

El incesto consentido entre adultos: una práctica aún delictiva en multitud de ordenamientos jurídicos *

Alejandro Turienzo Fernández

Universidad de Barcelona

TURIENZO FERNÁNDEZ, ALEJANDRO. El incesto consentido entre adultos: una práctica aún delictiva en multitud de ordenamientos jurídicos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-12, pp. 1-46.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-12.pdf>

RESUMEN: A día de hoy, son muchos los países donde todavía el incesto consentido entre adultos es constitutivo de delito. En el presente trabajo de investigación examino si existen buenas razones para criminalizar tal comportamiento. Dicho análisis se lleva a cabo desde distintas ópticas: el principio del daño, el principio de la ofensa y el legalismo moral. No se logra dar con un solo fundamento material que convincentemente justifique que el incesto consentido entre personas adultas tenga que ser considerado una conducta penalmente relevante.

PALABRAS CLAVE: incesto, daño, ofensa, legalismo moral, tabú.

TITLE: **Consensual incest between adults: an act still outlawed in many legal orders**

ABSTRACT: Nowadays there are still many countries where consensual incest between adults is deemed a criminal wrongdoing. In this research paper I analyze whether it is appropriate to criminalize it. Such analysis is carried out from different viewpoints: the harm principle, the offense principle and moral legalism. In my opinion nothing convincingly justifies that consensual incest between adults shall keep being outlawed.

KEYWORDS: incest, harm, offense, moral legalism, taboo.

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 1 agosto 2023

Contacto: alejandro.turienzo@ub.edu

SUMARIO: I. Introducción. II. Argumentos a favor de la criminalización del incesto fundamentados en la lógica del daño. 1. Las malformaciones y/o enfermedades sufridas por los descendientes concebidos fruto de la relación incestuosa. 1.1. Exposición del argumento. 1.2. Crítica. 1.2.1. Legislaciones penales sobreinclusivas. 1.2.2. El problema de la eugenesia. a. Aproximación al problema de la eugenesia. b. En concreto: la eugenesia negativa coactiva. b.1. ¿Mejor no nacer que nacer con determinadas enfermedades y/o malformaciones? Breve referencia al problema de la no identidad. b.2. La intromisión del Estado en la vida privada de sus ciudadanos: concretamente, en su libertad sexual y de reproducción. 2. La erosión de la institución familiar. 2.1. Exposición del argumento. 2.2. Crítica. 2.2.1. Más allá del modelo tradicional de familia. 2.2.2. La excepcional intromisión del Derecho Penal en la esfera familiar. 2.2.3. Dudas sobre la potencial lesión de la institución familiar como consecuencia de la práctica de incesto. 2.2.4. ¿Un deber positivo-especial de fomentar la institución familiar? La tesis de KUBICIEL. 3. La vulneración de la autonomía sexual. 3.1. Exposición del argumento. 3.2. Crítica. III. Tabúes, ofensas e incesto. 1. El incesto como tabú y el debate sobre si el asco que produce en parte de la población influye en su censura moral. 1.1. Posibles orígenes del tabú del incesto. 1.2. Por qué el incesto genera asco en parte de la población. 1.3. El debate acerca de la conexión del asco con los juicios morales. 2. Incesto y principio de la ofensa. 2.1. Algunas notas sobre el principio de la ofensa. 2.2. El incesto tampoco encaja en la categoría de ofensa criminalizable. IV. El incesto visto desde el legalismo moral. 1. El legalismo moral tradicional. 2. El legalismo moral contemporáneo. V. Conclusión. Bibliografía.

* Desarrollé gran parte de la presente investigación en una estancia que realicé en la Universidad Autónoma de Madrid entre los meses de marzo y julio de 2021. Tuve la oportunidad de impartir una ponencia sobre este tema en dicha universidad y, tiempo después, en la Universidad de Barcelona. Agradezco enormemente el debate que ambas ponencias suscitaron así como los comentarios recibidos que me permitieron mejorar el “producto final” que ahora presento al lector. También deseo dar las gracias a Carlos Castellví por leer la versión inicial de este texto y trasladarme sus siempre útiles observaciones.

1. Introducción

Felipe y Clara quedan una fría noche de invierno para cenar en un lujoso restaurante. Ambos disfrutan de una agradable velada: beben, comen, ríen e intercambian anécdotas. Tras la cena, Felipe le propone a Clara subir a su piso para tomar una última copa a lo que ella accede encantada. Una vez allí, Felipe y Clara practican sexo.

Este relato seguramente cause perplejidad al penalista. Si Felipe y Clara eran adultos y prestaron válidamente su consentimiento a participar en esa relación sexual, ¿qué se supone que hay de malo en ello? ¿por qué debería el Estado inmiscuirse en sus vidas? Me disculpará el lector por haber omitido un pequeño detalle en esta bonita historia: Felipe y Clara eran hermanos y el incesto que practicaron resulta que aún se hallaría tipificado en multitud de ordenamientos jurídicos. En efecto, todavía hay numerosos países tanto de Europa (p. ej., Alemania, Italia, Grecia, Finlandia, Austria, Polonia, Albania, Rumanía, República Checa, Dinamarca) como de otros continentes (p. ej., Canadá, Australia, varios estados en Estados Unidos, Uruguay, Chile, Colombia) donde lo hecho por Felipe y Clara sería estimado penalmente relevante. En cambio, Felipe y Clara no tendrían que temer ni una sola consecuencia jurídico-penal en España. Como en otros países (p. ej.,

Portugal, Francia, Holanda, Rusia, Argentina, Brasil, Japón) el incesto no es constitutivo de delito¹. Únicamente se prohíbe el matrimonio entre parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (artículos 47.1 y 47.2 del Código Civil). Por tanto, en España, Felipe y Clara podrían continuar con su relación sentimental, si bien sin casarse. Eso es todo.

El debate sobre si el incesto debe ser delictivo constituye un auténtico reto para la llamada teoría de la criminalización² que trasciende el derecho positivo³. Es decir, aun cuando no esté contemplado como delito en sistemas penales como el español, vale la pena reflexionar sobre si debería o no figurar como tal en otros ordenamientos jurídicos⁴. Lo que está en liza es una importante cuestión que escapa de la manera como la legislación penal nacional haya sido configurada y que tiene que ver con qué criterios materiales deben servir de guía para prohibir, bajo la amenaza de la pena, una determinada conducta⁵.

En la presente contribución interesarán solamente los casos de incesto entre personas adultas que consienten libremente el acto sexual: particularmente, el incesto entre hermanos mayores de edad. Los casos que aquí preocupan son aquellos como el de Patrick Stübing, ciudadano originario de Leipzig condenado por la justicia alemana por practicar sexo con su hermana biológica, Susan Karolewski, con quien tuvo cuatro hijos⁶, o el de los hermanos, también consanguíneos, Allen y Pat Muth, sentenciados a ocho y cinco años de prisión, respectivamente, por violar las leyes contra el incesto del Estado de Wisconsin al haber mantenido relaciones sexuales y haber concebido tres hijos⁷. Desde ya dejaré de lado los casos de incesto paternofi-

¹ Sobre la evolución del tratamiento jurídico-penal del incesto en España, vid. MORILLAS CUEVA, 1976, pp. 300-301. Particularmente, acerca del delito de estupro-incesto tipificado en el ya derogado artículo 434 CP, vid. BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1991, pp. 243-244.

² Cabe distinguir hasta tres ejes de la teoría del delito: la teoría de la criminalización, que se ocupa de analizar qué conductas cabe criminalizar y de acuerdo a qué criterios materiales, la teoría de la imputación, que estudia los factores precisos para atribuir responsabilidad penal a un agente, y, finalmente, la teoría de la pena, que explora cuestiones tales como cuándo penar, cuánto penar y los fines perseguidos por la pena. Maneja esta distinción tripartita, p. ej., GARVEY, 2020, p. 6.

³ De esta opinión, HÖRNLE, 2014a, pp. 77-80.

⁴ Algo similar acontece con la discusión acerca de la pena de muerte. Pese a no estar contemplada en nuestro país, ello no ha impedido que varios penalistas españoles publiquen trabajos criticando su previsión en no pocos ordenamientos jurídicos desde ópticas como el principio de humanidad de las penas o su reducida capacidad disuasoria. Paradigmáticamente, vid. ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/SCHABAS, 2014.

⁵ SEELMAN, 2007, p. 373 considera que tanto la teoría del bien jurídico como el principio del daño tratan de responder a la pregunta sobre si cabe hallar razones más allá del derecho positivo para resolver qué conductas deben castigarse y cuáles no.

⁶ En primera instancia, Urteil des Amtsgerichts Leipzig vom 10. November 2005 - 253 Ls 430 Js 29620/04. Y en segunda instancia, Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 30. Januar 2007 - 3 Ss 91/06.

⁷ Wisconsin v. Muth, 98-1137-CR, slip op. at 1 (Wis.Ct.App. Jan. 20, 2000). Allen y Pat Muth interpusieron un escrito de *habeas corpus* ante el *United States Court of Appeals of the Seventh Circuit* que fue denegado (Muth v. Frank, 412 F.3d 808, 7th Cir. 2005).

lial básicamente porque muchos de ellos adoptarán la forma de delitos sexuales, con lo cual, la inquietud que despertarán guardará relación no tanto con los lazos de parentesco entre victimario y víctima, que también⁸, sino con la lesión de la indemnidad sexual de la víctima menor de edad⁹.

II. Argumentos a favor de la criminalización del incesto fundamentados en la lógica del daño

En una comentada sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2008 (2 BVR 392/07, ECLI:DE:BVerfG:2008:rs20080226.2bvr039207), se rechazó el recurso de inconstitucionalidad cursado por Patrick Stübing en relación con el todavía vigente § 173 StGB por cuya comisión fue condenado. En la mentada resolución, que vino acompañada de un voto particular emitido por HASSEMER, el Tribunal Constitucional alemán esgrimió de manera cumulativa un total de tres argumentos en apoyo de la criminalización del incesto a fin de declarar su constitucionalidad: las malformaciones y/o enfermedades sufridas por los descendientes concebidos fruto de la relación incestuosa, la erosión de la institución familiar y la vulneración de la autonomía sexual^{10 11}. Es decir, el incesto, a juicio del Tribunal Constitucional alemán, pertenecería a la categoría de los delitos pluriofensivos. Patrick Stübing llevó su caso hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho a la vida privada y familiar. Pero en STEDH de 13 de abril de 2012 (Stübing contra Alemania, ECLI:CE:ECHR:2012:0412JUD004354708) su petición fue rechazada.

A continuación, exploraremos la capacidad de rendimiento de cada uno de los argumentos ofrecidos por el Tribunal Constitucional alemán cuyo común denominador sería la causación por el incesto de un daño a terceros, en alusión al angloamericano principio del daño (*harm principle*) introducido por MILL¹². Como reverso, desde la óptica de la tradición continental, se trataría de identificar, con base en el principio de lesividad, un bien jurídico merecedor de protección jurídico-penal cuya indeseable lesión o puesta en peligro justificaría la limitación de los derechos de los ciudadanos.

⁸ En España figura en el artículo 181.4 e) CP un subtipo agravado de agresión sexual a menores de dieciséis años pensado para cuando para la ejecución del delito el sujeto activo se haya prevalido de su relación de parentesco con la víctima.

⁹ En este sentido, TEODOR/CATAÑLIN, 2022, pp. 127 y ss. ZABEL, 2008, p. 457.

¹⁰ Exponen y analizan críticamente estos tres argumentos GREEN, 2019, pp. 347 y ss. HERNÁNDEZ CASTILLA, 2020, pp. 25 y ss. RITSCHER, 2021, pp. 1337-1340, Nm. 1-7.

¹¹ En otros países también el respectivo precepto penal que censura el incesto ha sido declarado constitucional. Así, p. ej., la Sentencia del Tribunal Constitucional colombiano C-241/12, sobre la base de la protección de la familia, o la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 15 de noviembre de 2000 (nº 548), con arreglo a esta misma lógica.

¹² MILL, 1859, p. 13.

1. *Las malformaciones y/o enfermedades sufridas por los descendientes concebidos fruto de la relación incestuosa*

1.1. *Exposición del argumento*

El primer argumento que será sometido a consideración es aquel que sostiene que el incesto ha de ser prohibido penalmente debido al riesgo de que los descendientes concebidos por parientes consanguíneos padezcan problemas físicos y mentales a raíz de una serie de causas genéticas¹³. La historia de España ha dado buena cuenta de los peligros de la endogamia. Durante la dinastía de los Habsburgo resultó habitual a lo largo de casi dos siglos la celebración de matrimonios entre parientes consanguíneos como estrategia política para dominar Europa. Dicha práctica derivó en un conjunto de malformaciones físicas, problemas de salud y trastornos mentales transmitidos generación tras generación hasta llegar a Carlos II, el último monarca de la dinastía de los Habsburgo antes del reinado de los Borbones, quien, a causa de su aspecto enfermizo y las dolencias padecidas, recibió el apodo de “el Hechizado”¹⁴.

