parentesco («ascendiente o hermano») como circunstancia agravante del estupro⁸⁹.

85 Art. 192.2 CP español: «Los ascendientes [...] que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior».

86 Art. 366 CP español de 1848.- «El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veinte y tres, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o la guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. | En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana, o descendiente, *aunque sea mayor de veinte y tres años*» (cursivas añadidas).

87 Cfr. JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *El Código penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000 [original de 1848].

88 Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto (BOE núm. 243, de 11 de octubre de 1978, p. 23604).

89 Sobre el antiguo «estupro incestuosos», v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 409; VIVES ANTÓN/ BOIX REIG y otros, *Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch*, Valencia, 1993, p. 647.

Por su parte, la figura del estupro consistía en el acceso carnal mediante prevalimiento de una condición de superioridad sobre un sujeto pasivo de edad comprendida entre los doce y dieciocho años. A partir del nuevo Código penal de 1995 desaparece el delito de estupro, pero permanece, como ya vimos, el prevalimiento del parentesco como circunstancia agravante de los delitos sexuales.

3. Teorías sobre el origen de la evitación del incesto en las ciencias sociales

La Antropología social y cultural ha mostrado que el matrimonio entre los miembros del mismo grupo doméstico está ampliamente prohibido en todas las sociedades humanas: las personas deben casarse fuera de su grupo y no dentro, es decir, se prescribe la exogamia y se prohíbe la endogamia⁹⁰. Ciertas modalidades de endogamia, como el matrimonio entre padre e hija o madre e hijo, están prohibidas universalmente, estando también extensamente prohibido el matrimonio entre hermano y hermana, pero se han registrado algunas excepciones a esta segunda regla⁹¹.

Igualmente extendidos están tanto el interés científico hacia el incesto, su origen, significado y violación, como el reconocimiento de la ausencia de explicaciones satisfactorias⁹². Así, a lo largo de la historia de la ciencia y la literatura, el incesto ha constituido un tema recurrente, y es importante también en esta sede atender a este interés porque muchas de las motivaciones jurídicas de la penalización del incesto tienen su fuente en dicho desarrollo histórico.

Fue el análisis de McLennan sobre la exogamia y la endogamia el que dio comienzo a la discusión en torno al origen de la prohibición universal del incesto⁹³. En su obra *Primitive marriage*⁹⁴ dedujo, a través de la observación etnológica de las costumbres

Hubo quien pidió de *lege ferenda* la reintroducción del incesto como delito autónomo, p.ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial*, 10ª ed., rev. por SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1987, pp. 193 y ss.

90 Por toda la literatura antropológica, v. MARVIN HARRIS, *Antropología cultural*, (trad. de la 2ª ed. original), Alianza, Madrid, 1990, p. 204.

91 Sobre la prohibición universal de matrimonio en ascendiente y descendiente, v. MARVIN HARRIS, *Antropología cultural*, cit., p. 204; LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of Incest", en *American Anthropologist*, v. 50, nº 3, 1948, pp. 428-429.

El incesto entre hermano y hermana estuvo permitido en el Egipto romanizado, en Hawaii y en el Imperio inca. Sobre el primero de los casos, v. BRENT D. SHAW, "Explaining Incest: Brother-Sister Marriage in Graeco-Roman Egypt", en *Man*, nº 27, pp. 267-299, o ANISE K. STRONG, "Incest Laws and Absent Taboos in Roman Egypt", en *Ancient History Bulletin*, 2005, 19.1-2, pp. 31-41. Sobre Hawaii y el Imperio inca habla R.H. ROWIE, *An Introduction to Cultural Anthropology*, 2ª ed., Nueva York, 1940, p. 233.

92 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., pp. 416 y 420

93 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, Siglo XXI, Madrid, 2008 [1968], p. 171.

