

EL INCESTO EN D.23,2,68

Por Hilda Fingermann¹

Para analizar el controvertido tema del incesto, partimos de D.23, 2, 68, donde se expresa: *“Por Derecho de Gentes comete incesto, el que se casa con la que está en línea ascendente o descendente, pero el que se hubiere casado con una colateral en grado prohibido, o con la pariente por afinidad con que se le impide el matrimonio, se le castigará levemente si lo hace abiertamente, y con más rigor, si lo hace clandestinamente. La razón de la diferencia está en que respecto al matrimonio que no se debe contraer con colateral, los infractores públicos se excusan de la pena mayor como a causa de error y los que obran clandestinamente son castigados como contumaces”*.

La palabra incesto, se originó en el latín *incestus*, siendo la negación de casto, o sea que alude a lo impuro.

Se define el incesto, por la RAE, como la *“relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio”*. Hoy es una de las pocas reglas que escapan al relativismo cultural, pues tiene carácter universal, pero no siempre fue así.

Para responder los distintos problemas que el tema plantea, se han agrupado en cuatro cuestiones: 1. Fundamentos de la prohibición, 2. El incesto en los orígenes de la creación según las religiones 3. Grados de extensión del tabú como impedimento matrimonial y 4. El incesto como delito

1.- ¿Por qué se prohíbe el incesto? El antropólogo Lévy Strauss, dice que algunos autores se basan en problemas de enfermedades en la descendencia, como lo expresa el artículo publicado en la revista *“Heredity”*, sobre un estudio de la Universidad de Santiago de Compostela que demostró que la causa efectiva de la extinción de los Habsburgo fue la consanguinidad, pero otras investigaciones, afirman que esto no es determinante, como para él tampoco lo es, que haya una repugnancia natural colectiva hacia esa práctica, pues de hecho, existe.

El sociólogo estadounidense, Talcott Parsons (1902-1979), señala que el incesto provocaría un problema en la socialización primaria, que requiere una subordinación de padres a hijos.

En una entrevista a BBC Mundo Carlos Welti, maestro en Ciencias Sociales de la Universidad de Chicago, explica que *“su persecución en las leyes cumple una función de proteger la organización familiar y su subsistencia como base de la sociedad. La*

¹ Abogada. Profesora de Ciencias de la Educación. Docente universitaria autorizada. Profesora titular interina de derecho Romano, catedra 3 de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la UNLP, Directora del Instituto de Derecho Romano del CALP, secretaria del Departamento de Derecho Romano y Arqueología jurídica de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la UNLP, expositora en numerosos congresos y coautora del libro lecciones de derecho Romano segunda edición ampliada

prohibición del incesto permite el funcionamiento de esta organización, la familia, pues identifica claramente los roles que debe cumplir cada uno".

Para el psicoanálisis, existe una aspiración universal al incesto, que es reprimida. Freud considera que los niños aspiran a ocupar el lugar del padre en relación a sus madres, y que solo renunciarán a esta aspiración cuando admitan que existe un vínculo de unión entre sus progenitores, al que ellos están ajenos. La renuncia de este deseo, va a hacer que lo canalicen en producciones culturales. Para Sigmund Freud, el incesto es algo natural, un impulso humano, y por ende, la prohibición del incesto no existió desde siempre, sino que se impuso cuando los integrantes de una familia, mataron al padre, que monopolizaba las relaciones sexuales con las mujeres de la tribu, para masificar ese derecho. Para poder vivir unidos en paz, los hermanos victoriosos renunciaron a las mujeres, por las que habían cometido el parricidio, y aceptaron someterse a la exogamia. Se destruyó el poder del padre, y la familia se organizó como matriarcado. La figura paterna fue reemplazada por un animal como tótem, aceptándolo como antecesor colectivo y como genio tutelar; nadie podía dañarlo o matarlo. Sin embargo, anualmente todos los varones de la tribu celebraban un banquete, y el tótem, hasta entonces reverenciado, era devorado, a lo que nadie podía rehusarse, pues representaba “la repetición solemne del parricidio, origen del orden social, de las leyes morales y de la religión”.