1.2. *Crítica*

1.2.1. Legislaciones penales sobreinclusivas

Para empezar, hay algo que, desde la óptica del argumento genético, no termina de entenderse. Cómo es posible que haya ordenamientos jurídicos que tipifiquen el incesto sin importar la clase de práctica sexual llevada a cabo (p. ej., artículo 200 del Código Penal islandés), incluyéndose aquellas en las que el riesgo de concebir un hijo es simplemente nulo (p. ej., tocamientos); el sexo biológico de las personas involucradas en el acto sexual (p. ej., sección 22 del Código Penal finlandés), considerándose prácticas homosexuales, respecto a las cuales, tampoco podría predicarse riesgo de embarazo alguno; o la inexistencia de vínculos de consanguinidad (p. ej., artículo 564 del Código Penal italiano), no descartándose, por tanto, prácticas sexuales entre hermanastros o entre padres e hijos adoptados, en relación con las cuales, debido a la distinta herencia genética, poco habría que temer en lo que concierne al problema examinado¹⁵. Es verdad que el legislador penal alemán se mostró, en este punto, algo más restrictivo: el § 173 StGB censura solamente el coito entre parientes consanguíneos. Pese a ello, los problemas no cesan: nada impediría perseguir penalmente a quienes utilicen medidas anticonceptivas o a aquellas otras parejas en las que uno o ambos integrantes sean estériles. Existe, en

¹³ Sobre el hecho de que sea más probable que la prole concebida por parientes consanguíneos sufra desórdenes genéticos, vid. ALVAREZ/QUINTEIRO/CEBALLOS, 2011, pp. 21 y ss.

¹⁴ En el estudio de VILAS ET AL, 2019, pp. 553 y ss., se explora la correlación entre la endogamia practicada por los Habsburgo y las irregularidades maxilares y mandibulares de los miembros de esta dinastía.

¹⁵ En este mismo sentido, comenta BERGELSON, 2013, pp. 46-47 que las legislaciones norteamericanas que prohíben el incesto son gravemente sobreinclusivas.

definitiva, un amplísimo abanico de casos de incesto que seguirían constituyendo una conducta penalmente relevante con arreglo a la legislación penal nacional respectiva a pesar de brillar por su ausencia un serio riesgo de que los descendientes nazcan con determinadas patologías.

1.2.2. El problema de la eugenesia

a. Aproximación al problema de la eugenesia

Bastaría para superar la crítica formulada en el apartado anterior con que el delito de incesto se redactase en el ordenamiento jurídico que corresponda de un modo tal como para que sólo sean estimadas típicamente relevantes aquellas relaciones sexuales, respecto a las cuales, exista una mínima probabilidad de embarazo. Es decir, el coito entre parientes consanguíneos de distinto sexo sin uso de medidas anticonceptivas ni prueba de esterilidad en uno o ambos integrantes de la pareja. En otros términos, supongamos que solo se prohíbe el incesto allá donde dicha conducta esté situada justo en la antesala de un posible (pero, en ningún caso, seguro) embarazo de un descendiente que probablemente (aunque, de nuevo, no a ciencia cierta) nacera con malformaciones y/o enfermedades genéticas. ¿Estaríamos dispuestos, en tal caso, a aceptar de buen agrado su criminalización? Me resisto a contestar que sí. De lo contrario, creo que podríamos caer en una peligrosa pendiente resbaladiza.

Si nouviésemos reparos en censurar penalmente el incesto por los desórdenes genéticos que puede originar, ¿qué nos impediría hacer lo propio con aquellas otras parejas en las que uno de los miembros o ambos sufren un trastorno hereditario (p. ej., hemofilia, enfermedad de Huntington, síndrome de Lesch-Nyhan u osteogénesis imperfecta) que, con alto grado de probabilidad, va a ser transmitido a sus descendientes?¹⁶ Nada distinguiría uno y otro grupo de casos. En todos ellos los progenitores advierten el peligro que entraña procrear en tales condiciones. Ocurre, sin embargo, que ningún ordenamiento jurídico de países avanzados prohíbe, hoy por hoy, tener descendencia a aquel sector de la población aquejado de enfermedades o malformaciones hereditarias¹⁷. Habida cuenta de su innegable paralelismo estructural, no se acaba de entender qué impediría situar en ese mismo plano al incesto consentido entre personas adultas¹⁸. Como comenta BERGELSON, “por regla general, las parejas con discapacidades, y especialmente los progenitores que conciben a un niño enfermo, gozan del respeto y la simpatía de los miembros de su comunidad, mientras que las parejas que practican incesto son despreciadas, perseguidas y condenadas”¹⁹.

Así las cosas, es bueno preguntarse por qué el Estado no debería prohibir, bajo la

¹⁶ En este sentido, BERGELSON, 2013, p. 47; GREEN, 2019, pp. 26-27; HERNÁNDEZ CASTILLA, 2021, pp. 26-27; RITSCHER, 2021, p. 1339, Nm. 3.

¹⁷ Señala ELLBOGEN, 2006, p. 191 que no existe una norma alemana que proteja la descendencia hereditaria sana.

¹⁸ DUTTGE, 2011, p. 235 comenta que la perjudicial diferenciación jurídica establecida en relación con el incesto quebranta la “unidad del ordenamiento jurídico”.

¹⁹ BERGELSON, 2013, p. 48.

amenaza de la pena, los actos de procreación de aquellos ciudadanos que detecten que sus descendientes seguramente nacerán con enfermedades y/o malformaciones hereditarias. Principalmente, creo que existiría cierto temor a recuperar algunas prácticas eugenésicas actualmente prohibidas expresamente, p. ej., en el artículo 3.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La palabra “eugenesia” suele generar rechazo tan solo escucharla debido a su oscuro pasado. Es casi inevitable que vengan a la mente las barbaries cometidas durante el gobierno nacionalsocialista en Alemania²⁰, pese a que, en honor a la verdad, la eugenesia venga de más lejos. Ya en Estados Unidos el juez Oliver Wendell Holmes, en la sentencia *Buck v. Bell* (274 U.S. 200 1927), por la que se dio luz verde a las leyes de esterilización forzosa en Virginia, expresó, en apoyo a la resolución mayoritaria, su conocida (y polémica) frase “Tres generaciones de imbéciles son suficientes”. Retrocediendo aún más en el tiempo, también Aristóteles, en su obra “Política”, manifestó: “En lo que se refiere al matar o criar a los hijos, la ley debe prohibir que se críe cosa alguna tarada o monstruosa”.

La eugenesia, término acuñado a mediados del siglo XIX por el antropólogo británico GALTON, persigue un fin claro: el perfeccionamiento de la especie humana. Este objetivo puede recibir dos lecturas que no tienen por qué ser incompatibles entre sí: de un lado, prevenir dolor a quien padece una grave enfermedad o malformación, y de otro lado, ahorrar costes en salud pública²¹ (p. ej., los elevados gastos que acarrear ciertos tratamientos médicos) así como recursos y sufrimiento a los ascendientes. De las diversas modalidades de eugenesia, la que más rechazo despierta es la negativa que pretende impedir la reproducción de personas con determinadas taras. Ésta se distingue de la positiva cuyo propósito es promover la procreación de individuos con determinados atributos deseables (mayor inteligencia, ojos con iris azul, capacidad atlética...)²². Sobre la modalidad negativa, preocupa especialmente su vertiente coactiva, diferenciada de la liberal²³, que puede adoptar formas tan diversas como la práctica de eutanasia a personas con serias deficiencias físicas o mentales²⁴, el sometimiento a intervenciones invasivas²⁵ o, en lo que aquí

²⁰ Comentan WILKINSON/GARRARD, 2013, p. 4 que una de las principales causas de que la eugenesia sea vista como moralmente objetable es su inevitable vinculación con las execrables prácticas llevadas a cabo durante el nazismo. Alude a ellas, también, KEVLES, 1999, pp. 435 y ss. El horror despertado por lo ocurrido en la Alemania nazi fue tal que muchas revistas científicas evitaron continuar empleando la palabra “eugenesia”. P. ej., en Inglaterra la revista *Annals of Eugenics* pasó a denominarse *Annals of Human Genetics*. Al respecto, vid. AULTMAN, 2006, p. 33.

²¹ Sobre por qué una más alta probabilidad de que se produzcan malformaciones y enfermedades genéticas iría en contra de los intereses públicos, destaca HÖRNLE, 2014a, p. 96 la explicación sobre el aumento del gasto público.

²² Acerca de la eugenesia negativa y positiva, vid. KEVLES, 1999, p. 436; ROMEO CASABONA, 1992, p. 160.

²³ La eugenesia liberal tanto puede ser positiva (p. ej., uso de ingeniería genética a fin de escoger el sexo o el color de ojos del futuro descendiente) como negativa (p. ej., sometimiento voluntario a una esterilización). Vid. CAPLAN/MCGEE/MAGNUS, 1999, p. 1.

²⁴ A pesar de su difícil cabida a día de hoy por sus numerosas implicaciones éticas, lo cierto es que hay

interesa, la prohibición de ciertas prácticas reproductivas debido al riesgo de procrear futuros descendientes que padezcan patologías hereditarias. Semejante prohibición plantea un par de relevantes cuestiones éticas que, en lo que sigue, examinaremos. Una común a cualquier clase de eugenesia de corte negativo: la emisión de un mensaje que orbitaría en torno a la idea de que nacer con determinadas enfermedades y anomalías es algo tan terrible como para resultar preferible no haber

quienes ven admisibles esta clase de prácticas en circunstancias muy particulares. SINGER es uno de ellos. En las que seguramente sean unas de sus más polémicas declaraciones hasta la fecha, el filósofo australiano ha manifestado que es éticamente admisible brindar a los padres la oportunidad de decidir acabar con la vida de sus hijos recién nacidos cuando estos padezcan serias enfermedades. Dice SINGER que este grupo de sujetos carecerían de los necesarios atributos (racionalidad, autonomía y auto-conciencia) como para poder ser considerados, técnicamente hablando, “personas” (concepto que suele diferenciarse del de “ser humano”, tal como lo explica MCHUGH, 1992, pp. 445-461). Ello les impediría disfrutar del derecho a la vida a diferencia del resto de individuos. Para SINGER el nacimiento no marcaría el paso de la “no-persona” a la “persona”, ya que ello dependería de la adquisición de auto-conciencia, de modo que, en rigor, tanto el feto como el recién nacido contarían con un idéntico *status* moral de “no-persona” al carecer ambos de este elemento. A juicio de SINGER, terminar con la vida de aquel recién nacido aquejado de una grave enfermedad no sería moralmente equiparable a cuando dicho acto sea practicado con seres humanos “normales” que sí ocuparían el *status* de persona (lo mismo ocurre, según SINGER, con el aborto). Desde esta óptica, entiende SINGER, llevando su pensamiento utilitarista preferencial hasta sus últimas consecuencias, que la alternativa que mejor conseguiría maximizar la felicidad de todas las partes afectadas es matar al recién nacido (o lo que él llama “aborto post-natal”): el recién nacido no sufrirá más, los progenitores tampoco y estos, además, contarán con una nueva oportunidad para engendrar otro descendiente, esta vez, libre de patologías. Cfr. SINGER, 2011, pp. 160 y ss.; EL MISMO, 2013, p. 260. Las palabras de SINGER generaron un importante revuelo tanto en la academia como fuera de ella ante lo que fue visto como la admisión de una práctica eugenésica en clave de infanticidio selectivo (vincula la tesis de SINGER con la eugenesia STAUDENMAIER, 2005, pp. 1-4). Cabe notar que la tesis de SINGER, aunque admitida por escasos autores (fundamentalmente, GIUBLINI/MINERVA, 2012, pp. 261-263), ha sido objeto de duras críticas. Se ha tratado de poner en tela de juicio, primero de todo, el concepto funcionalista de persona que SINGER maneja. Y en segundo lugar, su visión utilitarista, basada en un frío balance en torno a la maximización de la felicidad general en aras de valorar la corrección o incorrección de la conducta realizada, siendo éste ajeno a la inmoralidad intrínseca de la acción llevada a cabo (en este caso, matar a alguien). Para una detallada exposición acerca de los problemas de los que adolece la tesis de SINGER, vid. KLUSENDORF, 2009, pp. 1-12; SLOANE, 1999, pp. 57 y ss.

²⁵ Un ejemplo de este grupo de prácticas eugenésicas son las tan polémicas esterilizaciones forzosas de personas discapacitadas (ligadura de trompas de Falopio en el caso de las mujeres, vasectomía en el caso de los hombres). Hasta hace relativamente poco en España dicha práctica era permitida al amparo del artículo 156.2 CP. No fue hasta la aprobación de la LO 2/2020 que se derogó el precepto mencionado con tal de amoldar el ordenamiento jurídico español a las disposiciones de la Convención de New York del año 2007 sobre derechos de las personas con discapacidad. Concretamente, el precepto que preocupaba era el artículo 23.1 b) de la citada Convención que exhortaba a los Estados Miembros a adoptar medidas efectivas y pertinentes a fin de asegurar el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener. Sobre los orígenes y problemas de la mencionada reforma legal operada en el articulado penal español en el año 2020, vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2021, pp. 1 y ss.; QUINTERO OLIVARES, 2020, pp. 1 y ss. Bien es cierto que el principal propósito declarado de la esterilización forzosa eran los presuntos inconvenientes con los que topan las personas con discapacidad a la hora de hacerse cargo de sus propios descendientes. Es decir, que la esterilización se practicaba por el bien de la persona discapacitada. Pese a todo, no se pasó por alto otro execrable propósito eugenésico y, junto con él, una intolerable injerencia en la libertad de reproducción del individuo. Esta fue la opinión que el tema le mereció al magistrado Rafael de Mendizábal de Allende en su voto particular adjunto en la STC 215/1994, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:1994:215) por la que se declaró constitucional el antiguo artículo 428 CP, predecesor del ya derogado artículo 156 CP, si bien bajo la condición de que la esterilización se llevase a cabo en interés del incapaz. También, fuera de España, han habido autores como p. ej., KEVLES, 1999, pp. 435, 437 que han visto en la esterilización forzosa una criticable manifestación del movimiento eugenésico orientada a reducir el número de personas nacidas con discapacidades.

nacido. Y otra particular ligada al modo coactivo en la que se practica este tipo de eugenesia: la intromisión del Estado en la vida privada de sus ciudadanos, concretamente su libertad sexual y de reproducción.

b. En concreto: la eugenesia negativa coactiva

b.1. ¿Mejor no nacer que nacer con determinadas enfermedades y/o malformaciones? Breve referencia al problema de la no identidad

Imaginemos el siguiente caso:

María desea concebir un hijo, al que se le daría el nombre de Alberto, con su marido Jorge, quien sufre una enfermedad hereditaria llamada anemia de células falciformes. Ambos saben que existe una alta probabilidad de que su hijo nazca con la misma enfermedad que el padre, pero, aun así, deciden concebirlo. Alberto nace y, como era de esperar, se le detecta en un examen médico la enfermedad mencionada.

