

El incesto desde lo jurídico: primeras impresiones de una investigación en curso

Por

María Victoria Santangelo

“Desde el punto de vista del sur, el verano del norte es invierno. Donde los hindúes ven una vaca sagrada, otros ven una gran hamburguesa. Desde el punto de vista de Hipócrates, Galeno, Maimónides y Paracelso, existía una enfermedad llamada indigestión, pero no existía una enfermedad llamada hambre.

Desde el punto de vista de sus vecinos del pueblo de Cardona, el Toto Zaugg, que andaba con la misma ropa en verano y en invierno, era un hombre admirable:

-El Toto nunca tiene frío -decían.

Él no decía nada, frío tenía, lo que no tenía era un abrigo...”

“Miradas” de Eduardo Galeano

Sumario: 1. Palabras introductorias. 2. Algunas cuestiones de la interdisciplina en el Derecho de familia. 3. El trabajo interdisciplinario en el proyecto. 4. El incesto desde el punto de vista jurídico. A. El incesto en el Derecho Civil: A.1. El parentesco como impedimento matrimonial. B. La filiación. Las categorías de hijos. Evolución legislativa en Argentina y en el Derecho Comparado. 6. El incesto desde el punto de vista del Derecho Penal. 7. A modo de conclusión.

1. Palabras introductorias

El presente trabajo se inserta en marco del proyecto de investigación en curso titulado: “El discurso jurídico ante el incesto: niñas y niños objeto de abuso sexual incestuoso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Dicho proyecto, coordinado por el Departamento de Investigación de UCES y a cargo de la Licenciada Julieta Calmels, tiene como objetivo general analizar de qué modo el discurso jurídico sobre el incesto se articula, o no, con procesos sociales más amplios vinculados con los modos en que nuestra sociedad se representa la infancia y la familia en un contexto de profundas transformaciones, en lo que hace a los procesos de transmisión e instauración de las leyes simbólicas estructurante de la cultura.

A partir de la propuesta del Departamento de Investigación de lograr un trabajo interdisciplinario del objeto de estudio, la Dra. Alejandra Mizzau y el Dr. José A. Consigli propusieron mi incorporación al proyecto como colaboradora aportando la visión desde el campo jurídico.

Aun cuando la investigación se encuentra en curso, podemos afirmar que el trabajo interdisciplinario logrado ha sido sumamente enriquecedor en todos los aspectos.

A título personal, deseo agradecer desde ya a las autoridades de la Universidad y principalmente a la Lic. Calmels, quien con su dedicación y conocimientos abrió las puertas de su propio territorio y permitió que exploremos la riqueza que esta fructífera producción conjunta posibilita¹.

2. Algunas cuestiones de la interdisciplina en el Derecho de Familia

Se ha dicho que la psicología y el Derecho comparten un interés similar por la comprensión, predicción y categorización de los vínculos humanos y una inquietud común al reconocer su complejidad y variancia².

Parece a todas luces imposible, en la actualidad, pensar que un conflicto familiar que requiera intervención de tipo jurídica pueda limitarse solamente a la mirada que pueda aportar la ciencia del Derecho.

Salvo contadas excepciones, aquellos profesionales del Derecho que intervengan, ya sea en calidad de juzgadores o abogados de las partes en temas de Derecho de Familia, requerirán el auxilio de otras disciplinas a fin de encauzar la conflictiva con eficacia.

La doctrina y la jurisprudencia actual, no solamente desde el Derecho de Familia sino también del Derecho Procesal, ponderan la importancia de la interdisciplina en la resolución de los conflictos familiares.

¹ En palabras de Jutoran, Sara: "En el área de las ciencias humanas, la interdisciplina ofrece la posibilidad de un creciente enriquecimiento profesional. Para que ello se concrete, es necesario abrir las puertas del propio territorio y permitirse explorar la riqueza que esta fructífera producción conjunta posibilita". En *Esparciendo las semillas. Un territorio para la interdisciplina*. En: Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.). *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grossman*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 107.

² López Faura, Norma, *Derecho y psicología: una articulación pendiente en los procesos de familia. La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grossman*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 121.

Se ha mencionado entre los principios que rigen el proceso de familia el de "la cooperación interdisciplinaria" que permite dotar al juez de los elementos necesarios para resolver con la mayor justicia del caso, para solucionar o *prevenir* el agravamiento o la extensión del conflicto³.

No solamente la eficacia de la solución se encuentra en juego.

El trabajo interdisciplinario evita el aislamiento propio que siente quien tiene que resolver un conflicto siendo juzgador o elegir un curso de acción ejerciendo una defensa técnica, sin contar con todos los elementos que integran el conflicto que se le presenta.

Ya Belluscio lo planteaba en el año 1989 postulando "*...la necesidad del auxilio de profesionales especializados, cuya actuación no siempre se adecua a las reglas procesales tradicionales referentes a la prueba pericial o instituciones similares que pueden actuar, según los casos, por especialidades o interdisciplinariamente*"⁴.