94 La obra de McLENNAN, *Primitive Marriage: An Inquiry into the Origin of the Form of Capture in Marriage*

de los pueblos «primitivos», que en la prehistoria del hombre se prefirió criar a varones, más aptos para la caza y por lo tanto más útiles para el grupo, que a mujeres. Como resultado, las niñas fueron desatendidas, cuando no simplemente eliminadas, con lo que la ratio de la población femenina descendió. A consecuencia surgió, sigue deduciendo, la poligamia y la exogamia, en la forma de raptos y acumulación de mujeres de otros clanes. El concepto de matrimonio —equivalente a tener bajo su poder a una mujer raptada— se asoció a que la mujer proviniese de otro clan⁹⁵.

Algunos años más tarde se publicaría la seminal obra *Ancient Society* del antropólogo americano Lewis H. Morgan, uno de los precursores de la ciencia antropológica⁹⁶. Morgan situaba a la familia «consanguínea» —caracterizada por las relaciones entre parientes cercanos— como la primera de cinco formas de familia por las que sucesivamente habría pasado la evolución sociocultural⁹⁷. La causa a la que Morgan atribuyó el abandono de la práctica del incesto entre hermanos fue el reconocimiento de los efectos biológicos perniciosos de tal práctica, lo cual entronca con muchas teorías que siguen siendo defendidas hoy en día.

Sin embargo, la posición de Morgan es susceptible de críticas. Por ejemplo, White informa de cómo la unión entre consanguíneos sólo potencia la herencia genética, no la degenera, dependiendo ello de la calidad de los genes que se ven potenciados, o de que siendo posible que muchas tribus no hayan sido conscientes de los mecanismos biológicos relacionados con la reproducción humana, es aún más improbable que hayan podido identificar el factor del parentesco entre quienes se reproducían como causa de los efectos perniciosos sobre la descendencia⁹⁸. También

Ceremonies, Edimburgo, Adam and Charles Black, 1865 es un ejemplo de la antropología social de la época, producida desde un gabinete con los informes que presentaban exploradores y aventureros, o naturalistas, como en este caso, Alexander von Humboldt.

- 95 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., pp. 168-169. En ediciones posteriores de su obra reforzó la teorización del nexo causal entre raptos de mujeres y prohibición del incesto acudiendo a la idea de que las bandas que tuviesen un mismo origen totémico consideraban un deber sagrado el no raptar mujeres entre sí, es decir, en no tomar mujeres de bandas con una ascendencia común como esposas (Ibid., p. 169).
- 96 LEWIS H. MORGAN, *Ancient Society*, MacMillan & Company, Londres, 1877.
- 97 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., p. 172. Esta teoría de la evolución de la familia es recibida directamente por ejemplo, por LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal Colombiano. Parte especial*, cit., pp. 562 y ss.
- 98 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and prohibition of incest", cit., p. 417. Este Autor pone a Cleopatra como ejemplo de personaje histórico que, a pesar de ser producto de ocho generaciones incestuosas, no es un individuo que sufre trastornos genéticos, sino que al contrario, es de particular belleza. Como posible explicación de la degeneración descrita en los hijos de parientes cercanos expone que son las personas que ya sufren algún tipo de problema físico o psíquico, las marginadas, las que tienen mayores probabilidades de romper un tabú tan fuerte como el del incesto.

Harris critica a la posición de Morgan que no explique el surgimiento de la evitación del incesto entre madre e hijo o padre e hija⁹⁹.

El otro gran filón teórico está constituido por quienes ven en la evitación del incesto el producto de un instinto. El llamado «efecto Westermarck» consistiría en «la aversión por parte de los individuos a la unión sexual con otros individuos con los que han convivido»¹⁰⁰. Pero, de nuevo nos sumamos a las críticas vertidas por White: si la evitación del incesto fuera producto de un instinto, no habría existido necesidad de su prohibición como tabú, puesto que los individuos lo habrían evitado de forma natural o, precisamente, instintiva; además, esta explicación tampoco arroja luz sobre por qué las relaciones que son consideradas incestuosas difieren entre una cultura y otra¹⁰¹.