Lo desafiante del caso introducido es que el acto de procreación de María y Jorge es condición tanto de la enfermedad hereditaria con la que nace Alberto como, a su vez, de su propia existencia. Es decir, la alternativa al nacimiento de Alberto en tales circunstancias, sin duda desventajosas, sería sencillamente la de no haber existido²⁶, ya que, en caso de que María no hubiese mantenido relaciones sexuales con Jorge, otra persona distinta hubiese nacido (o bien directamente ninguna)²⁷. Si María hubiese practicado sexo, pongamos el caso, con Enrique, Alberto nunca habría nacido sino, en su lugar, alguien con una identidad diferente a la suya seguramente sano, esto es, situado en una posición comparativamente mejor, al que podríamos llamar Javier. Más aún, si María hubiese optado por no mantener relaciones sexuales ni con Jorge ni con Enrique, nadie habría sido engendrado: ni Alberto ni Javier.

A este desafío ético PARFIT le dio el nombre de “problema de la no identidad”²⁸ y, a nivel teórico, obliga a reflexionar sobre temas tan sugerentes como la responsabilidad procreativa, la incorrección moral de ciertas decisiones procreativas y las obligaciones que los potenciales progenitores poseen respecto a personas futuras, esto es, quienes, pese a no existir ahora, existirán más adelante²⁹. Aparte, el pro-

²⁶ Es bueno evitar confundir, por tratarse de cuestiones distintas, no haber existido nunca con dejar de existir a partir de la muerte de la persona. Al respecto, vid. STEINBOCK, 2009, pp. 165-166.

²⁷ Esto refleja bien lo que KAVKA, 1981, p. 93 denomina la “precariedad de la existencia”. Es decir, cuán extremadamente sencillo resulta que una persona en concreto no hubiese nacido y que, en su lugar, hubiese nacido otra distinta (o ninguna) en caso de haberse alterado mínimamente el curso causal. Se entiende que nuestra identidad personal se forma a partir de la unión de un espermatozoide y óvulo únicos que depende de varios factores como p. ej., los sujetos que nos conciben (p. ej., importa si Inés practica sexo con Rubén o con Juan), el momento exacto de la procreación (p. ej., no da lo mismo que sea ahora o de aquí un par de meses como tampoco que se practique sexo por la mañana o por la tarde) o el método a partir del cual somos concebidos (coito, método *in vitro*, etc.).

²⁸ PARFIT, 1984, pp. 351-374.

²⁹ Uno de los intentos más ambiciosos para solventar el problema de la no identidad seguramente sea el de BOONIN, 2014.

blema de la no identidad dispone de una relevancia práctica notable: sin ir más lejos, es justo la cuestión que late en el fondo de las demandas *wrongful birth* y *wrongful life*^{30 31}.

Fundamentalmente, la duda que gravita en torno a los casos de no identidad es la de si los progenitores que deciden procrear a sus descendientes a sabiendas de que, con alto grado de probabilidad, nacerán con alguna clase de enfermedad y/o malformación actúan de forma dañina contra ellos y, por tanto, su acción resulta censurable moralmente. De las distintas versiones del problema de la no identidad sugeridas solamente interesan aquí aquellas situaciones en las que, primero de todo, el número de personas que existe es exactamente el mismo que el que existiría en caso de que se variase el curso causal, con la única aunque importante diferencia de que la identidad de la persona nacida no resultaría coincidente (*same number cases*)³². Y en los cuales, además, la existencia de esa concreta persona resulta inevitablemente subóptima. Es decir, retomando el ejemplo sugerido, solo resultaría posible que Alberto, cuya existencia es producto del acto de procreación de María y Jorge, nazca con esa enfermedad³³, de modo que las únicas opciones disponibles serían o bien vivir una vida con semejante desventaja o no haber existido nunca, bien por haberse engendrado a alguien diferente, bien por no haberse engendrado a nadie en absoluto (*genesis cases*)^{34 35}.

³⁰ Conecta el debate sobre la eugenesia con los casos de *wrongful life* HÖRNLE, 2014a, p. 95. Asimismo, enlaza el problema de la no identidad con las demandas *wrongful life* ROBERTS, 2019, pp. 7-8. Destaca igualmente su trasfondo filosófico-moral RUDA, 2010, p. 205.

³¹ Con las demandas *wrongful birth* los progenitores de un menor nacido con serias patologías reclaman una compensación económica al profesional médico que negligentemente omitió detectar o informar sobre una anomalía en el feto con tal de que estos tomaran una decisión informada sobre si interrumpir o proseguir con el embarazo. Precisamente, uno de los aspectos sometidos a debate es si cabe indemnizar el nacimiento del menor discapacitado, cuestión que depende de la respuesta que se ofrezca sobre si resulta o no dañino nacer en tales condiciones. Este mismo dilema subyace igualmente en las demandas *wrongful life*, que muchas veces suelen interponerse junto con las de *wrongful birth*, en virtud de las cuales, los menores, representados por sus progenitores, reclaman una indemnización al profesional médico por la mala praxis antes referida así como, de manera aún más explícita, en las reclamaciones civiles interpuestas por menores nacidos con malformaciones o enfermedades hereditarias contra sus progenitores por el simple hecho de haberlos concebido. Tanto las demandas *wrongful life* como las *wrongful birth* plantean un mismo reto: si el nacimiento con malformaciones y/o enfermedades genéticas puede considerarse un daño cuya producción quepa indemnizar civilmente. En España nuestro Tribunal Supremo, tanto la Sala I (STS 479/2015, de 15 de septiembre, ECLI:ES:TS:2015:3752) como la Sala III (STS de 10 de mayo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:3216, STS de 4 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5899, STS de 29 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4757), ha respondido de manera apodícticamente negativa. Lo único que se estima indemnizable es un daño económico más objetivo, como son los extraordinarios costes médicos y de crianza asociados al cuidado de un nacido aquejado de una patología, así como el daño moral por haber privado a los progenitores de la facultad de decidir abortar así como el sufrimiento que conlleva asumir el cuidado de ese descendiente, pero no el simple hecho de haber nacido en tales condiciones. Al respecto, en mayor grado de detalle, vid. ELIZARI URTASUN, 2009, pp. 139 y ss. TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, 2017, pp. 89 y ss.

³² PARFIT, 1984, pp. 355-356.

³³ A no ser que la ingeniería genética avance hasta un estadio tal como para prevenir cualquier clase de enfermedad o malformación en los futuros descendientes. Ello constituiría, en sí mismo, otro desafío ético.

³⁴ HEYD, 1992, pp. 105-106.

³⁵ En el año 2002 salió a la luz un caso ocurrido en Estados Unidos que se incardinaría precisamente en

La fórmula por excelencia utilizada tradicionalmente en aras de determinar cuándo una conducta causa a alguien un daño es la tesis comparativa contrafáctica del daño³⁶ (en adelante, TCC) propuesta por FEINBERG³⁷ que reza así: X daña a Y si y solo si Y termina en peores condiciones de como estaría si X no hubiese llevado a cabo su conducta. Se trata de una tesis comparativa porque obliga a comparar dos estados de cosas y es contrafáctica en tanto que uno de ellos se presenta en clave hipotética (“aquello que hubiese ocurrido si...”). La TCC sirve para explicar por qué alguien provoca un daño a otro en aquellos contextos en los que un comportamiento empeora el bienestar individual de un agente. P. ej., el caso del hombre que realiza dolosamente acciones nocivas contra la gestante (p. ej., propinarle puñetazos en el vientre u obligarla a beber alcohol o a consumir drogas) de un modo tal como para comprometer la salud del feto. El estado en el que se hallan tanto el feto como la madre es indiscutiblemente peor que aquel en el que se encontrarían ambos si eliminásemos hipotéticamente dicho curso causal, con lo cual, la lesividad del comportamiento llevado a cabo está fuera de duda.

Lo que sucede es que la TCC no permite resolver los casos de no identidad³⁸. En primer lugar, la malformación o enfermedad hereditarias con las que nace el descendiente no responden a un acto externo lesivo sino a un evento natural, como es engendrar a una persona, que es reflejo, además, del ejercicio del derecho a la libertad de procreación³⁹. Y en segundo lugar, el descendiente no se encontraría en ningún estado en caso de haber omitido concebirlo. Sencillamente no existiría. Recurrir a la TCC nos obliga, por tanto, a realizar una comparación entre una vida sujeta a una enfermedad y/o malformación y la mera no existencia, lo cual, según algunos, como HASSEMER en su voto particular anejo a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el caso Stübing, sonaría absurdo.

Dado que el problema de la no identidad coloca contra las cuerdas a la TCC, se han explorado fórmulas alternativas basadas en una definición del daño alejada de la lógica del empeoramiento del bienestar individual, como las tesis no-comparativas que se esfuerzan por analizar lo intrínsecamente malo del estado final en el que se colocaría al agente, en aras de intentar salir, si cabe, de este atolladero⁴⁰

la categoría de los *genesis cases*. Una pareja de mujeres lesbianas sordas, Sharon y Candy, escogió deliberadamente que una de ellas fuera inseminada por un donante de esperma, también sordo, en aras de concebir a un hijo que naciese con esa misma discapacidad al que llamaron Gauvin. Gauvin, quien nació con un importante problema auditivo, no podía haber nacido de otro modo. “O es sordo o no es”, expresa DE LORA, 2006, p. 53.

³⁶ DE VILLIERS-BOTHA, 2018, p. 2 comenta que esta tesis a menudo es considerada la definición de daño más plausible ofrecida actualmente.

³⁷ FEINBERG, 1984, p. 31.

³⁸ En más detalle, vid. TRUCCONE BORGOGNO, 2015, pp. 474 y ss.

³⁹ ATIENZA NAVARRO, 2008, p. 104 cree que la actuación de los padres, en estos casos, es completamente lícita y se ampara en el ejercicio de la libertad de procreación.

⁴⁰ Por todos, vid. ROBERTS, 2019, pp. 17 y ss. TRUCCONE BORGOGNO, 2015, pp. 474 y ss.

⁴¹. Supera con creces las posibilidades de este texto examinar, con el rigor que se merece, cada una de ellas, además de otros caminos que también se han transitado⁴². Me conformo con someter a examen una de las más conocidas y prometedoras tesis alternativas del daño: aquella que califica como dañinos aquellos actos que implican traer al mundo personas cuya calidad de vida se situaría por debajo de un determinado umbral⁴³. Esta forma de ver las cosas obliga a reflexionar acerca de un tema, sobre el cual, también se discute en el terreno de la eutanasia: si los seres humanos no sólo disfrutamos de un derecho a la vida sino también de un derecho a una cierta calidad de vida.

Pues bien, independientemente de que la vida sea considerada, por lo general, una bendición, es dable imaginar casos extremadamente trágicos en los que la calidad de vida del descendiente sería tan exigua como para que realmente no merezca la pena vivir⁴⁴. Ahora bien, estos no son los supuestos que dividen opiniones sino aquellos otros en los que resulta discutible si la existencia de la persona nacida con una determinada enfermedad y/o malformación superaría un determinado estándar de calidad de vida, como creo que ocurre en los casos de descendientes concebidos a partir de relaciones incestuosas. El gran problema es que dista de ser evidente donde se sitúa ese umbral cuya no superación permitiría tachar de irresponsable la procreación practicada, a pesar de los loables esfuerzos de algunos autores por tratar de definirlo⁴⁵. Hay multitud de factores en juego. El estado de salud del individuo sería solamente uno de ellos y, además, admite cierta graduación (p. ej., no parece equiparable nacer con una severa enfermedad pulmonar que condiciona sobremanera el día a día que padecer una leve patología auditiva). Paralelamente, deberían ser considerados otros factores como el nivel de preocupación y cuidado de los padres en relación con su descendiente o el contexto político, social, cultural o económico del país donde se nace (escenarios de guerra, elevadas tasas de pobreza, existencia de un clima antidemocrático, etc.). Nacer con una

⁴¹ Aun tratándose de una tema radicalmente alejado del que nos ocupa, curiosamente un método similar fue el que empleó la doctrina tanto española como alemana en relación con los casos de adopción de acuerdos colegiados antijurídicos mediante mayorías sobrecondicionadas. Como la clásica tesis de la *conditio sine qua non* no permitía solventar nada, se exploraron versiones alternativas del concepto de causalidad. Al respecto, vid. TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 16 y ss.