Es por ello que concordamos con las conclusiones de López Faura, quien sostiene que las exigencias del sistema jurídico posmoderno no comulgan con el enclaustramiento académico ni la inmovilización de disciplinas, más bien exigen encuentros, cooperación e intercambios que puedan dispersar una semente nueva. Es necesario un pensamiento jurídico que contextualice y totalice los conocimientos, especialmente cuando nos referimos al Derecho de Familia, atento que los conflictos que se generan son epifenómenos multidimensionales y de origen complejo⁵.

Así, concluye la autora citada que a cambio de un pensamiento jurídico que aísle y separe, necesitamos una nueva visión que distinga y una.

En síntesis, un análisis del conflicto que contenga ambas miradas y que ninguna excluya a la otra.

Con esa intención abordamos el desafío que la investigación que nos encontramos realizando propone.

³ Kielmanovich, Jorge L., *Procesos de familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, Cap. 1, p. 31.

⁴ Belluscio, Augusto C., *Especialización de los órganos judiciales familiares*, Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, 37 a 47.

⁵ López Faura, Norma, ob. cit., p. 132.

3. El trabajo interdisciplinario en el proyecto.

El proyecto investigación en curso tiene como objetivos el análisis de las "prácticas discursivas" (decir y hacer), la selección de las "regularidades discursivas", el análisis de las "condiciones de producción de los enunciados", tomando los enunciados formales e informales.

Para ello, se analizan las normas jurídicas que aluden a la problemática -actuales y derogadas-, el discurso de la doctrina y la jurisprudencia al respecto en el pasado y en el presente.

El trabajo de campo se encuentra circunscripto a la entrevista de diferentes actores relacionados con el objeto de estudio: principalmente miembros del poder judicial vinculados con el tratamiento de los diferentes casos que llegan a conocimiento de la justicia.

Las diferentes entrevistas permiten enfocar la problemática desde lo discursivo, en las cuales los funcionarios exponen las creencias que existen, los obstáculos que encuentran y falencias del sistema y la impresión respecto del tratamiento del tema a lo largo del tiempo.

Resulta también invaluable el análisis de expedientes judiciales relacionados con el objeto de estudio.

Durante el transcurso del trabajo de campo nos encontramos en todo momento intercambiando diferentes visiones propias de cada una de las disciplinas.

Cada una de las entrevistas requiere un trabajo conjunto de adaptación del cuestionario y un posterior debate de las impresiones frente a las respuestas.

La misma cuestión aconteció en los exámenes de los expedientes.

Ello, lleva a concordar con las palabras de Alterini quien sostiene que debe revalorizarse el acto de investigar como aquel destinado a introducir complejidad, no zanjar definitivamente la controversia sino que a menudo suele alimentarla y abrir nuevos horizontes de incertidumbre⁶.

En los puntos que siguen analizaremos el discurso jurídico del incesto desde el punto de vista estrictamente normativo.

⁶ Herrera, Marisa. ¿Una dupla compleja? Investigación y Derecho de Familia. *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grossman*, T. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 186. Alterini, Atilio A., Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes, LL, 24/10/2007, p. 1 y ss.

4. El incesto desde el punto de vista jurídico

A. El incesto en el Derecho Civil

El tema del incesto en el ámbito del Derecho Civil aparece relacionado con dos instituciones del Derecho de Familia: el matrimonio -a partir del impedimento para contraerlo por causa de parentesco- y la filiación en cuanto a la antigua calificación de los hijos y su posterior equiparación en Derecho.

A.1. El parentesco como impedimento matrimonial

Desde la sanción de la Ley 2.393 de Matrimonio Civil en 1883, el parentesco constituyó un impedimento para contraer matrimonio.

Los impedimentos matrimoniales se definen como obstáculos legales para la celebración de un matrimonio válido⁷.

El impedimento para contraer matrimonio por parentesco, ha sido contemplado en todas las legislaciones civiles desde tiempos antiguos.

Las razones que lo fundan han variado en el tiempo.

Tradicionalmente los autores pretendieron encontrar un origen biológico a la prohibición para contraer matrimonio entre parientes⁸. Este argumento fundado en razones eugenésicas era sostenido ampliamente por la doctrina autoral de mitad del siglo pasado⁹.

Sin embargo, la mayoría de los autores modernos fundan la prohibición en argumentos de tipo social relacionados con la ética y la moral de los individuos o bien en palabras de Josserand "objeciones de tipo psicológico"¹⁰.

En ese orden de ideas, se afirma que el incesto altera el orden familiar al trastocar de un modo brutal todos los roles, provocando una desorganización de

⁷ Conforme Zannoni, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires, Astrea 2008, p. 244.

⁸ Mizrahi, Mauricio L., *Familia Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Astrea, p. 25.

⁹ Ver en ese sentido Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 103; Mazzeaud, H. y Mazzeaud, L., *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 155; Ripert, G. y Boulanger J., *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, T. II, Vol. I, Buenos Aires, La Ley, 1963, p. 203; Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, T. II, Vol. I, 1946, p. 114; Lehmann, Heinrich, *Derecho de Familia*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, Vol. VI, Madrid, p. 83; Busso, Eduardo B. *Cod. Civ. Anotado*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1944, p. 83.