Tanto White como Harris coinciden en que fue Edward B. Tylor el que dio un salto cualitativo, centrándose en la ventaja cultural, no biológica, que suponía la prohibición del incesto¹⁰². El autor británico señaló las ventajas culturales de la exogamia, considerando el valor de la misma para la supervivencia del grupo derivado de la mayor fortaleza de éste por la construcción de alianzas. «La exogamia, que permite que una tribu en permanente crecimiento se mantenga unida gracias a los repetidos matrimonios entre sus clanes, cada vez más dispersos, permite a la vez a esa tribu vencer y someter a los grupos endógamos, pequeños, aislados e indefensos. En la historia del mundo, las tribus salvajes han debido enfrentarse una y otra vez con la misma y simple alternativa práctica entre casarse con extrañas o matarse con extraños»¹⁰³.

Tampoco debe ser infravalorada la contribución al debate por parte de Sigmund Freud, sobre todo en *Totem y Tabú*, su obra más antropológica¹⁰⁴. El tabú del incesto habría sido un pacto que hicieron los hermanos de no tomar a las mujeres de su padre (tanto la esposa del padre, su madre, como las hijas del padre, sus hermanas), sino de buscarlas fuera, después de que una lucha con el padre por ellas hubiese causado

99 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., p. 172.

100 Cfr. EDWARD A. WESTERMARCK, *The History of Human Marriage*, Nueva York, Macmillan, 1894, p. 546. Se han aducido varios estudios empíricos a favor de la tesis de Westermarck: a) los muchachos y muchachas criados juntos en las guarderías de los *kibbutzim* israelíes rara vez mantienen relaciones sexuales o se casa entre sí una vez llegados a la edad adulta, y b) los matrimonios taiwaneses que son resultado del sistema «adoptar una hija, casarse con una hermana», en los que marido y mujer se crían juntos, tienen menos hijos y unas tasas de adulterio y divorcio más altas. (Para la exposición y crítica de estos estudios, v. MARVIN HARRIS, *Antropología cultural*, cit., pp. 204-205).

101 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., pp. 416 y 420.

102 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., p. 172; LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., pp. 422-423.

103 Cfr. EDWARD B. TYLOR, "On a Method of Investigating the Development of Institutions, Applied to the Laws of Marriage and Descent", en *Journal of the Anthropological Institute*, n° 18, 1888, p. 267.

104 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., p. 419.

la muerte de éste. «La prohibición del incesto tiene (...) un fundamento fuertemente práctico. La necesidad sexual no une a los hombres; los separa (...) Así, los hermanos no tuvieron otra opción, si querían vivir juntos, que la de erigir la prohibición del incesto»¹⁰⁵. Freud insiste en «hasta qué punto la cultura está construida sobre la renuncia a las gratificaciones instintivas (...) Esta 'privación cultural' domina todo el campo de las relaciones sociales entre los seres humanos», concluyendo que «el primer resultado de la cultura fue que un gran número de seres humanos pudo vivir en comunidad», que «uno de los principales logros (sic) de la cultura es unir a hombres y mujeres en unidades mayores»¹⁰⁶.

El verdadero giro coperniquiano que supuso la teoría freudiana fue desterrar los análisis antropológico-psicológicos que intentaban explicar la evitación del incesto como un instinto del ser humano¹⁰⁷. Freud propuso todo lo contrario: el instinto es el incesto, no su evitación: ésta ha sido impuesta, sobre el instinto natural, por la cultura o civilización. Ello explicaría por qué existen casos de incesto a pesar de la prohibición y por qué existe la propia prohibición, dado que un comportamiento instintivo no habría sido necesario imponerlo mediante la coacción.

De Tylor y de Freud parte Leslie A. White¹⁰⁸: a pesar de reconocer que el tabú sobre el incesto antecede a la organización social en clanes, coloca su origen en la propia unidad familiar¹⁰⁹. «Con la exogamia se encontró la manera de unir unas familias con otras y la evolución social humana inició su carrera»¹¹⁰. Como Freud, piensa que el ser humano se siente atraído sexualmente hacia aquellos que tiene a su alrededor¹¹¹, lo cual no es una desventaja cuando la organización social no excede de la familia con base reproductiva, pero con la aparición del lenguaje articulado las posibilidades se extienden a crear grupos plurifamiliares, para lo cual se crea la prohibición del incesto como «fuerza centrífuga» que contrarresta el carácter centrípeta de las relaciones incestuosas¹¹². Esta teoría explicaría la consideración de los matrimonios como

105 Cfr. SIGMUND FREUD, *Totem and Taboo*, Moffat, Yard & Company, Nueva York, 1919, p. 237 [original *Totem und Tabu*, 1913].