⁴² P. ej., algunos autores han barajado la posibilidad de que la conducta sea considerada ilícita, por vulnerar los derechos del agente, pero no dañina (*wronging without harming*). Por todos, vid. ROBERTS, 2019, pp. 15 y ss.

⁴³ Simpatiza con esta posición STEINBOCK, 2009, pp. 163-165.

⁴⁴ DE LORA, 2006, pp. 47 y ss., reconoce que el nacimiento de un nuevo ser humano suele ser considerado una bendición pero ello no quita que haya casos “fáciles” en los que la vida no vale la pena porque carece tan siquiera de un mínimo componente de satisfacción por constituir sólo padecimiento.

⁴⁵ ARCHARD, 2004, pp. 403-420 entiende que una vida mínimamente decente es aquella en la que el niño disfruta de un buen número de derechos humanos reconocidos a la infancia. Al respecto, STEINBOCK, 2009, p. 167 precisa que tales derechos constituirían, en realidad, un objetivo en el que trabajar para que todos los niños los disfruten, no una condición para concebirlos, por no hablar que el planteamiento de ARCHARD supondría que las personas extremadamente pobres, que son víctimas de una injusticia debido a su deplorable situación económica, no pudieran tener hijos.

enfermedad, incluso grave, no tiene por qué ser sinónimo, por tanto, de que la vida no valga la pena como tampoco disfrutar de una salud de hierro significará que el paso por el mundo será todo color de rosa. En fin, resulta realmente complejo, si es que acaso resulta posible, definir objetivamente un estándar de calidad de vida mínima.

b.2. La intromisión del Estado en la vida privada de sus ciudadanos: concretamente, en su libertad sexual y de reproducción

Dependiendo de cómo se resuelva el complejo problema de la no identidad, procrear a sabiendas de las probables malformaciones y/o enfermedades genéticas que sufrirá el descendiente constituirá o no un acto moralmente objetable. Y aun cuando quepa estimar ese acto, en términos generales, dañino, tampoco resulta evidente qué justificaría recurrir a la conminación penal en vez de limitarse a compensar económicamente por vía civil a quien lo ha soportado⁴⁶. Pero si existen razones para, como mínimo, desconfiar que, cuando menos, en casos como el del incesto, los progenitores dañan a su descendiente, parece evidente lo injustificada que estaría la intromisión del Estado, mediante el mecanismo más invasivo de todos, en la vida privada de sus ciudadanos, concretamente, en su libertad sexual⁴⁷ y de reproducción, a la luz de la restricción de su elección acerca no sólo de con quién se desea practicar sexo sino también de si se desea concebir con esa persona un hijo/a⁴⁸.

A este respecto, es revelador que en sociedades avanzadas ningún progenitor sea sometido coactivamente a un diagnóstico preconceptico con miras a verificar el riesgo de transmisión a sus descendientes de anomalías y enfermedades futuras. Tampoco se prohíbe a las parejas procrear en caso de que ese riesgo se confirme⁴⁹. Aún menos la madre es obligada a abortar cuando, a partir de un diagnóstico prenatal, se detectan enfermedades y/o malformaciones en el feto⁵⁰. Existe cierto consenso acerca de la entera voluntariedad de cada una de las acciones mentadas. Los progenitores optan libremente por verificar su historial genético mediante los

⁴⁶ Acerca de la perturbación como elemento estructural común de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil así como los elementos específicamente penales, particularmente el resultado típico, y los específicamente civiles, especialmente el daño civil, vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2022, pp. 85 y ss., 233 y ss., 348 y ss.

⁴⁷ Reflexiona PETERS, 2009, pp. 317 y ss., acerca de las implicaciones jurídicas, concretamente sobre la eventual aprobación de leyes que restringen la libertad reproductiva, derivadas de la resolución en uno u otro sentido del problema de la no identidad.

⁴⁸ Indica GREEN, 2019, p. 347 que prohibir a adultos mantener sexo consentido con un pariente conlleva *prima facie* una restricción del derecho a escoger con quien se desea practicar sexo.

⁴⁹ DUTTGE, 2011, p. 231 ve difícil que la procreación de descendientes, pese al riesgo de que estos sufran daños genéticos, permita la intervención soberana y, en particular, una prohibición respaldada por un castigo penal.

⁵⁰ Excepcionalmente en Reino Unido la jueza británica Nathalie Lieven pretendió obligar en junio de 2019 a una mujer que sufría una importante discapacidad mental a abortar en lo que, a su entender, era la mejor decisión para ella. Su fallo fue dejado sin efecto en apelación. Véase la noticia en: <https://www.theguardian.com/world/2019/jun/24/catholic-church-hits-out-at-court-over-abortion-ruling>

instrumentos que la ciencia pone a su disposición⁵¹. Nadie más que ellos decide si concebir o no a un descendiente, sean cuales sean los riesgos derivados de esta decisión⁵². Y la alternativa de abortar en caso de malformación o enfermedad grave en el feto representa, salvo en países como Polonia, una opción enteramente voluntaria de la madre siempre que se respeten unos límites temporales⁵³. No se logra entender, por lo señalado, que en el caso del incesto tenga que aceptarse una lógica tal que obligue a prohibir tajantemente, mediante la amenaza de la pena, cualquier acto de procreación entre parientes.

2. La erosión de la institución familiar

2.1. Exposición del argumento

Otra de las razones aducidas a favor de la criminalización del incesto es la salvaguarda de la institución familiar. Se entiende que el incesto merece ser censurado penalmente por perturbar la distribución de roles dentro de la estructura familiar (p. ej., los padres de los hermanos que formarían una pareja serían, a su vez, los suegros de cada cual), las serias tensiones y rivalidades en la unidad familiar que desencadena y los problemas futuros que supone criar a los descendientes en un entorno tan poco convencional. La ubicación del delito de incesto en la Sección XII del Código Penal alemán o en el Título XI del Libro II del Código Penal italiano, dedicados ambos a los delitos contra la familia, parecería ofrecer respaldo al fundamento material señalado.

2.2. Crítica

2.2.1. Más allá del modelo tradicional de familia

La familia es un constructo social que, lejos de permanecer estático, ha experimentado importantes cambios a propósito de su evolución y necesaria adaptación a las nuevas realidades. Mientras que antiguamente sólo había lugar para el modelo de familia tradicional, compuesto por progenitores de distinto sexo unidos en matrimonio y con hijos en común, es indiscutible que actualmente en sociedades avanzadas como la española, la germánica o la estadounidense este modelo coexiste con muchos otros⁵⁴ (p. ej., las parejas de hecho, las familias monoparentales o los

⁵¹ ROMEO CASABONA, 1992, p. 163.

⁵² Comenta DE VERDA Y BEAMONTE, 2005, p. 1510 que “la opción vital es concebir o no un hijo, decisión personalísima en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano”.

⁵³ En octubre de 2020 el Tribunal Constitucional polaco declaró la inconstitucionalidad de la interrupción del embarazo cuando el feto sufriese una malformación o enfermedad irreversible. Véase la noticia en: <https://elpais.com/sociedad/2020-10-22/polonia-declara-inconstitucional-el-aborto-en-caso-de-malformacion-fetal.html>

⁵⁴ Para el caso de España, vid. AYLLON GARCÍA, 2020, pp. 509-521.

matrimonios homosexuales)⁵⁵. Cuando se expresa que el incesto merece ser criminalizado por hacer tambalear las bases de la institución familiar da la impresión de que se está partiendo de una visión demasiado cerrada del concepto de familia ajeno a la realidad social actual⁵⁶. El matrimonio homosexual topó en su día con este mismo óbice: quienes lo criticaban creían que permitirlo podría poner en peligro la continuidad de la institución familiar tradicional⁵⁷. Sin embargo, en multitud de países el matrimonio homosexual goza de un importantísimo respaldo social, sin que ello haya comprometido la continuidad del modelo tradicional de familia. No logro ver cómo unos pocos casos de incesto consentido entre adultos que, en el fondo, son los que se producen en la *praxis*⁵⁸ podrían, en cambio, lograrlo.

2.2.2. La excepcional intromisión del Derecho Penal en la esfera familiar

Durante años el Derecho Penal se mantuvo al margen de lo que acontecía en el seno del hogar⁵⁹. Se entendía que lo que allí ocurría formaba parte de la esfera de intimidad y, por tanto, nadie más que los integrantes del núcleo familiar debían ocuparse de solucionar el conflicto que ellos mismos habían desencadenado. Con el paso del tiempo preocupantes fenómenos obligaron a que esa indiferencia del Derecho Penal cesara. Muestra inequívoca de ello son las diversas manifestaciones del problema de la violencia intrafamiliar. Por mucho que los episodios de violencia física y/o psíquica se produzcan en la más pura clandestinidad, nadie cuestiona que la intromisión del Estado estaría perfectamente justificada debido a la lesión o puesta en peligro de valiosos intereses dignos de amparo jurídico-penal. En rigor, esta serie de acontecimientos poseerían una incuestionable dimensión pública que escaparía de lo estrictamente privado⁶⁰.

El caso del incesto es diametralmente distinto. Se trata de una práctica sexual puramente privada. Además, el interés en prohibirlo residiría en los potenciales problemas familiares futuros encuadrables también dentro de la esfera íntima de los individuos. Problemas cuya relevancia no creo que sea de una entidad tal como para permitir el *ius puniendi*. No parece que el riesgo de inestabilidad o ruptura de la vida familiar, en sí mismo considerado, sea un asunto que tenga que incumbir al Derecho Penal⁶¹. Al fin y al cabo, las desavenencias y crisis familiares, capaces de

⁵⁵ Expresa HÖRNLE, 2014a, p. 94 que no resulta convincente argumentar que el modelo tradicional de familia mejora el bienestar de la infancia como tampoco que el no-tradicional lo empeora.

⁵⁶ En este sentido, BERGELSON, 2013, p. 49. Próximo a estas ideas, RITSCHER, 2021, p. 1339, Nm. 5.

⁵⁷ BERGELSON, 2013, p. 49.

⁵⁸ Según advierte HÖRNLE, 2014a, p. 97 el incesto no es un fenómeno extendido.

⁵⁹ AGUSTINA, 2010, pp. 3-5.

⁶⁰ Como señala MIRÓ LLINARES, 2015, p. 40 “algunos ‘injustos’, incluso cometidos en privado y que no tienen un impacto material externo, como la violencia doméstica, no dejan de ser públicos por perpetrarse en la privacidad del hogar”.

⁶¹ Opina HÖRNLE, 2006, p. 143 que los intereses relativos a las redes privadas o sociales no pueden ser protegidos a partir de derechos subjetivos a diferencia de otros intereses. Por su lado, ZABEL, 2008, p. 455 califica como paternalista la intervención del Derecho Penal a efectos de prevenir daños en la familia.

comprometer la armonía en el hogar, no son infrecuentes y su origen puede ser de lo más diverso (piénsese, p. ej., en los conflictos de pareja o en la rivalidad entre hermanos). No obstante, la gestión de esta clase de conflictos interpersonales no pasa por recurrir a la amenaza de la pena, salvo cuando se lesionen o pongan en peligro intereses merecedores de amparo jurídico-penal. A fin de solucionar esta clase de problemas bastaría con recurrir a vías extrajudiciales como, p. ej., terapias o mediaciones familiares. ¿Por qué habría que emplear una vara de medir distinta en el caso del incesto?

2.2.3. Dudas sobre la potencial lesión de la institución familiar como consecuencia de la práctica de incesto

Pese al empeño por justificar que la censura penal del incesto responde a la protección de la institución familiar, todavía no ha conseguido demostrarse ese presunto potencial lesivo.

Primero de todo, no está claro qué fue antes, si el huevo o la gallina. Es decir, si el incesto es lo que genera tensiones en el hogar o si son precisamente los problemas en el seno de la familia los que originan las relaciones incestuosas⁶². Pero incluso suponiendo que estuviese probada una correlación entre la práctica de incesto y las tensiones en el hogar, veo difícil que un número anecdótico de casos de incesto consentido entre adultos perjudique la institución familiar en sí. Más aún, faltaría por aclarar cómo debería procederse cuando la relación sexual entre parientes sea aceptada por los miembros de la unidad familiar y, en consecuencia, las dinámicas personales permanezcan inalteradas.

Asimismo, suena paradójico que se apele a ese carácter destructivo del incesto cuando a lo mejor es el incesto precisamente lo que permite formar una nueva familia. Supongamos que dos hermanos separados al nacer, tras haber alcanzado la mayoría de edad, retoman contacto, inician una relación sentimental y engendran descendencia común. En este caso el incesto no habría destruido ninguna familia. Todo lo contrario: gracias precisamente al incesto se habría constituido una nueva familia⁶³. Justo eso fue lo que sucedió en el caso Stübing: Patrick y Susan formaron una familia con sus cuatro hijos. Paradójicamente lo que provocó una grave crisis en el hogar fueron las sanciones penales y las medidas civiles que se acordaron judicialmente tras salir a la luz el escándalo. Patrick tuvo que pasar una buena temporada en prisión y estuvo apartado de su mujer e hijos. También la *Jugendamt* acordó que tres de los cuatro hijos de la pareja fueran entregados a hogares de acogida.

Mi impresión es que la excesiva preocupación por los efectos perversos del incesto sobre el bienestar del hogar nos está desviando de lo que realmente importa.

⁶² DUTTGE, 2011, p. 230; ZABEL, 2008, p. 455; ELLBOGEN, 2006, p. 191.