¹⁰ Mizrahi Mauricio, L. *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, p. 25.

todos los sentimientos, entendiendo que existe una absoluta incompatibilidad entre la organización familiar y la práctica del incesto¹¹.

Zannoni, por su parte, menciona -como pilar que sostiene la prohibición legal- el argumento de tipo antropológico por el cual el tabú del incesto se constituye en uno de los pilares de la formación de la familia exogámica¹². Sin perjuicio de ello, concluye que priman razones de índole ética que integran la herencia cultural y que el legislador no hace sino reflejar en las disposiciones generales¹³.

Nuestra legislación actual (Ley 23.515), así como la normativa derogada (Ley 2.393) contemplaban el impedimento para contraer matrimonio:

a) Entre parientes consanguíneos: en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grados y en línea colateral en segundo grado (hermanos y medio hermanos) (art. 166, inc. 1° y 2°).

Cabe destacar que la extensión del impedimento en la línea colateral varía entre las legislaciones, pero todas prohíben uniformemente los matrimonios entre hermanos y medio-hermanos. Aquellas que extienden la prohibición más allá de dicho grado, generalmente consideran la posibilidad de la dispensa de la autoridad para contraer dicho matrimonio. El ejemplo más claro está dado por el Derecho Canónico¹⁴ o el Derecho español en los casos de uniones entre tío y sobrina o primos hermanos¹⁵.

Estas variaciones en cuanto al grado de prohibición, ya eran contempladas por Vélez Sarsfield en la nota al ex art. 159: *"La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio". Pero, ¿hasta qué grado la unión de los parientes puede llamarse incestuosa? En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente*

¹¹ Mizrahi, Mauricio L., ob. cit., p. 25, menciona dentro de esta tendencia a Levi Strauss, Kip-Wolf y Rébora.

¹² Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 249.

¹³ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 250.

¹⁴ El Código Canónico extiende el impedimento de consanguinidad en la línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, considerando que hasta el segundo grado el impedimento es de Derecho divino o natural y, por lo tanto, no pasible de dispensarse, en tanto en el tercer y cuarto grado, por tratarse de un impedimento de Derecho eclesiástico, es dispensable por el ordinario del lugar (canon 1091, CIC 83, y canon 808, CCEO) Conforme Perrino, Jorge Oscar, *Derecho de Familia* Lexis Nexis, 2006. Citar: Lexis N° 7002/005683.

¹⁵ El inc. 1° del art. 47 del Código Civil español establece el impedimento para los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. Con respecto a los colaterales, en el inc. 2, se prevé su extensión hasta el tercer grado de consanguinidad. Sin perjuicio de ello, el art. 48 concede al juez de primera instancia la facultad de dispensar los impedimentos del grado tercero entre colaterales.

puede comenzar la unión legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir que es incestuosa la unión de los sobrinos con los tíos, lo mismo que la de los cuñados. 'Mas sería muy difícil, dice Kent ('Lect.', 26, pp. 83 y 84), sostener toda unión como incestuosa fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda unión es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad o de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre incesto, debemos estar a la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral, incestuosa y contraria a la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida también por ley natural, la unión de los hermanos, sean de padre y madre, o solo de padre o de madre. Esta ha venido a ser la regla o la ley común del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislatura del pueblo no ha señalado otro grado ulterior'. En cuanto a los parientes por afinidad, puede decirse que no hay incesto fuera de la línea recta. En los Estados americanos, dice Story, la unión de los cuñados no solo es tenida como legal, sino que se reputa moral, religiosa y conforme a las doctrinas cristianas".

b) Entre parientes por afinidad (los parientes consanguíneos del cónyuge) existe impedimento para contraer matrimonio entre aquellos que lo sean en línea recta en todos los grados.

Este impedimento también tiene su origen en razones ético-familiares.

Cabe aclarar que en nuestra legislación el parentesco por afinidad se restringe a la línea recta solamente y adquiere plena vigencia cuando el matrimonio que generó el parentesco se disuelve por muerte o por divorcio, ya que mientras el vínculo matrimonial se encuentre subsistente el cónyuge no podrá contraer matrimonio con el pariente afín por mediar impedimento de ligamen.

c) En los casos de adopción debe distinguirse entre la adopción plena, por la cual el hijo adoptivo ocupa el lugar que tendría un hijo biológico, de la adopción simple que solo genera vínculos jurídicos entre adoptante y adoptado.

En el primero de los casos, el adoptado mantiene los impedimentos matrimoniales con su familia biológica (art. 323 Cód. Civ.) y además tendrá los previstos en el inc. 1 del art. 166 con respecto al adoptante y sus parientes.

En cuanto a la adopción simple conforme el art. 166 el adoptado no podrá contraer matrimonio con el adoptante, el cónyuge o los hijos del adoptante. A su vez, el adoptante no podrá contraer matrimonio con los descendientes o cónyuge del adoptado. Tampoco pueden contraer matrimonio los hijos adoptivos entre sí (cfr. inc. 3 del art. 166):

Si se contrae matrimonio violentando estas normas, la sanción prevista es la nulidad que priva de todo efecto al acto conforme lo establece el art. 219 del Código Civil.