El complejo de Edipo fue expuesto por Freud para explicar el deseo inconsciente de niños y niñas de entre 3 y 6 años, de eliminar al progenitor del mismo sexo para mantener relaciones amorosas con el de sexo opuesto.

Citando al antropólogo francés, Lévi Strauss (1908-2009) éste pensaba que el parentesco no era la relación entre personas descendientes de un antepasado común, sino que surgía de la relación de alianza entre dos familias, por la cual un hombre entrega a una integrante de su grupo, su hermana, por ejemplo, a cambio de una mujer del otro grupo, y así se origina la exogamia. Para Levy Strauss, la prohibición del incesto es el límite entre el estado de naturaleza y el origen de la cultura, en la cual, las mujeres, como objetos de intercambio, son el medio que impide la destrucción intergrupala.

Antes de esta prohibición y en los orígenes de la humanidad, según nos dice Morgan en su obra “La Sociedad primitiva” hubo promiscuidad sexual, y el incesto era legítimo, evolucionando hacia una promiscuidad por grupos, donde quedaron excluidos del comercio sexual, las madres y los hijos, en esta familia llamada punalúa, donde la paternidad era dudosa; luego aparece la vida en pareja, con la aparición de la familia sindiásmica, que implica la convivencia del hombre y la mujer, pero permitiéndose la poligamia y la infidelidad del varón. Más tarde, vendrá el matrimonio monogámico, con prohibición del incesto y el requisito de la fidelidad, sustituyéndose “el parentesco uterino por el agnaticio”.

2.- En las religiones: El incesto ha sido practicado por los dioses de las religiones politeístas. Júpiter, el padre de los dioses romanos, tenía como esposa a su hermana Juno, diosa del matrimonio, que integraba junto a él, la tríada capitolina, a la que se sumaba la hija de Júpiter, Minerva, diosa de la sabiduría y de las artes, que habría surgido de la cabeza de Júpiter, cuando tras devorar a Metis, sintió una fuerte jaqueca, ante lo cual Vulcano le abrió la cabeza y de allí salió Minerva. Júpiter, tuvo con Juno, dos hijos varones, Marte y Vulcano y una hija, Lucina.

El padre de la iglesia y abogado, del siglo II y principios del III, Tertuliano, convertido al cristianismo hacia el año 198 de quien se tiene referencia a través de Eusebio de Cesárea y San Jerónimo, pues su obra no se ha conservado, expresó con respecto al incesto, que *“junto con el parricidio son los crímenes más abominables y que además siempre aparecen unidos, pues tanto Júpiter como Saturno son parricidas, pero también son incestuosos”*, como crítica a la religión oficial de ese momento, cuyos dioses fueron por él considerados, como “esclavos de las pasiones”, usándolo como defensa del cristianismo, al que exponía como ejemplo de virtud. Sin embargo, en el cristianismo se aceptó el incesto como única posibilidad de multiplicarse para los hijos de Adán y Eva.

Según Génesis 4: 16-17: *“Caín se fue de la presencia de Yavé y habitó en el país de Nod, al oriente del Edén. Caín tuvo relaciones con su mujer, la cual dio a luz un hijo, al que llamó Henoc. Construyó una ciudad y la llamó Henoc, con el mismo nombre de su hijo”*. Caín era el hijo mayor de Adán y Eva, por lo tanto, su esposa debió ser su hermana.

3.- Grado de extensión del tabú. Muchas culturas prohíben las relaciones sexuales entre los miembros de la familia extensa, por ejemplo entre primos. El Derecho Canónico de la Iglesia católica permite que se casen los primos hermanos, previo pedido de dispensa.

Actualmente, en nuestro país, el artículo 403 del Código Civil y Comercial, dispone que son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados. En España, el impedimento en la línea colateral alcanza al tercer grado inclusive; pero en Portugal, al igual que en la Argentina pueden casarse tíos y sobrinos.