106 Cfr. SIGMUND FREUD, *Civilization and Its Discontents*, Nueva York, 1931, pp. 63, 68 y 72, respectivamente [original *Das Unbehagen in der Kultur*, 1929].

107 Cfr. SIGMUND FREUD, *Totem and Taboo*, cit., p. 205

108 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., p. 423.

109 Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., p. 172-173.

110 Cfr. LESLIE A. WHITE, *The Science of Culture.*, Nueva York, Grove Press, 1949, pp. 316 y ss.

111 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., p. 424.

112 Cfr. *Ibid.*, p. 425.

acuerdos entre familias e instituciones como el levirato, el sororato, la dote, el precio de la novia, etc. El incesto tuvo un origen social o cultural, no psíquico, ni biológico¹¹³.

También otro autor clásico de la Antropología, Bronisław Malinowski, hizo su contribución sobre el problema del tabú del incesto. Pero, en lugar de hacer hincapié en los valores positivos que surgirían de las alianzas formadas como consecuencia de la obligación de exogamia, insiste en la discordia que el ejercicio sin restricciones de los apetitos sexuales introduciría en un pequeño grupo de parientes. Reproducimos íntegramente un párrafo de su obra por entender que el eco del mismo resuena todavía, como ya hemos visto y veremos todavía, en la mente de los legisladores y los tribunales constitucionales:

«El impulso sexual tiene en general una fuerza sobrecogedora y es socialmente perjudicial, no puede entrar en un sentimiento previamente existente sin producir un cambio revolucionario en el mismo. El interés sexual es por ello incompatible con cualquier tipo de relación familiar, tanto parental como fraternal (...). Si se permitiese que la pasión erótica invadiese el recinto del hogar, ello no establecería únicamente celos y elementos de competición y desorganización en la familia, sino que subvertiría los más fundamentales lazos de parentesco sobre los que se funda el desarrollo posterior de toda relación social (...). Una sociedad que permitiese el incesto no podría desarrollar una familia estable; estaría por ello privada del fundamento más importante del parentesco, y ello en una comunidad primitiva significaría la ausencia de orden social»¹¹⁴.

No se puede concluir este somero repaso de las teorías más importantes sobre el incesto sin mencionar *Las estructuras elementales del parentesco* del recientemente fallecido Claude Lévi-Strauss, a pesar de no poder dejar de reconocer que su obra en este aspecto va en la misma línea seguida por Tylor, Freud y White, aunque sin compartir el reconocimiento de la importancia que tuvo para la consolidación del tabú del incesto sus ventajas para la supervivencia del grupo¹¹⁵. El antropólogo francés sitúa en la prohibición del incesto el nacimiento de la cultura, la frontera entre lo natural y lo cultural, lo que hace del ser humano algo más que un animal. Así, partiendo de la teoría del *don* de la tradición sociológica francesa de Durkheim y Mauss, el tabú del incesto no constituiría tanto una prohibición, sino una obligación de dar las mujeres de uno a otro hombre, constituyendo con ello la sociedad civil, más allá del natural grupo familiar, en el que naturalmente se da el incesto: «A partir del momento en que me prohíbo a mí mismo el uso de una mujer, que así se convierte en disponible para otro

113 Cfr. *Ibid.*, pp. 425-426.

114 Cfr. BROINSTAW MALINOWSKI, voz *Culture* en la *Encyclopedia of Social Sciences*, vol. IV, 1930, p. 630.

115 Clarificadoras son las páginas que dedica a la teoría y antecedentes de Lévi Strauss, MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica*, cit., pp. 424 y ss.

hombre, hay en algún sitio un hombre que renuncia a una mujer, que de este modo resulta disponible para mí»¹¹⁶.

Pero es apartándose de Lévi-Strauss y de las explicaciones biologicistas o puramente psicológicas y volviendo a la explicación cultural de White, como se parece estar más cerca del verdadero origen del tabú del incesto, el cual llegó a juridificarse como delito.