Atento que se encuentra interesado el orden público la acción puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges, sus ascendientes, descendientes, hermanos, tutores, curadores y el Ministerio Público y la acción es imprescriptible.

La legitimación amplia y la calidad de imprescriptible de la acción se fundamentan en los valores e intereses en juego.

A.2. La filiación. Las categorías de hijos. Evolución legislativa en Argentina y en el Derecho Comparado

La filiación es el estado jurídico que la ley le asigna a una persona deducida de la relación natural de procreación que la liga a otra¹⁶.

La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales en base al hecho natural de la procreación. Pero, la valoración del hecho de la procreación como el único fundamento del nacimiento de los derechos y obligaciones de los padres ha mutado en el pasado y seguirá cambiando en el futuro¹⁷.

En el pasado el contenido del nexo jurídico que se establecía entre padres e hijos estaba determinado por la situación en la que se encontraban los progenitores al momento de la concepción.

La distinción entre las diferentes categorías de hijos se encontraba relacionada al matrimonio y a la concepción social y jurídica que lo rodean a partir de la unión sexual monogámica.

Ya en el Derecho ateniense y en el Derecho germánico se distinguía a los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, llegando a excluir a estos últimos de la comunidad social, se les negaba toda honra y dignidad¹⁸.

En el Derecho romano se encontraban aquellos hijos llamados "*legítimos o justos*" que eran los procreados o concebidos por personas unidas en un matrimonio

¹⁶ Méndez Costa, María Josefa, *La filiación*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1986, Cap. II, p. 13.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Terán Lomas, Roberto A.M., *Los hijos extramatrimoniales*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 9.

legítimo dentro de los 182 días de su celebración y después de los 300 días de su disolución¹⁹.

Si el hijo era concebido o procreado fuera del matrimonio, podía ser jurídicamente hijo natural, hijo espurio (hijo de mujer de baja condición), hijo adulterino o hijo incestuoso, dependiendo si los hijos eran nacidos de unión prohibida por impedimento de ligamen o de parentesco²⁰.

Los hijos naturales eran aquellos “aquellos nacidos de la unión de un hombre libre con una concubina”, o sea “los hijos nacidos de una unión no matrimonial”. No existía entre sus padres impedimento alguno para contraer matrimonio y por lo tanto, ello implicaba que podían ser “legitimados”.

En el Derecho de Justiniano la legislación negaba a los hijos incestuosos cualquier derecho alimentario y consideraba que no tenían ni padre ni madre (Novela 74, capítulo VI)²¹.

Esta distinción tiene vital importancia en nuestro Derecho ya que, a través de la doctrina francesa, más concretamente por Zacharie, se trasvasa luego al Código de Vélez.

En el antiguo Derecho Español también existían las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, denominándose fornecidos a los hijos nacidos de una relación entre parientes²².

El Code Francés también realizaba la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y dentro de la última categoría distinguía a los hijos naturales, adulterinos e incestuosos.

El Código de Napoleón excluía a los hijos incestuosos de cualquier derecho sucesorio y prohibía su reconocimiento o la indagación de la paternidad o maternidad, sometiénolos a condiciones extremadamente duras²³.

Los Códigos Civiles de los siglos XIX y principios del siglo XX receptaron la tradición romana y francesa, al establecer las categorías de hijos en base a la situación en que se encontraban sus progenitores al momento de la concepción.

¹⁹ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., p. 15.

²⁰ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., p. 15.

²¹ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., pp. 9-10.

²² Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., p. 17.

²³ Ripert, G. y Boulanger, J., ob. cit., p. 97.

La regulación de los hijos incestuosos era prácticamente uniforme: se prohibía el reconocimiento de estos hijos, se prohibía la indagación de paternidad o maternidad²⁴

Como excepción, se permitía el reconocimiento del hijo incestuoso si los padres contraían matrimonio porque el impedimento era dispensable. Ello se aplicaba únicamente a los casos de uniones entre colaterales en el cuarto grado de parentesco (tío tía sobrino sobrina, primos hermanos) y parientes por afinidad (parientes consanguíneos en línea recta del cónyuge)²⁵.

Cabe destacar que la filiación materna de estos hijos quedaba siempre determinada por el principio de *mater semper certa est* y lo que realmente se prohibía era cualquier tipo de indagación o reconocimiento de la paternidad.

La doctrina francesa se pronunciaba en los términos más duros respecto de la condición en que se encontraban los hijos incestuosos.

Bigot de Préameneu sostenía el llamado "argumento del escándalo", al que se refería en las siguientes palabras: "*Se ha querido evitar el escándalo público que causaría la acción judicial de un hijo adulterino o incestuoso, que investigase su estado en la prueba del delito de los que pretendiese al mismo tiempo ser los autores de sus días*"²⁶.

Marcadé era terminante al afirmar que debía negarse todo derecho a aquellos que "*son el fruto de un crimen*"²⁷.

Mourlon habla de estos hijos como "*insulto a las buenas costumbres*" y creía que no debía revelarse la impureza de su nacimiento. Durantón se expide en forma semejante y agrega que la prohibición trata de prevenir los debates escandalosos y afligentes para la sociedad²⁸.