En la Antigua Roma, la prohibición matrimonial fue terminante en la línea recta, pero fue variando en cuanto al grado de parentesco afectado en la línea colateral. En las Institutas de Gayo, se lee *“Así no pueden contraer nupcias si existe el conubium entre aquellas personas que están la una respecto de a otra en las relaciones de descendientes o de ascendientes, como por ejemplo, entre padre e hija, entre madre e hijo, entre abuelo y nieta; y si tales personas se unieran, se dice que han contraído, nupcias abominables o incestuosas. Y tanto es esto, que aun siendo la adopción el origen del parentesco entre ascendientes y descendientes, los interesados no pueden casarse entre sí; y el impedimento subsiste aún después de disuelta la adopción...”* (G.I.59) En D. 23.2.53 está expuesto de modo más simple y sintético cuando dice *“En la línea recta el matrimonio está prohibido en cualquier grado, hasta el infinito”*.

En la línea colateral es diferente. Las nupcias se prohibieron entre hermanos bilaterales o unilaterales; pero en caso de la adopción, pueden casarse una vez cesado el vínculo (G. I.61).

Con respecto a tías y sobrinos y viceversa, hubo un cambio que permitió al emperador Claudio casarse con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico. Esto sucedió, según Tácito y Suetonio, pues Claudio había jurado ante los pretorianos, mantenerse célibe, por el fracaso de sus cuatro anteriores uniones matrimoniales; pero sobornó a los senadores para que le permitan desposar a su sobrina, quien lo sedujo. Así, por un senadoconsulto cualquier ciudadano podía casarse con la hija de un hermano, pero no con

la de una hermana (G. I. 62) Solo hay registros que siguieron ese ejemplo un liberto y un centurión. Constantino restableció la prohibición del casamiento entre tío y sobrina.

Si a pesar de las prohibiciones se contraen nupcias incestuosas, se considera que ese hombre no tiene ni mujer ni hijos, y éstos solo tienen madre (G. I. 64).

Según el Derecho Romano el cometer incesto significaba violar las prohibiciones matrimoniales impuestas por las costumbres de los antepasados, las *mores maiorum*, es decir, vulnerar la *pietas familiar* que no reconocía la unión entre personas unidas por vínculo de parentesco, y consideraron esa unión como *iniusta*. Sin embargo, los romanos, respetaban que otros pueblos aceptaran el incesto, como lo hacían los macedonios, desde que Ptolomeo se convirtió en gobernante de Egipto en el 323 a. C. iniciando la Dinastía ptolemaica. Según el historiador griego del siglo II, Pusanias, Ptolomeo se casó con su hermana Arsínoe, en oposición a las leyes y tradiciones de Macedonia, pero conforme a las costumbres de sus súbditos egipcios. El incesto estaba permitido entre los egipcios, pues incluso tenía un carácter ritual en la ceremonia de iniciación a la adolescencia. Según Viveros Canteros, los padres egipcios desfloraban a sus hijas.

En el caso de los persas, el texto más antiguo referente al incesto es el de Filón de Alejandría (25aC-50dC), estudioso de la ley mosaica, cuyas obras se remontan a la primera mitad del s. I d. C. Comentando el tipo de relaciones prescritas por los textos sagrados. Filón denigra las prácticas consideradas legales por otros pueblos. Según su testimonio, “*los persas más ilustres se casan con sus propias madres y consideran a los hijos provenientes de estas uniones como nobles del más alto rango, con derecho incluso a la soberanía. Por su parte, en América, los incas peruanos permitían el casamiento entre hermanos*”.

4.- El incesto como delito: Los juristas, incluso en la época clásica, usan la expresión *poena adulterii* para designar la pena impuesta tanto al adulterio como al incesto, que en la época arcaica era la pena de muerte y en época clásica la *relegatio* o la *deportatio* según el estatus del sujeto.