⁶³ Dicho argumento fue esgrimido por la defensa jurídica de Patrick Stübing, según puede leerse en la STEDH de 13 de abril de 2012 (Stübing contra Alemania), p. 8.

No creo que el incesto consentido entre personas adultas sea tan pernicioso como suele creerse y deba ser motivo de preocupación desde el plano de la protección de la familia. Lo que realmente rompería la armonía en el hogar son los atentados sexuales que un pariente lleva a cabo contra otro⁶⁴. Difícilmente las dinámicas familiares seguirán intactas en tales contextos. Pero ahí la injerencia del Estado no estaría justificada porque se esté afectando la buena marcha de la familia sino en virtud de la lesión de la libertad y/o indemnidad sexuales ajenas.

2.2.4. ¿Un deber positivo-especial de fomentar la institución familiar? La tesis de KUBICIEL

KUBICIEL ha sido uno de los autores que en los últimos tiempos ha defendido que el objetivo perseguido con la criminalización del incesto en el § 173 StGB sería prevenir la erosión de la institución familiar. Según KUBICIEL, la familia es una institución que prepara la formación de la identidad personal del individuo, le sirve como cobijo social, amplía sus limitadas posibilidades y le proporciona una libertad real y personal. Las bondades de formar parte de un núcleo familiar a las que se refiere KUBICIEL ya fueron advertidas años atrás por algunos criminólogos que, en distintos ámbitos (p. ej., delincuencia juvenil), vieron en los fuertes lazos familiares un factor de protección que contribuiría a disminuir la probabilidad de que alguien transgreda las normas⁶⁵. No me detendré en eso ahora. Donde sí deseo detenerme es en la idea, defendida por el autor alemán citado, de que el fundamento del castigo por practicar incesto orbitaría en torno al quebrantamiento por el agente de un deber positivo de promover la institución familiar. Opina KUBICIEL que las relaciones incestuosas desencadenan una difícil tensión en el seno de la familia que podría terminar por deteriorarla. Por consiguiente, lo que, desde su punto de vista, yacería tras el § 173 StGB sería la infracción de un deber positivo de fomentar la institución familiar⁶⁶. Sobre la tesis de KUBICIEL hay un par de cuestiones que comentar.

En primer lugar, no está del todo claro que la familia sea una institución de la que se deriven deberes de relevancia penal para ciertos sujetos que ocupan un rol especial (los parientes), so riesgo, sobre todo, de ensanchar la noción de “institución” hasta extremos intolerables que permitan dar cabida a cualquier clase de relación jurídicamente reconocida. El propio JAKOBS, a quien le debemos el concepto de competencia institucional, que, a su entender, permitiría fundamentar, junto con la competencia por organización, la imputación del resultado en comisión

⁶⁴ HÖRNLE, 2004, p. 454; ROXIN, 2009, pp. 545.

⁶⁵ Esta idea ya puede encontrarse, p. ej., en la teoría de los vínculos sociales de HIRSCHI, 1969, pp. 16 y ss. Según esta teoría, no hay que preguntarse por qué la gente delinque, como hasta ese momento habían hecho las teorías criminológicas propuestas, sino por qué respeta el Derecho. En opinión de HIRSCHI, ello responde al arraigo del individuo con el orden social. Arraigo que viene definido a partir de una serie de vínculos sociales, el primero de los cuales es el apego, esto es, las fuertes relaciones sociales (especialmente, las familiares) que fomentan la conformidad con las normas.

⁶⁶ KUBICIEL, 2012, p. 288.

por omisión, no reconoce a la familia *per se* como una institución. Solamente nombra un par de instituciones ligadas a dicho ámbito de las que emanarían deberes positivo-especiales: la relación paternofamiliar y el matrimonio⁶⁷. Pero tan siquiera creo que lo que realmente infrinja el agente en estos casos sean propiamente deberes positivo-especiales. Aquello que justifica que el padre o la madre hayan de responder penalmente en comisión por omisión cuando su hijo fallece fruto de su desatención no es haber lesionado, en sí, la institución paterno-familiar⁶⁸ sino haber descuidado, en perjuicio de un ámbito de autonomía ajeno, un compromiso de contención de riesgos previamente contraído que obligaba a protegerlo cuando su integridad y vida se viesan amenazadas⁶⁹. Habiendo omitido actuar en línea con la norma de mandato que se les dirigía lo que se les reprocharía a los progenitores no es otra cosa que gestionar defectuosamente su libertad por haber actuado de un modo incoherente con el compromiso de garante antes referido y haber dañado así la esfera de organización de su hijo por no haberle prestado el auxilio que necesitaba ante una determinada situación de peligro. Estaríamos haciendo referencia, por tanto, a la lógica del *neminem laedere* sobre la que se asentarían los deberes negativos que, a mi entender, serían infringidos por los progenitores⁷⁰.

Aun si convenciese que la familia, en sí misma considerada, es una institución digna de protección jurídico-penal, existe otro problema más. Llevando el razonamiento de KUBICIEL hasta sus últimas consecuencias, debería concluirse que cualquier acto que ponga en peligro a la familia merecería ser criminalizado. Un buen ejemplo es el problema del alcoholismo o el de la drogadicción que, sin duda, pueden provocar serias tensiones en el hogar. Ante lo dicho, podría contestarse que algunos comportamientos, como el antes apuntado, se situarían dentro de la esfera de lo socialmente permitido y, por ello, no cabría considerarlos en el proceso de criminalización. Otras conductas, como las infidelidades conyugales, sin duda idóneas para comprometer la continuidad de la pareja, fueron en su día castigadas en países como Alemania o España como parte de la categoría de los delitos contra la familia, pero ya no se encuentran tipificadas⁷¹. Siendo así, habría que preguntarse qué impediría ubicar en este mismo plano al incesto.

⁶⁷ JAKOBS, 1997, pp. 993 y ss.

⁶⁸ Manifiesta ROBLES PLANAS, 2013, p. 8 que “lo que se estaría lesionando mediante la infracción del deber positivo no sería primariamente la esfera organizativa ajena (ello sólo sucede mediante la lesión de deberes negativos), por no mejorarla, sino que precisamente se estaría lesionando la institución de la cual se deriva aquel deber jurídico-penal”.

⁶⁹ Sobre la vulneración del compromiso de garante como fundamento material de la responsabilidad penal en comisión por omisión, vid. SILVA SÁNCHEZ, 2010, pp. 429-431; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 464, 483-484; SILVA SÁNCHEZ, 1989, pp. 376-377

⁷⁰ Escribe ROBLES PLANAS, 2013, p. 5 que “quien asume como garante la realización de actuaciones de mejora sobre un tercero y llegado el momento infringe tal compromiso, lesiona en realidad un deber negativo que podría tener fenomenológicamente un contenido positivo, de mejora”.

⁷¹ En España el adulterio estuvo tipificado en el artículo 449 CP hasta el año 1978 y la doctrina mayoritaria indicaba que se trataba de un delito contra la familia. Por todos, vid. COBO DEL ROSAL, 1963, p. 515.

3. *La vulneración de la autonomía sexual*

3.1. *Exposición del argumento*

El último argumento empleado por los partidarios de la criminalización del incesto es el de la vulneración de la autonomía sexual. Fundamentalmente, se expresa que un significativo número de relaciones sexuales incestuosas se producen en contextos coercitivos, con lo cual, conviene prohibir el incesto para, de esta forma, amparar el mencionado derecho.

3.2. *Crítica*

El incesto solamente vulneraría los derechos sexuales del individuo en un par de situaciones. O bien cuando el pariente que participe en la relación sexual sea menor de edad, debido a su falta de capacidad para comprender en toda su extensión el acto en el que participa, debiendo calificarse como inválido su consentimiento⁷², o bien cuando, pese a haber alcanzado la edad de consentimiento sexual, la víctima no haya prestado libremente su consentimiento (p. ej., porque su voluntad haya sido doblegada empleando violencia o intimidación o porque la víctima directamente no haya tenido ocasión de expresar nada al estar dormida)⁷³. Ahora bien, tanto en un caso como en otro, lo problemático no serían los lazos de parentesco entre quienes mantienen relaciones sexuales sino la ausencia de un consentimiento jurídicamente válido. Criminalizar el incesto a modo de herramienta político-criminal en aras de combatir este conjunto de preocupantes problemas resulta, a mi parecer, inútil: para tales fines, ya disponemos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁷⁴. Bien mirado, las relaciones sexuales consentidas válidamente entre adultos que mantienen entre sí vínculos de consanguinidad constituyen un auténtico reflejo del ejercicio de la libertad sexual de cada cual.

III. Tabúes, ofensas e incesto

Descartado que la prohibición penal del incesto quepa justificarla desde las bases del principio del daño, interesa reflexionar ahora sobre si acaso operaría una lógica

⁷² Apunta SEBO, 2006, p. 50 que el sexo entre padres e hijos menores de edad es inmoral no porque sea incestuoso sino porque constituye una violación.

⁷³ Opina HÖRNLE, 2014a, pp. 88 y ss., que podrían darse situaciones en las que, a pesar de haber prestado la víctima mayor de edad consentimiento fáctico (es decir, que explícita o implícitamente nada haya objetado contra la práctica sexual), no concurriría, sin embargo, consentimiento jurídicamente válido. Menciona HÖRNLE, en primer lugar, aquella relación incestuosa que empezó en forma de abuso sexual o violación cuando la víctima era menor de edad y continuó como práctica habitual tras haber alcanzado la edad adulta. El escándalo del actor alemán Klaus Kinski, quien abusó sexualmente de su hija Pola cuando era menor de edad y luego continuó su relación con ella durante más tiempo, contaría como ejemplo. Y en segundo lugar, las relaciones entre padres e hijos por ocupar cada cual un rol dominante y débil, respectivamente. Muestra ciertos reparos respecto a la postura defendida por la autora alemana GREEN, 2019, pp. 351 y ss.

⁷⁴ De esta opinión, KUBICIEL, 2012, p. 284; RITSCHER, 2021, p. 1339, Nm. 3; BERGELSON, 2013, p. 49.

alternativa. Pienso particularmente en la calificación del incesto como tabú sexual y en su criminalización en virtud de su condición de comportamiento ofensivo. Con tales fines, se examinará, en una primera dimensión descriptiva, los posibles orígenes del tabú del incesto y el debate mantenido en el seno de la psicología moral sobre si el asco que el incesto produce en parte de la población influiría de algún modo en su censura moral. Después, en una segunda dimensión normativa, se reflexionará acerca de si cabe que un tabú como el incesto sea criminalizado a partir del llamado principio de la ofensa.

1. El incesto como tabú y el debate sobre si el asco que produce en parte de la población influye en su censura moral

1.1. Posibles orígenes del tabú del incesto

Por tabú entendemos la prohibición de una determinada práctica con base en normas sociales con raíces culturales o religiosas que suelen transmitirse de manera acrítica generación tras generación y cuya transgresión suele generar en otros fuertes emociones negativas, particularmente asco⁷⁵. El incesto, que es considerado un auténtico tabú sexual⁷⁶, cumpliría perfectamente estas notas. Algunas referencias bíblicas reflejan que la prohibición del incesto viene de lejos⁷⁷: ya en el Levítico (18:6-18), p. ej., se veta descubrir la desnudez de familiares cercanos como padres, hermanos e hijos. Igualmente, suele darse prácticamente por sentado que el incesto está mal y no debe producirse, no haciendo falta socializar a la gente en un sentido tal como para hacerles entender por qué esto debe ser así⁷⁸. Y si hay una emoción que tiende a producir en terceros el incesto es precisamente asco⁷⁹.

MALINOWSKI se atrevió a considerar al incesto un tabú universal⁸⁰. No obstante, pese a que la prohibición del incesto se ha mantenido relativamente persistente a largo de la historia y en diversas culturas, lo cierto es que hubo épocas en las que fue una práctica ejercida por algunos gobernantes. Es el caso, p. ej., de Cleopatra VII, quien estuvo casada con dos de sus hermanos menores. De hecho, se cifran en

⁷⁵ Hablan sobre las emociones negativas, particularmente el asco, que el quebrantamiento de un tabú tiende a desencadenar GUTIERREZ/GINER-SOROLLA, 2007, p. 853; LIEBERMAN/PATRICK, 2018, pp. 8-9.

⁷⁶ DE LORA, 2019, p. 26.

⁷⁷ Comenta BERGELSON, 2013, p. 45 que las leyes estadounidenses que prohíben el incesto mantienen estrechas conexiones con aspectos religiosos.

⁷⁸ El incesto no suele ser un tema sobre el que se hable. Rara será la vez en la que el incesto sea objeto de una charla o taller de educación sexual. En las escuelas no se discute por qué es censurable que los hermanos o los progenitores y sus descendientes mantengan relaciones sexuales. Tampoco los padres se esfuerzan por explicarles a sus hijos por qué el incesto no debe producirse. En este sentido, SANDERSON, 2005, p. 8.

⁷⁹ Con todo, llama la atención que suela expresarse que el incesto produce asco en terceros pero, a su vez, una de las categorías pornográficas más populares sea precisamente el denominado “fauxcest”: contenidos pornográficos en los que actores y actrices simulan mantener lazos familiares entre sí. Esta es una difícil cuestión que no podrá ser considerada en el presente trabajo. Vid., MAY, 2015, pp. 1-4; SNOW, 2017, pp. 1-6.