²⁴ Cód. Civ. Francés, arts. 335 y 342; Holandés, arts. 343; Español, art. 139 y 140; Italiano, arts. 180 y 276; Suiza, art. 304; Rumania, art. 308; Chile, arts. 270; Bolivia, arts. 167, entre otros.

²⁵ Como el art. 249 del Código Civil Italiano, que permitía el reconocimiento por el padre, si ignoraba el vínculo de parentesco al tiempo de la concepción. El Código Español, por su parte, denominaba nefarios a los hijos nacidos de personas entre las cuales mediaba impedimento de parentesco dispensable. El Código Civil Boliviano en su art. 175 permitía la legitimación de los hijos incestuosos en los casos en que se otorgara dispensa del Derecho Canónico.

²⁶ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 65.

²⁷ Marcadé, V., *Explication Theorique et Pratique du Code Civil*, T. 3, Paris, 1894, pp. 127- 132; ob. cit., T. 2, 1886, p. 54.

²⁸ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 67.

Baudry Lacantiere dejaba claro el discurso jurídico imperante respecto del incesto: *"se trata de hechos odiosos sobre los cuales conviene tender un velo"*²⁹.

En 1930 Josserand admitía que el precepto legal resultaba cruel pero entendía que *"el hijo adulterino e incestuoso debe quedar en el estado de mostrenco, de paria: es la voluntad del Código Civil, que en nombre de la moral ultrajada y en el interés de la sociedad, extiende un velo sobre el origen culpable de la filiación y que por un método de reversibilidad bien cruel, echa sobre el hijo la culpa de sus padres"*³⁰.

Demolombe sostenía que la intención del legislador francés era que *"esos crímenes contra la moral permanezcan ocultos en la obscuridad y en silencio"*³¹.

Sin perjuicio de la opinión mayoritaria de la época existían autores franceses italianos y españoles que entendían que la disposición resultaba cruel y observaban la falta de consistencia del argumento del escándalo.

En el Derecho italiano Guarneri Ventimiglia afirmaba que la disposición legal en lugar de establecer la responsabilidad y las obligaciones de los padres, hace responsable a la prole por el hecho de sus progenitores, y consagra así la impunidad de los culpables³².

El Código Civil Argentino

Vélez Sarsfield, tomando la tradición romana y lo dispuesto por la legislación y doctrina francesa, mantuvo la tradicional distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

Asimismo, dentro de esta última categoría también incluyó las distinciones entre los hijos naturales, sacrílegos, adulterinos e incestuosos, dedicándoles el Título V, Sección II, Libro I.

El art. 339 del Cód. Civ. establecía que hijo incestuoso era el que había nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los cánones de la Iglesia Católica.

²⁹ Braudy, Lacantiere, Gabriel *Précis de droit civil*, T. 1, Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 516.

³⁰ Josserand, Louis, *Cours de droit civil positif français*, T. 1, Paris, Recueil Sirey, 1932-33, p. 632.

³¹ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 69.

³² Guarneri Ventimiglia, A., *La familia moderna*, Torino, Napoli, Milano, Roma, 1904, Ex-libris Caproni, pp. 287-293.

Los impedimentos dispensables eran los existentes entre parientes colaterales que no son hermanos y los afines en línea recta.

Por su parte el art. 341 prohibía toda indagación de paternidad o maternidad y el art. 342 establecía que no tenían ni padre ni madre ni parientes algunos por parte de padre y madre.

Resulta interesante a los fines discursivos la nota al art 325 que permite la investigación de la paternidad y la maternidad en el caso de los hijos naturales. En ella Vélez dice: *“¿Y como evitar en los juicios la discusión de hechos inmorales o escandalosos? Los delitos sobre estupro, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer o del marido, son verdaderos pleitos escandalosos y sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos”*

Los hijos incestuosos solo podían reclamar alimentos si habían sido reconocidos voluntariamente por sus padres hasta la edad de 18 años y siempre que estuvieren imposibilitados para proveer a sus necesidades (art. 343 Cód. Civ.). De mediar reconocimiento voluntario se convertían en hijos naturales del reconociente³³.

En la misma línea se establecía que no tenían ningún derecho en la sucesión del padre o la madre ni los últimos en la de los primeros, no tenían la patria potestad ni la posibilidad de nombrar tutores (art. 344 Código Civil).

La Ley de Matrimonio Civil 2.393 elimina la categoría de hijos sacrílegos pero mantiene las restantes con sus efectos legales.

La Ley 10.903 y la Ley 11.357 implicaron avances para los hijos naturales en aspectos de patria potestad.

En la doctrina nacional se reprodujo el debate que existía en el Derecho Comparado.

En el Segundo Congreso de Derecho Civil se discutió si debía equipararse la situación de los hijos incestuosos y adulterinos a los hijos naturales. La respuesta afirmativa se impuso por un solo voto, luego de una discusión álgida entre los participantes del Congreso.

El Dr. Luis E. Molina delegado del Superior Tribunal de la Rioja expresó la opinión de la negativa a la equiparación diciendo: *“En cuanto a la otra cuestión*

³³ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., p. 116.