“Para restaurar las bases morales del matrimonio y evitar los comportamientos escandalosos, el emperador César Augusto decreta la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, con el fin expreso de preservar la castidad de la mujer casada y la moralidad de los hogares patricios, y evitar las perversiones sexuales, o en su caso, sancionarlas”. Entre los temas que trata está el incesto. No había castigo alguno para las relaciones sexuales incestuosas, salvo que la mujer incurriera en adulterio. Para evitar la sanción debían demostrar la buena fe disolviéndose la unión de inmediato. Sin embargo, el varón que cometía incesto era castigado algo más severamente porque se suponía que conocía más las normas por su mayor participación en la vida pública. Si se sumaban el adulterio y el incesto, se descartaba que el matrimonio pudiera darse, y en este caso el castigo les era impuesto. La pena por incesto, era la *relegatio* a una isla. Si también era adúltera la relación, se imponía la *deportatio*. Los castigos eran diferenciados entre los impuestos las clases altas y las humildes, sin que se olvide que había más rigor para el hombre que para la mujer en caso del incesto.

En D.48.5.38, se dice que “*si se cometiera adulterio con incesto, por ejemplo, con la hijastra, la nuera o la madrastra, la mujer será igualmente condenada, porque esto*

sucedería también prescindiéndose del adulterio. 1. Si se considera estupro en la hija de la hermana, se ha de considerar, si será suficiente para el varón la pena de adulterio. Ocurre la duda, porque en este caso, el delito es doble, pues hay mucha diferencia, en que se contraiga ilícitamente matrimonio por error, y que concurran la contumacia del derecho y el ultraje de la sangre. 2. Por lo cual la mujer sufrirá la pena que los hombres, solamente cuando hubiera cometido incesto prohibido por el Derecho de Gentes, porque si solamente mediare la observancia de nuestro derecho, la mujer será excusada del delito de incesto. 3. A veces, sin embargo, suelen ser castigados aún en los varones, más benignamente que los de adulterio los delitos de incesto, aunque por naturaleza son más graves, si el incesto, hubiera sido cometido mediante matrimonio ilícito. 4. Finalmente, los emperadores hermanos perdonaron a Claudia, por razón de su edad el delito de incesto, pero mandaron que se disolviera la unión ilícita, porque por otra parte, el delito de adulterio, que se comete en la pubertad, no se excusa por edad, porque arriba se dijo, que también las mujeres que yerran en cuanto al derecho no son responsables del delito de incesto, no pudiendo tener excusa alguna el adulterio cometido. 5. Los mismos emperadores resolvieron, por rescripto, que después del divorcio, que el hijastro hubiera hecho de buena fe con su madrastra, no se habrá de admitir delito de incesto. 6. No se suelen confirmar las nupcias incestuosas. 7. Más el incesto, que se comete por ilícita unión de matrimonio, suele ser excusado por el sexo y por la edad...”.

Fue castigado como delito en muchos países del mundo moderno, y actualmente lo sigue siendo por ejemplo, en Alemania, Australia, y varios Estados de Estados Unidos, que lo mantienen, como Carolina del Norte y Virginia. Por ejemplo en México, en el artículo 272, se sanciona el incesto si es practicado por un ascendiente, cuando dice: *“Se sancionará con pena de uno a seis años de prisión, el delito de incesto cuando los ascendientes tengan relaciones sexuales con sus descendientes, siempre y cuando estos últimos sean mayores de edad. Cuando la víctima sea menor de edad, la conducta siempre será entendida como típica de violación”*.

En los países, que no es delito, como el nuestro, constituye una prohibición matrimonial y es agravante de delitos sexuales: violación, estupro y ultrajes al pudor.

Bibliografía

- Digesto de Justiniano, Libros 23 y 48
- Institutas de Gayo
- Alfaro Bech, Virginia, “El Derecho Penal romano como argumento contra el paganismo "Pius Iuppiter" en "Ad Nationes" II, 13, 16, de Tertuliano” recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552007000100001&script=sci_arttext
- Maldonado de Lizalde, Eugenia, “Lex Iulia de Adulteriis Coercendis del emperador Cesar Augusto (y otros delitos sexuales asociados) recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051281>
- Meller, Irene “El incesto”, recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1568>
- Soler, Federico Miguel “La ley de prohibición del incesto: producción subjetiva y diferencia genealógica” recuperado de <https://www.aacademica.org/000-031/865.pdf>
- White Ward, Omar y Campos Krysia, “El incesto: su perspectiva histórica y jurídica” recuperado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152004000200005
- “Los países en los que el incesto no está castigado por la ley” recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43221614>