⁸⁰ MALINOWSKI, 1989, p. 100.

decenas las sociedades en las que en algún momento de su historia las relaciones sexuales entre familiares no han sido censuradas⁸¹. Hoy por hoy, merecería la pena explorar si en sociedades avanzadas el tabú del incesto continuaría “vivo” o, cuando menos, preservando la misma fuerza que en un pasado y si, en cualquier caso, casaría bien con el espíritu de los tiempos, máxime a la luz de los cambios que las convicciones morales de la sociedad experimentan⁸².

Cómo el incesto se convirtió en tabú no es algo que haya recabado consenso⁸³. Algunas de las explicaciones sugeridas, como la prevención de daños genéticos⁸⁴ o la erosión de la institución familiar⁸⁵, no nos resultan ya ajenas, por lo que prescindiremos de volver a analizarlas. Más prometedor resulta detenerse, en estos momentos, en otro tipo de explicaciones que han cosechado también amplia aceptación: el efecto Westermarck y la promoción de la exogamia.

El efecto Westermarck consiste en la aversión sexual innata que los seres humanos sentimos hacia aquellas personas con quienes nos hemos criado⁸⁶. El propio sociólogo finlandés WESTERMARCK sugirió que las normas sociales que censuran el incesto no serían más que una expresión de esa aversión sexual⁸⁷, pese a que, como críticamente ha señalado COFNAS, no existiría una conexión lógica entre la predisposición biológica a sentir aversión hacia el sexo entre hermanos y la derivación, a partir de ello, de una norma que establezca que todo el mundo debe omitir practicar sexo con sus respectivos hermanos⁸⁸ (es decir: que WESTERMARCK incurriría en una falacia naturalista). El efecto Westermarck ha sido validado empíricamente por algunos estudios⁸⁹. Uno de los más ambiciosos fue la investigación del sociólogo húngaro SHEPHER sobre los kibutz⁹⁰. Los kibutz son comunidades sitas en Israel donde, tiempo atrás, solía practicarse una radical crianza colectiva de los niños. En vez de convivir con sus progenitores y ser ellos quienes se encargaban de cuidarlos, hasta prácticamente la adolescencia, los niños pasaban sus días en hogares junto con otros niños que también eran apartados de sus padres, salvo en el momento de las visitas que apenas duraban unas pocas horas. SHEPHER analizó cerca de 3000 matrimonios de personas criadas en kibutz y no logró encontrar ni uno solo compuesto por gente crecida en un mismo kibutz durante su niñez (de 0 a

⁸¹ Vid. FOX, 1980, p. 6.

⁸² Revelador es que, tal como explica ROXIN, 2009, p. 549, varios periódicos alemanes cubrieron el caso Stübing mostrando cierta simpatía hacia la pareja de hermanos, no condenándoles por lo que hicieron.

⁸³ En detalle, vid. TURNER/MARYANSKI, 2005.

⁸⁴ BITTLES, 2005, pp. 38 y ss.

⁸⁵ MALINOWSKI, 1989, p. 100.

⁸⁶ WESTERMARCK, 1891.

⁸⁷ WESTERMARCK, 1906.

⁸⁸ COFNAS, 2020, p. 9. En un sentido parecido, LIEBERMAN/PATRICK, 2018, p. 193 quienes critican que se incurre en una falacia naturalista en el momento en que la aversión instintiva sentida hacia un objeto o comportamiento automáticamente se considera que vale la pena canonizarla en el sistema de leyes.

⁸⁹ Con amplias referencias, vid. FESSLER/NAVARRETE, 2004, pp. 278 y ss.

⁹⁰ SHEPHER, 1983.

6 años). Algo así reflejaría, en apoyo del efecto Westermarck, que la convivencia durante la infancia entre personas ajenas, biológicamente hablando, incrementaría la probabilidad de que se mostrasen más reacias a practicar sexo o a contraer matrimonio.

La otra explicación sobre el origen del tabú del incesto la propuso LÉVI-STRAUSS. En opinión del antropólogo francés, la prohibición del incesto tendría como objetivo promover la exogamia⁹¹. Si los miembros de una comunidad se hubiesen limitado a relacionarse solamente entre sí, la expansión de la civilización sencillamente no hubiese sido posible. La prohibición del incesto habría presionado a los miembros de grupos sociales a emparentarse con extraños, permitiéndose, de este modo, forjar nuevos lazos y alianzas⁹².

1.2. Por qué el incesto genera asco en parte de la población

Como ya avanzamos, el incesto suele repugnar a terceros⁹³. En el efecto Westermarck se cree que radica la clave para comprender por qué. Se baraja la posibilidad de que dicha reacción emocional constituya un reflejo de la aversión sexual personal que sentimos hacia nuestros propios hermanos⁹⁴. Cuando pensamos en el incesto ajeno tendemos a imaginarnos a nosotros mismos participando en un acto sexual con nuestro propio pariente y esto es algo que nos repugna⁹⁵. Por ello, se cree que la probabilidad de sentir asco será más elevada entre aquellos individuos que tengan hermanos con quienes se haya desarrollado la referida aversión sexual. LIEBERMAN/SMITH dedicaron esfuerzos a indagar cómo surge exactamente esa impronta sexual inversa. Según estos autores, los seres humanos nos valemos de un par de indicadores a la hora de identificar quienes son nuestros hermanos para, de este modo, descartarles como potenciales candidatos sexuales, cosa que, a su vez, influye en el modo como reaccionamos frente al incesto practicado por otros⁹⁶. Primero, la asociación materno-infantil, esto es, haber presenciado cómo nuestra madre cuidó de esa persona durante sus primeros años de vida (amamantándolo, protegiéndole ante posibles peligros, formándole, etc.). Y segundo, la duración e intensidad de la convivencia con esa persona desde el momento del nacimiento. Ausentes estos factores, será menos probable que, por mucho que compartan lazos de consanguinidad, los sujetos desarrollen aversión sexual recíproca. Más aún, hay

⁹¹ LÉVI-STRAUSS, 1969.

⁹² En este sentido, y con anterioridad, WHITE, 1948, pp. 423 y ss., quien explica que la prohibición del incesto hunde sus raíces en la maximización de los beneficios de la cooperación gracias al contacto con otros grupos sociales distintos a la familia.

⁹³ BERGELSON, 2013, p. 58.

⁹⁴ FESSLER/NAVARRETE, 2004, p. 292; LIEBERMAN/SMITH, 2012, pp. 244-246; ANTFOLK/KARLSSON, 2012, p. 222.

⁹⁵ LIEBERMAN/PATRICK, 2018, p. 117 precisan que nos repugna la idea del incesto entre hermanos no debido a que comprendamos por qué surgieron tales reacciones sino simplemente porque sentimos asco hacia la idea de besar con lengua a un hermano.

⁹⁶ LIEBERMAN/SMITH, 2012, pp. 244-246.

quien considera que el reencuentro de familiares de sangre que fueron separados al nacer y permanecieron alejados uno de otro durante la infancia e incluso en etapas posteriores de sus vidas podría llegar a despertar poderosos deseos físicos y emocionales debido a la probable compatibilidad de personalidades, intereses o rasgos físicos conforme a su predisposición genética. Dicho fenómeno ha sido bautizado con el nombre de “atracción sexual genética”⁹⁷. Esto último nos ayuda a entender por qué en un significativo número de casos de incesto no fue casual que los factores que suelen anular la atracción sexual entre parientes no estuvieran presentes. Patrick Stübing no conoció a su familia biológica hasta cumplidos los 23 años. Fue entonces cuando tuvo su primer contacto con su hermana Susan con quien poco después inició una relación sentimental. Ni Patrick ni Susan se criaron juntos.

La impronta sexual inversa poseería, según lo visto, un relevante potencial de cara a explicar por qué hay gente que experimenta asco hacia el incesto. Sin embargo, conviene destacar que investigaciones recientes han identificado otros factores que contribuirían a comprender el porqué de la repugnancia respecto a semejante práctica⁹⁸. Centrándome en los casos de incesto entre colaterales, importaría también si los hermanos que participaron en la relación sentimental son consanguíneos o bien adoptivos ya que lo primero suele desagradar más que lo segundo. Igualmente, es relevante si los hermanos conocían o desconocían su vínculo de parentesco a la hora de mantener relaciones sexuales. La inseguridad respecto a este dato tiende a rebajar nuestro rechazo hacia el acto practicado. Del mismo modo, el grado de parentesco también posee relevancia. No repugna igual el incesto entre primos lejanos que el incesto entre hermanos.

1.3. *El debate acerca de la conexión del asco con los juicios morales*

Según se ha visto, el incesto despierta asco en parte de la población⁹⁹. Y lo que en estos momentos debemos preguntarnos es si esa emoción ejercería algún tipo de influencia en la censura moral de dicha práctica. Este análisis será útil para abordar con mayor rigor luego el debate normativo acerca de la legitimidad de prohibir penalmente el incesto a la luz de las emociones negativas que despierta en otros¹⁰⁰.

⁹⁷ Esta expresión alcanzó cierta popularidad a raíz de la historia de Barbara Gonyo quien confesó haber practicado incesto con su hijo. Gonyo dio en adopción a su bebé a la edad de 16 años. Cuando ella cumplió 42 años y él 26 años, retomaron el contacto y surgió entre ellos atracción sexual. Así lo relata en su libro GONYO, 2011. Aunque el fenómeno de la atracción sexual genética ha sido objeto de debate científico, lo cierto es que existen varios estudios que muestran que los llamados “hermanos desconocidos” se sienten ligeramente más atraídos entre sí en comparación con personas extrañas biológicamente hablando. Vid. LITTLE/PENTON-VOAK/BURT/PERRETT, 2003, p. 49.

⁹⁸ Vid. LIEBERMAN/SMITH, 2012, pp. 244-246; KRESANOV ET AL, 2018, pp. 664-674.

⁹⁹ Debido al carácter relativo del asco, sólo resulta atinado expresar que algo asquea a una o varias personas, no que ese algo es asqueroso. En este sentido, HUSAK, 2006, p. 107.

¹⁰⁰ Destacan PATRICK/LIEBERMANN, 2018, pp. 124-125 la importancia de comprender bien el papel del asco en la formación de juicios morales para así poder evaluar adecuadamente una cuestión normativa como es el debate sobre la legislación de la moral.

Pues bien, lo primero que debe aclararse es que la función primitiva del asco ha consistido en operar como mecanismo de defensa del cuerpo frente a agentes patógenos¹⁰¹. Ver una fruta en fase de descomposición seguramente nos produzca asco y esa emoción conviene sentirla porque nos alerta de que no hay que ingerirla porque, de otro modo, caeremos enfermos. Experimentar esa emoción nos aleja de la fruta podrida al resultar potencialmente perjudicial para nuestra salud.

Sin embargo, el asco no sólo ha desempeñado esa función primitiva que ROZIN/HAITT/MCCAULEY denominan “asco nuclear” (*core disgust*)¹⁰². A la gente le repugna otras muchas cosas, como, p. ej., prácticas sexuales que se desmarcan de lo ortodoxo^{103 104}. Resulta que también el asco sirve como herramienta de regulación de las complejas interacciones sociales¹⁰⁵. Ha sido así como el asco, y otras emociones negativas, han captado el interés de una disciplina llamada “psicología moral” que esencialmente explora cómo los seres humanos enjuicamos moralmente situaciones con relevancia ética. Si bien, por influencia del seminal trabajo de KOHLBERG, durante la mayor parte del siglo XX el modelo racionalista sobre los juicios morales fue el imperante¹⁰⁶, lo cierto es que, en la actualidad, los psicólogos morales debaten sobre la conexión entre ciertas emociones negativas y la formulación de juicios morales.

En el seno de la psicología moral es extendida la opinión de que obtener conocimiento acerca de la comisión de infracciones morales puede desencadenar en otras emociones negativas¹⁰⁷. Desde luego, no reaccionamos emotivamente igual ante una infracción moral que ante otra. Conductas como el consumo de pornografía infantojuvenil o la zoofilia seguramente despierten asco en terceros (u otras como tristeza o rabia). En cambio, otro tipo de prácticas ilegales tal vez evoquen

¹⁰¹ ROZIN/HAITT/MCCAULEY, 2018, pp. 816 y ss. KELLY, 2011, pp. 140 y ss., habla concretamente de la *entanglement thesis* que es la conexión entre el innato sistema de repulsión del ser humano y la evitación de agentes patógenos.

¹⁰² ROZIN/HAITT/MCCAULEY, 2018, pp. 816, 818.

¹⁰³ ROZIN/HAITT/MCCAULEY, 2018, pp. 815-834; KELLY, 2011, pp. 140 y ss.,

¹⁰⁴ Evidentemente el asco posee un componente cultural incuestionable tal como comenta MILLER, 1997, p. 15. Lo que en una cultura suscita asco puede que en otra no. Los eventos que causan respuestas emotivas (*elicitors*) no son siempre coincidentes. P. ej., ingerir insectos tiende a repugnar en sociedades occidentales. Pero esta práctica es muy común en Japón o China. Asimismo, en países europeos eructar en medio de la comida desagradará al resto de comensales, mientras que en China o Arabia Saudí el eructo es símbolo de halago porque expresa que a la persona le ha gustado y saciado aquello que ha comido.

¹⁰⁵ KELLY, 2011, pp. 140 y ss., llama a esto la *co-opt thesis*.

¹⁰⁶ Lo advierte MCAULIFFE, 2018, p. 1.