*relativa a los hijos incestuosos, tampoco creo que la situación sea idénticamente, ni menos igual a la de los hijos adulterinos: los hijos incestuosos han nacido, no ya al margen de una disposición legal, sino en contra de las leyes naturales, de la biología; son los hijos generalmente de padres tarados, degenerados". "Ni siquiera debería permitírseles investiguen su filiación, porque los perjudica y les coloca un sello vergonzoso; el estigma del incesto, a cambio de un vil interés económico, como sería el proveniente del reconocimiento que se les acordara. Por otra parte, el padre de los hijos incestuosos, si es su deseo favorecerlos, puede realizar ese propósito sin necesidad de inferirles esta afrenta al dejar comprobado el incesto"*³⁴.

Lafaille sostenía que la severidad de la ley debía reservarse más a los padres y solo *"sacrificar a los hijos cuando sale a la lid un interés de orden superior"*.³⁵

Con atinado criterio Prayones argumentaba: *"con el ocultamiento no se defiende la honestidad de las costumbres, sino por el contrario, se fomenta el libertinaje, No es por cierto un freno el que la ley diga que los hijos no tienen Derecho alguno a reclamar a sus padres. Con estas trabas la ley no hace otra cosa que dar franquicia al delito"*³⁶.

En ese mismo sentido se pronunciaron Rébora, Díaz de Guijarro, Orgaz, Rojas, González, Cárcano y Escalante (estos últimos ya en 1884 se manifestaban en favor de la equiparación de todos los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales)³⁷.

Un primer avance: la Ley 14.367

Diversos proyectos de reforma del Código Civil desde Quiroz en la década del 20 comenzaron a introducir el tema de la igualdad de los hijos principalmente la noción que *"ninguna diferencia queda subsistente por razones del estado civil de los padres"*³⁸.

³⁴ *Actas del Segundo Congreso de Derecho Civil*. Córdoba, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Debate, 1939, p. 257 y ss. La transcripción completa puede consultarse en <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/bibliotecavirtual/actasegundocongresodscivil.pdf>

³⁵ Lafaille, Héctor, *Familia*, pp. 363-366. En Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 98.

³⁶ Prayones, Eduardo, *Familia*, pp. 282-283. En Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 73.

³⁷ Rébora, Juan Carlos, *La familia*, T. 2, Parte Especial, Buenos Aires, p. 262. Díaz de Guijarro Enrique, Equiparación legal de los hijos adulterinos e incestuosos con los naturales. *Cuaderno sobre Derecho y Ciencias Sociales de Cochabamba*, La Ley, 27-1167; Orgaz, Arturo A. *Diccionario Elemental de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1933, p. 230; González Juan José, *Hijos adulterinos e incestuosos tesis*, Buenos Aires, 1903, pp. 24-25, Terán Lomas Roberto, A.M., ob. cit., p. 74 y ss.

³⁸ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 55.

La Ley 14.367 sancionada el 30 de Septiembre de 1954 y promulgada el 11 de Octubre de ese mismo año suprimió distinciones públicas y oficiales entre hijos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio.

Sin perjuicio de ello, el proyecto primitivo de modificación basado en el Segundo Plan quinquenal igualaba a todos los hijos: los legítimos y los ilegítimos³⁹.

Asimismo, eliminó las calificaciones que establecía el Código en respecto de los hijos ilegítimos y los colocó a todos los hijos extramatrimoniales en pie de igualdad.

La ley citada supra derogó el art. 342 del Código Civil por el cual los hijos incestuosos no tenían ni padre ni madre y tampoco por investigar su filiación.

Lógicamente la investigación de la maternidad o la paternidad quedaba limitada a los rígidos requisitos que existían en su momento y por sobre la imposibilidad de atribuir un hijo a mujer casada.

Se prohibió la referencia al carácter de la filiación en las partidas de nacimiento.

Desde entonces y hasta el año 1986, la ley en cuanto a los derechos distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos.

Los anteriormente llamados hijos incestuosos podían ahora ser reconocidos, podían solicitar alimentos, tenían derecho hereditario en una proporción menor a lo que recibía el hijo legítimo.

Este paso aún pequeño contó con numerosas voces en contra. Sin embargo, la discusión de estos temas y las sucesivas reformas que se daban en el Derecho Comparado demostraban el cambio del paradigma imperante.

El cambio de paradigma

A partir de la segunda mitad del siglo veinte se genera un cambio en el paradigma respecto de las relaciones familiares. Desde lo jurídico esta modificación se genera en varias etapas y sobre la base de tres premisas: la igualdad de los cónyuges, la equiparación de los hijos y la igualdad en las relaciones paterno filiales⁴⁰.

³⁹ Terán Lomas, Roberto A.M., ob. cit., p. 268.

⁴⁰ Méndez Costa, María Josefa, ob. cit., p. 18.

En el Derecho Comparado comienza una ola de reforma al régimen de la filiación estableciendo la igualdad de filiaciones⁴¹. La filiación produce los mismos efectos prescindiendo de la situación jurídica de los progenitores al momento del nacimiento en cuanto a relación materno-filial.