White afirma que de la comparación de culturas «primitivas» con la nuestra se pueden extraer argumentos favorables para su postura: el incesto es castigado con mayor severidad en sociedades primitivas (normalmente con la muerte). La razón es que en el primer tipo de sociedades los lazos personales y de parentesco eran más importantes que en las sociedades avanzadas. «El pequeño grupo de solidaridad era una unidad social de gran importancia en la lucha por la seguridad. La mera supervivencia del grupo dependía en gran parte de las alianzas formadas por la exogamia. En las culturas avanzadas la situación es diferente. La sociedad ya no está basada en lazos de parentesco, sino en relaciones de propiedad y en distinciones territoriales. El Estado Político ha remplazado a la tribu y al clan. Los grupos profesionales y la organización económica resultan también bases importantes de la vida social. La importancia de la exogamia ha disminuido mucho y las penas por el incesto resultan menos severas»¹¹⁷.

Es éste un buen punto de partida para discutir las razones para la despenalización del incesto.

4. Exposición y crítica de los argumentos propuestos para la penalización del incesto: la moral sexual, la salud de la estirpe y la protección de la familia

Más allá de las explicaciones científicas sobre las causas del surgimiento del tabú del incesto, su represión por parte del poder estatal ha sido legitimada ideológicamente a lo largo de la historia desde la cultura jurídica con una multiplicidad de argumentos: desde lo pragmático de su consideración como obstáculo a la celebración de matrimonios válidos, dado que el afecto incestuoso, que no puede acabar en matrimonio, evita otro afecto que sí pudiera alcanzar tal fin¹¹⁸, hasta la más mera y simple consideración del incesto como ofensa a la religión¹¹⁹.

116 Cfr. CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires du parenté*, París, Presses Universitaires de France, 1949, p. 65.

117 Cfr. LESLIE A. WHITE, "The Definition and Prohibition of incest", cit., p. 432.

118 La idea es de Carmignani, citado por CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, § 2002.

119 Para la Iglesia católica, «incesto es la relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio (Cfr. Lv 18, 7-20). San Pablo condena esta falta particularmente grave: "Se oye hablar de que hay inmoralidad entre vosotros [...] hasta el punto de que uno de vosotros vive con la

Cercanas a este tipo de fundamentaciones dogmático-religiosas están aquellas que apelan a la *moral social*. Ya Binding decía que el incesto estaba prohibido porque «ataca la moral y principios de derecho natural, con grave escándalo para la comunidad y con el peligro de engendrar seres degenerados o tarados».

En esta línea argumental no es necesario detenerse mucho, puesto que la propia Corte Constitucional ha admitido que la moral sexual no puede ser motivo suficiente por sí sola para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos¹²⁰.

Un segundo motivo alegado es el de la protección de la potencial descendencia de una relación incestuosa respecto a posibles riesgos para su salud física o mental derivados de una supuesta mayor probabilidad de desórdenes de origen genético en estos casos, esto es, la protección de *la salud de la estirpe*. Un ejemplo de una idea muy extendida: la práctica del incesto «puede producir enfermedades mentales, ceguera, sordomudez, albinismo, seres defectuosos, etc. La relación sexual entre parientes es factor de degeneración sexual de la familia y de la estirpe. La Eugenesia, como rama que se preocupa del mejoramiento de la raza, del engendramiento, está en contra de las relaciones incestuosas»¹²¹.

Con ello no sólo se pretende proteger a esa potencial descendencia, sino en general, *la salud genética de la población*, puesto que se entiende que una generalización de las relaciones incestuosas –fenómeno que de acuerdo con los apologetas de la prohibición parecería ser consecuencia necesaria de la despenalización del incesto– conllevaría una degradación progresiva de la carga genética de generaciones posteriores.