¹⁰⁷ MCAULIFFE, 2018, pp. 4-5; AVRAMOVA, 2013, pp. 170-171; PIZARRO/INBAR/HELION, 2011, p. 267; MAY, 2018, pp. 156, 158. Particularmente, apuntan PATRICK/LIEBERMAN, 2018, p. 135: “(...) pueden haber muchas razones objetivas y neutras para prohibir un comportamiento que también provoca asco. Por ejemplo, las leyes que prohíben las relaciones sexuales entre niños y adultos suelen estar justificadas por el hecho de que los niños no son lo suficientemente maduros mentalmente como para otorgar el tipo de consentimiento que normalmente exigimos para llevar a cabo una actividad sexual, y no porque consideremos repulsiva la idea de mantener relaciones sexuales entre un adulto y un niño (aunque es probable que nosotros también nos sintamos así)”.

emociones distintas. Cuando en las noticias se informa sobre un reciente caso de asesinato lo más probable es que sintamos indignación, no asco.

Sobre dicha relatividad de la respuesta emocional, mencionar que SHWEDER/MUCH/MAHAPATRA/PARK propusieron una interesante teoría de los juicios morales, conforme a la cual, identificaron hasta tres códigos de ética: la ética de la autonomía, la ética de la comunidad y la ética de la divinidad¹⁰⁸. La ética de la autonomía tendría que ver con la maximización del ejercicio de la libertad por el individuo, alejada de interferencias externas que puedan damnificarla. La ética de la comunidad guardaría relación con los roles sociales que las personas desempeñan dentro de una estructura social. Y la ética de la divinidad promovería la idea de que los humanos somos seres espirituales que poseemos un alma o algún elemento divino que debe protegerse para impedir que se contamine. A partir de esta clasificación tripartita, ROZIN/LOWERY/IMADA/HAIDT sugirieron que cada respuesta emocional estaría asociada a la transgresión de uno de los mencionados códigos morales: la vulneración de las normas de la comunidad despertaría desprecio (*community/contempt*), la de las normas de la autonomía ira (*autonomy/anger*) y la de las normas de la divinidad asco (*divinity/disgust*). ROZIN/LOWERY/IMADA/HAIDT denominaron a su modelo la “hipótesis de la tríada CAD” (*CAD triad hypothesis*)¹⁰⁹.

Así las cosas, resulta pacífico expresar que el asco actuaría muchas veces como reacción emocional frente a una infracción moral pretérita, cumpliendo, de este modo, una función de alerta en relación con actos que plantearían un problema ético¹¹⁰. Donde los psicólogos morales no terminan de ponerse de acuerdo es en si adicionalmente el asco desempeñaría un papel activo en la condena moral de una conducta específica y, en caso de que sí, qué clase de influencia ejercería. Este fenómeno, cuya existencia se discute, ha recibido el nombre de “*yuck factor*”¹¹¹ o “*moral disgust*”¹¹².

Como primera posibilidad, se ha sugerido que las emociones negativas fortalecerían los juicios morales, estimando lo incorrecto aún más incorrecto. Es la llamada “tesis amplificadora del juicio moral”¹¹³ formulada con base en algunos estudios en psicología moral. No obstante, como precisaremos, a la luz de las limitaciones de estos estudios¹¹⁴, a lo sumo, podría concluirse que, a veces, experimentar una

¹⁰⁸ SHWEDER/MUCH/MAHAPATRA/PARK, 1997, pp. 119-169.

¹⁰⁹ ROZIN/LOWERY/IMADA/HAIDT, 1999, pp. 574-586.

¹¹⁰ En este sentido, MAY, 2018, pp. 156, 158, 165. También HUEBNER/DWYER/HAUSER, 2009, p. 1 comentan que la emoción meramente llama la atención sobre los aspectos morales de nuestro entorno. Asimismo, HAY, 2018, p. 149 explica que emociones morales como el asco nos pueden ofrecer razones para repensar nuestras creencias o pensar detenidamente sobre un problema que previamente hayamos ignorando. Sin embargo, matiza esta autora, no pueden hacerlo solas, sin la influencia guía y reflexiva de la razón.

¹¹¹ KELLY, 2011, pp. 11 y ss.

¹¹² ROZIN/HAIDT/MCCAULEY, 2018, pp. 821 y ss.

¹¹³ Por todos, vid. PIZARRO/INBAR/HELION, 2011, pp. 267-268; AVRAMOVA/INBAR, 2013, pp. 172-173.

¹¹⁴ En detalle, vid. MAY, 2014, pp. 125 y ss.

emoción negativa puede influir levemente en algunas personas a la hora de enjuiciar moralmente un determinado evento¹¹⁵.

SCHNALL ET AL¹¹⁶ llevaron a cabo un total de cuatro experimentos, en cada uno de los cuales, incorporaron un desencadenante de asco (*disgust elicitor*) distinto a fin de generar esa emoción negativa en algunos de los participantes en el estudio: introducir malos olores, solicitar que se respondiese desde un lugar de trabajo sucio y caótico, compartir una experiencia que suscitaba asco físico o proyectar una desagradable escena de la película *Trainspotting*. Establecida esta variable, repartieron una encuesta que contenía una serie de relatos cuya inmoralidad debía ser evaluada. Parece ser que quienes emitieron juicios de valor más críticos fueron aquellos que estuvieron expuestos a esas peculiares circunstancias en comparación con los integrantes del grupo de control que respondieron en mejores condiciones (p. ej., desde mesas de trabajo limpias y ordenadas o con olores en el ambiente más agradables). Aun así, debe puntualizarse que sólo en relación con algunos relatos unos pocos participantes estuvieron influidos por tales desencadenantes de asco a la hora de plasmar en el cuestionario su evaluación moral.

Por otro lado, en el experimento de WHEATLEY/HAIDT¹¹⁷ se hipnotizó a los participantes del estudio de un modo tal como para que sintiesen asco al leer una palabra clave neutra (para la mitad de los participantes fue “*often*” y para la otra mitad “*take*”). Hecho esto, se les presentó un total de seis relatos que presentaban algún tipo de transgresión moral (p. ej., un caso de corrupción, de sexo entre primos o de hurto en un establecimiento) y se les pidió que los enjuiciaran mediante una escala de puntos que tenía como extremo “no es, en absoluto, inmoral” y como extremo opuesto “es extremadamente inmoral”. Aparentemente en aquellos relatos donde se incluyó la palabra clave que por hipnosis evocaba asco el nivel de desaprobación moral fue mayor. Resultados similares obtuvieron con un segundo experimento en el que se adicionaron historias neutras en términos morales. Lo controvertido de ambos experimentos ya no es solo la dudosa fiabilidad de la técnica de hipnosis empleada sino que, de nuevo, sólo en relación con determinadas historietas el asco ejerció alguna influencia en una minoría de participantes a la hora de llevar a cabo su evaluación moral.

Más radical que la antecedente es la “tesis constitutiva de los juicios morales”, según la cual, las emociones negativas, y en especial el asco, influirían decisivamente en un amplio abanico de juicios morales, hasta el punto de ser condición necesaria y suficiente en su formulación¹¹⁸, posibilidad que ha recibido un limitadísimo soporte empírico¹¹⁹. En esta dimensión, donde la razón sería prácticamente

¹¹⁵ MAY, 2018, pp. 154-155.

¹¹⁶ SCHNALL ET AL, 2008, pp. 1096-1109.

¹¹⁷ WHEATLEY/HAIDT, 2005, pp. 780-784.

¹¹⁸ Por todos, vid. PIZARRO/INBAR/HELION, 2011, p. 268; AVRAMOVA/INBAR, 2013, pp. 173-175.

¹¹⁹ AVRAMOVA/INBAR, 2013, p. 175.

desterrada de la labor de enjuiciamiento moral, se integrarían, por un lado, el sentimentalismo, que hunde sus raíces en la obra de HUME¹²⁰ y cuyo máximo representante contemporáneo es PRINZ, y, por otro lado, el intuicionismo social, encabezado por HAIDT.

A juicio de PRINZ, las emociones desencadenarían directamente evaluaciones morales y las normas morales estarían fundamentadas esencialmente en emociones¹²¹. Para este autor expresar que algo es censurable no sería más que una verbalización de nuestra emoción negativa hacia ese acto. Dicha postura sentimentalista topa, sin embargo, con un importante escollo. PRINZ hace depender prácticamente por completo los juicios morales de las emociones sentidas. Pero hay una plétora de comportamientos que evocan asco y que no por ello estimamos inmorales¹²² (p. ej., practicar coprofilia o hurgarse las fosas nasales). Y también ocurre lo contrario: censuramos moralmente otras conductas sin tener, para ello, que experimentar una emoción concreta¹²³ (p. ej., el *insider trading*).

Siguiendo con HAIDT, resulta que una de sus investigaciones más conocidas tuvo como propósito explorar precisamente por qué la gente estima inmorales una serie de prácticas, entre ellas, el incesto. Con tal fin, HAIDT presentó a treinta alumnos de la Universidad de Virginia el siguiente relato¹²⁴:

Julie y Mark, que son hermana y hermano, están de viaje en Francia. Ambos están disfrutando de sus vacaciones de verano universitarias. Una noche se quedan solos en una cabaña cerca de la playa. Deciden que sería interesante y divertido probar a hacer el amor. Cuando menos, sería una experiencia nueva para ellos. Julie toma píldoras anticonceptivas pero, para estar del todo seguros, Mark utiliza preservativo. Julie y Mark pasan un buen rato pero deciden no volver a hacer lo que hicieron. Guardan esa noche como un secreto especial entre ambos, cosa que les hace sentirse aún más unidos.

HAIDT preguntó qué opinión les merecía el caso, si consideraban que estuvo mal que Julie y Mark mantuvieran relaciones sexuales. HAIDT manifestó haber redactado el relato de una manera especialmente cuidadosa: eliminó cualquier información que, a su parecer, pudiese dar a entender que se había producido un daño (*harmless-taboo story*) e invitase a los estudiantes a recurrir a esa lógica a la hora de manifestar una opinión negativa sobre lo que Julie y Mark hicieron (p. ej., HAIDT dejó claro que los hermanos utilizaron en todo momento métodos anticonceptivos con tal esquivar el problema de los daños genéticos). Lo llamativo de este experi-

¹²⁰ HUME, 1739, pp. 7 y ss.

¹²¹ PRINZ, 2006, pp. 33-34. Próximo a estas ideas, NICHOLS, 2002, pp. 221-236. También véase el trabajo conjunto publicado por los autores citados. A saber, PRINZ/NICHOLS, 2010, pp. 111 y ss.

¹²² PIZARRO/INBAR/HELION, 2011, p. 268; COFNAS, 2020, p. 46.

¹²³ Apuntan AVRAMOVA/INBAR, 2013, p. 175 que “algunas violaciones morales (p. ej., la evasión de impuestos), aunque se perciben como inmorales, normalmente no provocan fuertes sentimientos negativos, lo que implica que el papel de las emociones a veces puede ser menos central”.

¹²⁴ HAIDT, 2001, pp. 814 y ss.; EL MISMO, 2012, pp. 21 y ss., 44-48.

mento es que los entrevistados que manifestaron una opinión crítica en relación con el incesto practicado por Julie y Mark – un total de 24 – fueron incapaces, según HAITD, de justificar por qué emitieron esa opinión a pesar de sentir que no estuvo bien (“No lo sé”, “No lo puedo explicar”, “Solo sé que está mal”, expresaron algunos).

A este fenómeno HAITD lo bautizó con el nombre de “desconcierto moral” (*moral dumbfounding*): la persona enjuicia negativamente una situación determinada pero es incapaz de razonar por qué le parece mal¹²⁵. En opinión de HAITD, ello reflejaría que nuestros juicios morales no responden a un sosegado y lento razonamiento sino que serían producto de nuestras intuiciones (grupo en el que participarían las emociones) que son procesos cognitivos más rápidos y automáticos¹²⁶. Y después, con carácter *ex post facto*, trataríamos de hallar buenas razones a fin de justificar el juicio previamente expresado, pero que, una vez contrarrestadas, no llegarían a buen puerto.

El experimento de HAITD pasó inicialmente inadvertido y no fue hasta pasados unos años que el fenómeno del desconcierto moral empezó a despertar interés en la academia y a alimentar un debate en boga¹²⁷. Hasta hoy, son varios los autores que se han pronunciado en contra la tesis de HAITD. Buena parte de las objeciones planteadas han tenido que ver con las limitaciones del experimento de HAITD y la dificultad de sostener esa presunta falta de racionalidad en los negativos juicios morales emitidos en su estudio. Se ha comentado que quizás no es que los entrevistados careciesen de razones a los efectos de condenar el incesto sino que experimentaron dificultades para articularlas¹²⁸. Igualmente, se ha criticado que algunos de los entrevistados sí trataron de justificar por qué estimaban dañino lo hecho por Julie y Mark pero sus argumentos fueron invalidados por la persona que, desde una posición de autoridad, dirigía el experimento¹²⁹. Tras ello, subyacería, a su vez, un tema de gran calado: qué cuenta exactamente como razón en el contexto del enjuiciamiento moral de una conducta¹³⁰ y, en particular, si el asco, en sí mismo considerado, constituiría una buena razón en aras de la condena moral del comporta-

¹²⁵ HAITD, 2012, pp. 21 y ss., 48 y ss.