Junto con ello, Argentina suscribe Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se incorporan a nuestra legislación⁴².

Con el advenimiento de la democracia comienzan a presentarse diferentes proyectos de reforma que contemplan la igualdad de las filiaciones⁴³.

El 1° de noviembre de 1985 entra en vigencia la Ley 23.264 que reforma el Código Civil en materia de filiación equiparando en derechos a los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales. El art. 240 establece que la filiación extramatrimonial y matrimonial surten los *mismos* efectos para este Código.

La reforma de Código Civil modificó la base misma del régimen jurídico de filiación en la Argentina basándolos en los principios de igualdad y de respeto por la concordancia entre el nexa biológico y el vínculo jurídico, como expresión del derecho a la identidad de la persona.

Sin embargo, todavía quedaba -y queda- bastante camino por recorrer.

A partir de ese primer logro, se plantea una nueva cosmovisión en cuanto a los derechos de los niños como sujetos. Se produce un replanteo del sistema tutelar propio del Derecho Civil tradicional en una modificación que parte de descartar la noción del niño como objeto de tutela al niño como sujeto de derecho.

⁴¹ Méndez Costa enumera en orden cronológico aquellas reformas del Derecho Comparado que consagraron el principio de unidad de filiación: Ley Matrimonial de la República Popular de China de 1950, Código de Matrimonio, Familia y Tutela de Hungría de 1952, Código de Familia de Rumanía de 1954 modificado en los años 1956 y 1966, Ley Noruega de 1956, Código de Familia de Checoslovaquia de 1963 y su Código Civil de 1964, Código de Familia y la Tutela de Polonia 1964, Código Civil de Guatemala 1964, Código de Familia de la República Democrática Alemana 1966, Código de Familia de Bulgaria 1968, Ley de Reforma de Colombia 1968, Ley de reforma de la República Alemana Federal 1966, Ley de reforma del Código Civil de Austria 1970, Ley de Reforma del Código Civil Francés de 1972, Código Civil de los Países Bajos de 1974, Código de Familia de Bolivia 1972, Código de Familia de Costa Rica 1976 con reforma en 1977, Ley Húngara de 1974, Código de Familia de Cuba de 1975, Ley Italiana de 1975, Ley Sueca de 1977, Ley Suiza de 1978, Código Civil de Ecuador de 1980, Ley Española que Reforma el Código Civil en 1981, Código Civil de Venezuela en 1982, Código civil de Portugal modificado en 1977 y el Código Civil Peruano de 1984 (ob. cit., p. 56).

⁴² El Pacto de San José de Costa Rica, incorporado por Ley 23.054 del 1° de marzo de 1984, en su apartado 5 del art. 17 establece que los Estados parte deben reconocer iguales derechos a los hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales.

⁴³ Ver el detalle de los proyectos presentados en la Cámara de Senadores, Diputados y el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en Méndez Costa, ob. cit., p. 128 y ss.

Este cambio se profundiza durante los años 90 y la década del 2000 a partir de la reforma constitucional del año 94 que otorgó jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño.

En ese sentido, existe un conjunto de derechos constitucionales básicos respecto de la persona del niño que deben ser respetados y que funcionan como piso en cualquier legislación posterior o proceso judicial.

Surgen así las nociones básicas de interés superior del niño como eje de resolución de los conflictos de su interés, el principio de su escucha activa y de la defensa de sus intereses.

Como se expuso hasta aquí, el camino desandado para aquellos niños objeto de prácticas incestuosas no ha sido nada sencillo.

Desde lo normativo las leyes del siglo XX hasta el año 85, privaron de derechos a los niños como forma de penar la conducta reprochable de los adultos y a modo de silenciar lo ocurrido.

A partir de la equiparación de los derechos de los hijos, el desafío se centra en la visibilidad del tema en lo normativo a partir de la protección de la infancia frente a la ocurrencia de las prácticas incestuosas.

El discurso jurídico desde lo normativo en la actualidad incorpora el tratamiento del tema dentro de las normas de protección contra la violencia familiar y todas aquellas disposiciones referidas a las garantías del niño como sujeto de Derecho.

Desde el ámbito del Derecho Civil y Procesal Civil, los casos de abuso sexual intrafamiliar son abordados en el marco de medidas cautelares autónomas, en procesos de régimen de visitas o tenencia y en su mayoría dentro de las denuncias por violencia familiar conforme procedimiento que establece la Ley 24.417.

La ley mencionada no incorpora dentro de su texto la palabra incesto o abuso sexual, pero la doctrina y la jurisprudencia incluyen estos casos dentro de su temática.

La denuncia, cuando se encuentren involucrados menores, debe ser realizada por el representante legal del niño o por el Ministerio Público. También tienen obligación de denunciar los servicios asistenciales o educativos públicos o privados, profesionales de la salud y todo funcionario público en ejercicio de su labor.

El juez podrá tomar diferentes medidas entre las que se encuentran la exclusión del progenitor o bien el impedimento de contacto entre el este y el niño.