Hay que partir de una posición honesta: el apareamiento entre parientes consanguíneos no conlleva necesariamente defectos genéticos en los descendientes, sino un incremento en la homocigosis¹²², es decir, un aumento de la presencia de alelos idénticos de un gen en ambos cromosomas homólogos. Dicho fenómeno tiene efectos divergentes: si los alelos codifican un defecto congénito, este producirá descendencia con defectos congénitos, pero no será así en el caso contrario, antes

mujer de su padre. [...] En nombre del Señor Jesús [...] sea entregado ese individuo a Satanás para la destrucción de la carne...” (1 Co 5, 1.4-5). El incesto corrompe las relaciones familiares y representa una regresión a la animalidad». (Cfr. Catecismo de la Iglesia católica, numeral 2388).

No hace falta extenderse mucho en los argumentos que demuestran que la moral puramente religiosa no puede ser en sí un interés protegido legítimamente por la ley penal: Colombia es, respecto a la religión, un Estado secular de acuerdo con el Art. 19 de su Constitución política (Cfr. CABALLERO SIERRA / ANZOLA GIL, *Teoría Constitucional*, Bogotá, Temis, 1995, p. 181).

120 Sin embargo, la sentencia, de la que daremos cuenta más adelante, continúa, dado que el ponente nos relata (punto 9) como «el coponente propuso que se completara la parte motiva con una referencia para él ineludible, a la moral pública como límite al libre desarrollo de la personalidad». Y sigue: «Como su propuesta obtuvo la mayoría de votos (5-4) se inserta, finalmente, su argumentación».

121 Cfr. HERNÁN SILVA SILVA, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

122 Cfr. FRANK B. LIVINGSTONE, “Genetics, Ecology, and the Origins of Incest and Exogamy”, en *Current Anthropology*, 10, 1969, pp. 45–62.

bien, puede reforzar características innatas positivas de los progenitores. Los efectos a largo plazo también son distintos y en cualquier caso, dependen de las posibilidades de supervivencia y reproducción de la eventual descendencia nacida con defectos congénitos¹²³.

Pero yendo más allá, y aunque este riesgo fuese cierto, que no lo es, no se puede dejar de hacer esta consideración: la implementación de una política (supuestamente) eugenésica a través de la ley penal es profundamente contraria al libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo, a la potencial dignidad humana de los seres humanos productos de dicha relación, aunque sean portadores de defectos congénitos.

Por último, si la salud de la estirpe fuese realmente un bien jurídico digno de la tutela penal, habría que excluir de cualquier modo, de las conductas típicas de incesto, en aplicación del principio de lesividad o antijuridicidad material, algunas conductas que son inidóneas para lesionar o poner en peligro dicho supuesto bien jurídico: por ejemplo, relaciones entre parientes por adopción, que no comparten carga genética; entre parientes del mismo sexo; entre parientes de los que al menos uno es fisiológicamente incapaz de reproducirse. Y entre parientes consanguíneos habría que excluir también los actos distintos al acceso carnal¹²⁴ o, incluso, las relaciones en las que utilicen medios anticonceptivos.

La propuesta mejor fundamentada no es pues ni la moral sexual ni la salud de la estirpe, sino la *protección de la familia*. Vicente Arenas comenta que la «familia es una institución independiente del individuo y de la sociedad e intermedia entre éstos, con intereses jurídicos propios»¹²⁵, concluyendo que «no cabe la menor duda de que el bien jurídico tutelado con el delito de incesto es la familia, y entre éstos lo clasifican muchas legislaciones»¹²⁶. Así pues, se acepta que el incesto no lesione intereses ni particulares ni de la comunidad, pero a pesar de ello pueda y deba ser penalizado porque lesiona intereses de la familia.

La fuerza de este argumento parte de la propia Constitución, que establece la familia como «institución básica» (Art. 5) y «núcleo fundamental» de la sociedad (Art. 42). Y es por ello por lo que la Corte Constitucional se basó en la protección de la familia y de la solidaridad social que debe existir entre sus miembros para declarar la exequibilidad del Art. 259 CP¹²⁷. En su sentencia, la Corte Constitucional ha declarado

123 Cfr. NANCY THORNHILL, *The Natural History of Inbreeding and Outbreeding*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

124 Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 315-318.

125 Cfr. VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código penal colombiano. Parte especial*, cit., p. 106.

126 Cfr. *Ibid.*, pp. 411-412.

127 Sentencia de la Corte Constitucional C-404/98, de 10 de agosto de 1998, a la que hacíamos referencia anteriormente.

que la prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad puesto que «persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia –y cada uno de sus miembros- e instituciones sociales – como los sistemas de parentesco- de innegable importancia».

En ello la Corte siguió las intervenciones del Defensor del Pueblo¹²⁸, el Ministro de Justicia y del Derecho¹²⁹, el Fiscal General de la Nación¹³⁰ y el Procurador General de la Nación¹³¹, e igualmente las respuestas de algunos de los expertos a los que se solicitó concepto especializado¹³².

De hecho, la Corte no sólo declara la exequibilidad de la penalización del incesto, sino que lanza la idea de que la supuesta protección brindada por la misma sería

128 Según el Defensor del Pueblo, recibiendo algunas de las teorías antropológicas ya vistas, los comportamientos erótico-sexuales entre personas unidas por lazos de parentesco consanguíneo o legal comprometerían su «existencia, conservación y desarrollo». El matrimonio heterosexual con hijos sería la forma más avanzada, y por ello más estable, del desarrollo social: «partiendo de un estado de promiscuidad absoluta, propia de los primeros tiempos, (...) se ha llegado a la forma de sociabilidad más elevada conocida hasta el momento: el de la pareja, y en torno a ella, la de la familia nuclear, esto es, la conformada por padres e hijos».

129 Igualmente el Ministro, aunque su intervención estaba impregnada también de consideraciones de tipo puramente moral: «las relaciones sexuales entre miembros de una familia pueden menoscabar la honra y dignidad del ambiente al interior de la misma [la familia] (...) siendo razonable y proporcionado el hecho de que se penalice la comisión de esta aberrante y desviada conducta [el incesto]».

130 El Fiscal General insiste: la conducta incestuosa «constituye un acto antisocial, que desintegra la familia y por ende, a la sociedad». Es precisamente la protección de la familia prevista en el Art. 42 el límite legítimo al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

131 Y el Procurador General: «La injerencia del Estado en la familia encuentra fundamento en la necesidad de garantizar esta institución, considerada por la Carta como núcleo esencial de la sociedad. Teniendo en cuenta la importancia que el Constituyente y el Legislador reconocen a este grupo humano, resulta comprensible el interés de no limitar la regulación al ámbito privado, sino extenderla para darle consecuencias de orden público a las conductas desplegadas por quienes integran el núcleo familiar».

132 La socióloga Ligia Echeverry Ángel, preguntada por la Corte sobre la posibilidad de despenalizar el incesto, opina que no es conveniente retirar del ordenamiento la única norma que lo penaliza, pues se trata de una disposición que trata de proteger a la familia frente a los efectos anarquizantes de las relaciones erótico-sexuales entre familiares (de nuevo en herencia directa de Malinowski), a lo que su colega Virginia Gutiérrez de Pineda añade que es una conducta que quiebra la estructura familiar, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status y los roles de madre e hija y distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivas y sexuales entre los miembros de la familia (aquí vemos una tendencia más freudiana).

Interesante es la posición del psicoanalista Gustavo Ángel Villegas, que responde a la Corte que la prohibición del incesto tiene como razón de ser el evitar el aislamiento de la familia: «en efecto, descartada la hipótesis de los daños genéticos del incesto, o la de Havelock Ellis sobre la ausencia de atracción sexual entre los miembros de una familia, o la de Malinowski sobre el trastorno de la estructura interna de la familia, lo más admitido hoy en día es la teoría de Claude Levi-Strauss, para quien la prohibición del incesto es una precaución, no contra el desorden interno de la familia, sino para evitar que se aisle de los demás núcleos familiares». Como hemos visto, es de justicia hacer remontar esta visión a Tylor, antes que a Levi-Strauss.

incompleta, dando a entender que también la relación entre padrastro e hijastro debería estar contemplada en el tipo penal¹³³. Es también sintomático que no sólo la Corte, sino el resto de las Instituciones que han intervenido y los profesionales que han dado su opinión, aun con distintas fundamentaciones, aboguen todos por la penalización del incesto incluso en casos entre adultos que libre y válidamente consienten¹³⁴.