Por su parte, la Ley 26.061 estableció una serie de medidas excepcionales de carácter temporario que podrán ser tomadas en sede administrativa, las que contemplan la posibilidad de convivencia temporal en ámbitos familiares alternativos y como último recurso el traslado a un ámbito convivencial fuera de la familia ampliada.

Desde la óptica de la legislación civil, la eliminación de las categorías de hijos como marca deshonrosa y privativa de derechos significó un primer escalón hacia el desafío que ahora encontramos: la protección y el resguardo de la salud psicofísica de ellos frente a una de las formas más terribles de maltrato.

6. El incesto en el Derecho Penal

El incesto nunca ha sido considerado una figura penal autónoma en nuestro Derecho.

El Derecho Romano consideraba derecho de gentes el incesto en línea recta y de Derecho Civil el de los colaterales. Para el primero la pena era de muerte, para el segundo la pena era arbitraria⁴⁴.

Algunas legislaciones latinoamericanas que incriminaban el incesto han ido modificando su normativa hacia su despenalización. Entre otros puede mencionarse a Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela, quienes lo penalizaban como delito autónomo⁴⁵.

Nuestro Código Penal nunca ha establecido el incesto como delito autónomo, sino que lo designó como figura agravada del abuso sexual (o con anterioridad de las figuras de violación y abuso deshonesto).

El art. 119 del Código Penal conforme la reforma de la Ley 25.087 establece que: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

⁴⁴ Lamberti, Silvio, ob. cit., p. 215.

⁴⁵ Lamberti, Silvio, ob. cit., p. 215.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia”.

La ley se limita a señalar a esos grados de parentesco como elemento agravante, de modo que no se requiere que el abuso sexual haya sido logrado abusando de la autoridad o ascendiente sobre la víctima; pero tampoco se presume que el hecho haya sido realizado contra la voluntad de la víctima en la medida requerida por las respectivas figuras por la sola existencia del vínculo o de la autoridad que de él pueda resultar⁴⁶.

El vínculo, pues, no tiene otra función que adecuar el hecho correspondiente a la figura agravada del art. 119 párr. 4º, inc. b⁴⁷.

En la doctrina penal existe controversia respecto del origen de la agravante. Molinario sintetiza las dos posturas existentes al respecto: *“La razón de ser del agravante puede derivar del carácter incestuoso de la relación pero también puede consistir en que se supone que los parientes tienen el deber todos, de velar por su familia en varios aspectos, uno de los cuales es el comportamiento sexual”*⁴⁸.

Dentro de la primera tesis se pronuncian Creus, Orgeira, Soler y Ure, mientras que adhieren a la segunda Estrella Godoy Lemos, Fontán Balestra, Garonna, Goldsztern, Laje Anaya Gravier, Moras Mon y Núñez⁴⁹.

⁴⁶ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. Citar: Lexis N° 1506/000850.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Molinario, Alfredo J., *Los delitos*. Texto preparado y actualizado por Aguirre Obarrio, Eduardo, Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, 48, 1996, p. 448.

⁴⁹ Lamberti, Silvio, *Necesidad de incriminación autónoma del incesto*. En Giberti, Eva (Dir.), *Incesto paterno-filial. Una visión multidisciplinaria. Perspectivas históricas, psicológicas, jurídicas y forenses*, Vol. 1, Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 193.

Esta resulta una somera síntesis de las normas que contemplan el tema del incesto dentro del Derecho Penal.

7. A modo de conclusión

El presente trabajo resulta una primera aproximación a un proyecto en curso.

A esta altura del trabajo de investigación, estamos en etapa de profundizar la tarea en dos aspectos: la recolección de datos tanto de la jurisprudencia como proyectos de reforma actuales, y, además, proveer una visión de lo que sucede en la práctica tribunalicia al respecto, con especial énfasis en la intervención de la justicia civil que acompaña el proceso desde sus inicios y con posterioridad al resultado en sede penal.

Todo ello con un eje en los mayores desafíos que se presentan en este ámbito actualmente: la promoción de la acción, el testimonio de los niños víctima y su tratamiento, como así también todas aquellas cuestiones que importan la interrelación entre ambos fueros y seguimiento de la problemática con el transcurso del tiempo.

Atento el estado de la investigación, esta presentación implica solamente exponer las bases de la misma y el marco normativo en que la misma se desarrolla.

Lógicamente la riqueza del trabajo residirá en el futuro análisis de los datos que arroje el trabajo de campo realizado.

Como se expuso en los primeros puntos del presente, el abordaje interdisciplinario del objeto de estudio y la visión que nos ofrezca la practica tribunalicia nos dará una nueva mirada sobre el tema. Una mirada que reúne varias al mismo tiempo: la de los jueces que deben decidir, la de creencias que en ellos existen, las de aquellos que intervienen en los expedientes, partes, peritos, abogados a quienes se entrevistó, la que se plasma en la jurisprudencia y en la doctrina.

Todo ello con la firme convicción de creer que no puede haber una única mirada abarcativa, pero sí con la intención de visibilizar la problemática y los obstáculos existentes en su tratamiento y allí plantearnos nuevas incertidumbres.