5. Conclusiones

Todos los partidarios del garantismo penal y del Estado Social y Democrático de Derecho comparten que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos respecto de su lesión o puesta en peligro cierto: «la aplicación de una pena sólo será posible si se constata la lesión o el peligro inminente hacia un bien jurídico valioso»¹³⁵.

Si la norma penal no protege un bien jurídico, su función está reducida probablemente a la protección de una cierta norma moral o de la mera inercia cultural, o, como en el caso del incesto, de un tabú. Esta es la opinión, por ejemplo, de Roxin: «la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas»¹³⁶.

Pero no hay que olvidar además que la protección de un bien jurídico es una condición necesaria, pero no suficiente, de la legitimidad de la intervención penal. El recurso al Derecho penal debe limitarse sólo a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, de acuerdo con el principio de intervención mínima¹³⁷.

Por ello, es posible que no se pueda contestar a la Corte la irrelevancia constitucional de la familia como bien jurídico, expresamente contemplado en el texto constitucional, pero sí que las relaciones incestuosas no suponen un ataque a ésta, es decir, su lesión o puesta en peligro cierto, y también que la familia, aunque se llegase a considerar lesionada o puesta en peligro por la conducta incestuosa, no es siempre y en todo caso un bien jurídico de mayor relevancia constitucional que el libre desarrollo de la personalidad.

133 Cfr. Sentencia C-404/98, punto 9.

134 Es honrosa excepción la de la psicóloga Margarita Sierra de Jaramillo, llamada por la Corte en el proceso que dio lugar a la Sentencia C-404/98, que opinó que «la despenalización del incesto debe hacerse sólo en casos especiales, como cuando las relaciones se dan entre adultos con plena conciencia y capacidad de autodeterminarse».

135 Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal colombiano. Parte general*, cit., p. 84.

136 Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., pp. 52-53.

137 Cfr. FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal colombiano. Parte general*, cit., p. 86.

En primer lugar, si se considera que la familia es el bien jurídico protegido, se está configurando el incesto como un delito de peligro abstracto, puesto que se presume que su mera comisión lesiona o pone en peligro la estabilidad de la familia, sin necesidad de probar dicha lesión o puesta en peligro. El legislador parece partir, con Malinowski, de la presunción inatacable de que las relaciones sexuales entre parientes arruinan necesariamente la estabilidad de la familia.

En segundo lugar, como adelantábamos, cabe aducir razones contra la necesidad de la penalización: que quienes practican el incesto dejasen de estar amenazados con una pena por parte del Estado no supondría, como parecen temer algunos de los expertos consultados por la Corte, que una caterva de potenciales desviados celebraran dicha decisión del legislador dejándose llevar por sus impulsos lascivos. Para probar la simplicidad de este temor basta asomarse a cualquiera de los ejemplos dados anteriormente y comprobar que el incesto, al ser igualmente un tabú cultural allí donde la ley no lo castiga, es tan evitado como en aquellos países en los que se penaliza.

La diferencia entre los ordenamientos en los que se castiga penalmente el incesto y los que no, derivada también de la violación del principio de intervención mínima, es la innecesaria coerción de la libertad de los pocos hombres y mujeres que, por los motivos que sean, se atreven a vulnerar un tabú cultural tan arraigado. Hablar de la penalización del incesto entre adultos que consienten es hablar de casos como el de Patrick S., que dio lugar al recurso de inconstitucionalidad en Alemania, sobre el que Hassemer, el magistrado discrepante en aquella ocasión, escribió que «quien sufre un castigo por incesto se ve afectado en un aspecto central de su desarrollo vital, lo cual puede tener para esta persona un alcance profundo y duradero»¹³⁸.

Por todos los motivos dados en las páginas precedentes, castigar no es necesario en los casos de incesto entre adultos que consienten, y como se dijo hace doscientos cincuenta años: «toda pena que no se derive de absoluta necesidad es tiránica»¹³⁹.

138 Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, numeral 128.

139 Cfr. CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Turín, 1994, p. 12, que cita a Montesquieu.