¹²⁶ La dualidad entre la intuición y la razón aceptada por HAITD parecería casar bien con el doble sistema de procesamiento de información explorado por KAHNEMAN, 2011, pp. 33 y ss., 48 y ss., compuesto por un irreflexivo e impulsivo Sistema 1 y otro reflexivo y lento Sistema 2. Adicionalmente, el papel protagonista de la intuición en la formulación de juicios morales defendido por HAITD se situaría en línea con el más frecuente recurso al Sistema 1 en la toma de decisiones diarias sobre el que hablan, p. ej., THALER/SUNSTEIN, 2021, pp. 23 ss. Pese a todo, debe puntualizarse que una cosa es enjuiciar moralmente un acto y otra bien distinta adoptar una decisión (económica o de otra índole) entre varias alternativas posibles.

¹²⁷ Un sugerente desafío que se ha abordado recientemente es el de si el fenómeno del desconcierto moral se daría también en grupos de población no-occidentales con características distintas a las poseídas por aquellas personas que participaron en los experimentos analizados. Vid. MCHUGH ET AL, 2023, pp. 1-18.

¹²⁸ JACOBSON, 2012, pp. 304.

¹²⁹ JACOBSON, 2012, pp. 298-299; MCAULIFFE, 2018, p. 13.

¹³⁰ ROYZMAN/KIM/LEEMAN, 2015, p. 311.

miento realizado¹³¹. Sin ir más lejos, recientemente se ha planteado la posibilidad de que los juicios críticos acerca del caso de Julie y Mark contasen con una base de racionalidad que orbitaría alrededor del riesgo de haber causado un daño aun a pesar de no haber provocado, en rigor, ninguno (p. ej., el riesgo de haber perjudicado su relación fraternal, de que los métodos anticonceptivos fallaran o de que familiares y amigos se enterasen de lo ocurrido)¹³².

2. *Incesto y principio de la ofensa*

Desde la óptica del principio de la ofensa, debemos reflexionar ahora sobre si estaría justificado prohibir, mediante la amenaza de la pena, conductas privadas, consentidas entre las partes que participan en ellas y no dañinas para terceros pero que, aun así, transgreden la moral sexual pública, particularmente un tabú, y despertan, a propósito de ello, emociones negativas en parte de la población, concretamente asco. Un debate análogo al de las conductas ofensivas se desató en Alemania en relación con la legitimidad de delitos sin bien jurídico bautizados con el nombre de “delitos de comportamiento” (*Verhaltensdelikte*)¹³³. Ante una insatisfactoria vía de escape, como es la de flexibilizar el concepto de bien jurídico hasta el punto de pretender hacer creer que con algunos de estos comportamientos típicos estarían protegiéndose intereses tan vagos y oscuros como la “paz pública”^{134 135}, los penalistas alemanes, y, más recientemente, los españoles, se preguntan, a propósito de conductas como p. ej., los ultrajes si los sentimientos constituirían un objeto de protección jurídico-penal y, como reverso, las conductas que los hieren sancionables criminalmente¹³⁶.

2.1. *Algunas notas sobre el principio de la ofensa*

El principio de la ofensa fue propuesto por FEINBERG con el afán de castigar comportamientos que, sin ser dañinos, resultarían tan seriamente desagradables como para demandar protección legal¹³⁷. Si, en opinión de MILL y otros autores

¹³¹ JACOBSON, 2012, pp. 309 y ss. ARNHART, 2018, p. 1.

¹³² Esta alternativa, ya sugerida por JACOBSON, 2012, pp. 300 y ss., fue investigada empíricamente por STANLEY/YIN/SINNOTT-ARMSTRONG, 2019, pp. 120-129.

¹³³ Vid. WOHLERS, 2009, pp. 129 y ss.

¹³⁴ Vid. HÖRNLE, 2007, pp. 383-399; LA MISMA, 2006, pp. 135-136. También, en relación con los delitos contra los sentimientos religiosos, vid., críticamente ALCÁCER GUIRAO, 2019, pp. 15-18.

¹³⁵ Algo similar aconteció en Estados Unidos con el principio del daño. El concepto de daño fue estirado cual goma de mascar hasta el punto de abarcar conductas que solamente contravendrían ciertas convicciones morales como el ejercicio de la prostitución, las prácticas homosexuales o el consumo de drogas. Vid. HARCOURT, 1999, pp. 139 y ss.

¹³⁶ En Alemania, vid. HÖRNLE, 2004, pp. 11 y ss. ROXIN/GRECO, 2020, pp. 36 y ss., Nm. 26 y ss. En España, vid. ROCA DE AGAPITO, 2017, pp. 167 y ss., ALCÁCER GUIRAO, 2019, pp. 26 y ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2022, pp. 51-52.

¹³⁷ FEINBERG, 1986, pp. 1 y ss.

afines a su pensamiento liberal¹³⁸, el daño constituiría un límite infranqueable al *ius puniendi*, a juicio de FEINBERG, daño y ofensa operarían ambos como condiciones mínimas alternativas¹³⁹ porque, tanto uno como otro, servirían para legitimar la prohibición de conductas a través de la amenaza de la pena.

Con el recurso al principio de la ofensa es cierto que se estaría ampliando el catálogo de conductas sujetas a sanción penal en comparación con una rigurosa aplicación del principio del daño. Pero lo cierto es que el principio de la ofensa aspiraría a cumplir una doble función limitadora¹⁴⁰. Por un lado, al exigirse, como mínimo, la producción de un daño o una ofensa de cara a criminalizar una conducta, se estaría rechazando el legalismo moral que establece que la inmoralidad de la conducta ya bastaría para tales fines¹⁴¹. Con todo, veremos más adelante que el ideólogo del principio de la ofensa, FEINBERG, en realidad, no alcanza conclusiones tan distintas en comparación con aquellas a las que llegan las versiones contemporáneas del legalismo moral¹⁴². Por otro lado, dado que la ofensa se trata de una categoría estructuralmente distinta y menos grave que el daño¹⁴³, las consecuencias jurídicas anejas también resultan menos severas¹⁴⁴. Esto ha de estimarse positivo. Manejar un único criterio material, el del principio del daño, obliga a conceder, como con la teoría del bien jurídico¹⁴⁵, una respuesta binaria a la pregunta sobre si criminalizar una determinada conducta: sí, en el supuesto de que se dañe a alguien; no, en caso contrario¹⁴⁶. Semejante modo de operar no siempre arrojará buenos

¹³⁸ BAKER, 2011, p. 45.

¹³⁹ MIRÓ LLINARES, 2015, p. 13.

¹⁴⁰ MIRÓ LLINARES, 2015, p. 25 expone que “aunque la enunciación del principio de la ofensa conlleva una expansión de las opciones de criminalización que tiene el legislador en comparación con las que derivarían de un supuesto entendimiento del ‘*harm principle*’ como condición mínima para la regulación penal, debe destacarse que con aquél FEINBERG, y luego VON HIRSCH y SIMESTER, no pretenden aumentar sino limitar el margen de los gobiernos para la utilización del Derecho penal”.

¹⁴¹ ALEXANDER, 2003, p. 130 menciona que FEINBERG rechaza que la inmoralidad sea suficiente para justificar el castigo penal.

¹⁴² En el Apartado IV explicaremos que legalismo moral no hay uno solo. Existen distintas versiones, cada una de las cuales define de un modo específico qué cuenta por comportamiento inmoral.

¹⁴³ FEINBERG, 1986, pp. 2-3, 25; VON HIRSCH/SIMESTER, 2006, p. 108; MIRÓ LLINARES, 2015, pp. 14-16, 56. En cambio, SØBIRK PETERSEN, 2014, p. 364 opina que el principio de la ofensa no sería más que una subcategoría del principio del daño.

¹⁴⁴ Matiza FEINBERG, 1986, pp. 3-4 que no debería intentar controlarse la ofensa mediante el Derecho Penal cuando otros métodos regulatorios pueden hacer el trabajo de forma igual de eficiente y económica. Sin embargo, reconoce este autor que, por diversas razones de índole práctico, será insuficiente controlar todas las conductas ofensivas prohibidas a través de órdenes administrativas o la revocación de licencias. Ahora bien, incluso si han de haber delitos fundamentados en la comisión de una conducta puramente ofensiva que lleven aparejadas sanciones penales, precisa FEINBERG que éstas deberían ser suaves: más usualmente, penas de multa que de prisión, y si se contempla una pena de prisión, tendría que ser medida en días en vez de meses o años. Asimismo, cree BAKER, 2011, pp. 8, 31 que no estaría justificado moralmente privar de libertad a una persona que no haya causado un daño aunque sí criminalizar la conducta con arreglo a una sanción distinta. Por su lado, MIRÓ LLINARES, 2015, pp. 57-58 está de acuerdo en que ha de prohibirse el uso de penas privativas de libertad como consecuencias jurídicas aplicables a los delitos que censuren conductas ofensivas.

¹⁴⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2008, p. 4.

¹⁴⁶ MIRÓ LLINARES, 2015, p. 53.

resultados. Ante el riesgo de dejar impunes comportamientos que, por su carácter ofensivo, costaría calificar como dañinos, quizás se caiga en la tentación de flexibilizar el concepto de daño con miras a darles cabida¹⁴⁷. De esta forma, el comportamiento sometido a consideración terminaría por ser igualmente criminalizado, si bien a partir de una técnica desafortunada que, para colmo, presentaría una desventaja: al integrarse la conducta en el ámbito del daño, en lugar de en el de la ofensa, puede que, al final, las consecuencias jurídicas no sean tan benévolas como deberían.

Bajo este entendimiento, en la noción de ofensa se integrarían conductas que generan en los demás, en terminología de FEINBERG, “estados mentales desagradables”¹⁴⁸, sin mermar intereses personales o colectivos, como ocurre con el daño¹⁴⁹¹⁵⁰. Uno de esos estados mentales desagradables es precisamente el asco¹⁵¹, respecto al cual, se discute, en paralelo, si debería ser siquiera tenido en cuenta en el proceso de criminalización¹⁵². Evidentemente no cualquier conducta que hiera la sensibili-

¹⁴⁷ Vid. MIRÓ LLINARES, 2015, p. 30.

¹⁴⁸ FEINBERG, 1986, p. 1.

¹⁴⁹ Diría que existen fundamentalmente dos grandes grupos de conductas ofensivas que han captado el interés de la doctrina: de un lado, aquellas irrespetuosas con las creencias personales que son ejecutadas en ejercicio de la libertad de expresión (p. ej., la quema de banderas o los delitos contra los sentimientos religiosos), y de otro lado, aquellas realizadas en ejercicio de la libertad sexual que, en la medida en que violan un tabú, despiertan asco en parte de la población (p. ej., el incesto). Es bueno advertir que, tanto en un grupo como en otro, tal vez lleguen a darse falsos positivos. Es decir, que se debatan en el plano de la ofensa comportamientos que bien podrían ser discutidos en el del daño. Un ejemplo es la zoofilia. Pese a constituir un tabú, lo cierto es que el principal debate que plantea esta práctica es el de si los animales son titulares de derechos cuya violación debería desencadenar una respuesta penal. Es decir, si en el “daño a otros”, los animales también se integrarían en el sustantivo “otros”. También cabe pensar lo contrario. Que se califiquen como dañinas conductas que, en realidad, no serían más que ofensivas. Lo reflejado da buena cuenta de las dificultades para diferenciar ambas categorías, problema que ya advierte ALCÁCER GUIRAO, 2019, pp. 26-27.

¹⁵⁰ Desde luego, hay conductas lesivas, como las agresiones sexuales o el robo con violencia, que producen malestar emocional en sus víctimas (desde emociones negativas hasta auténticos daños en la salud mental). Pero, en estos casos, el malestar emocional, por sí solo, no justificaría el castigo del autor de los hechos sino la lesión del interés principal en liza (p. ej., la libertad sexual). Únicamente en el plano de la ofensa la censura penal responde exclusivamente a la realización de comportamientos que, sin llegar a ser dañinos, son tan desagradables como para demandar amparo legal.

¹⁵¹ FEINBERG, 1986, pp. 11, 15-16. En este mismo sentido, HUSAK, 2006, pp. 92, 94 quien identifica al asco como un particular tipo de ofensa. Por su lado, GREEN, 2020, p. 231 relaciona el asco con el problema de las ofensas a terceros aunque no cree que el asco añada, por sí mismo, nada.

¹⁵² Tras el escándalo de la clonación de la oveja Dolly, KASS, 1998, pp. 686-687 se propuso indagar por qué la población condena moralmente la clonación de seres humanos, lo que le llevó a concluir que no es otra cosa que el asco. A su juicio, el asco constituiría la expresión de una profunda sabiduría que escapa del poder de la razón y, en su opinión, debería servir como guía en la decisión de si criminalizar la clonación de seres humanos. Desde su punto de vista, el asco sería el motor para definir lo correcto y lo incorrecto, puesto que es la única voz que nos queda para defender lo más básico de la humanidad. Más prudente se muestra KAHAN, 1999, p. 63 quien mantiene sus reservas con el asco y considera erróneo confiar ciegamente en esta emoción. En un tono algo más crítico, NUSSBAUM, 2004, pp. 71 y ss., expresa que el asco es una emoción problemática para servir como guía en el proceso de criminalización, especialmente atendiendo a su lado oscuro que ha servido para deshumanizar a ciertos colectivos. La visión más radical de todas la defienden LIEBERMAN/PATRICK, 2018, pp. 192 y ss. Para estos autores ninguna emoción, ni el asco ni la indignación ni ninguna otra, deberían ser considerada en asuntos legales.

dad ajena ameritará ser criminalizada. Sonaría desmedido concluir algo así. Hay simplemente demasiadas: ser impuntual, eructar en la mesa, pasear desnudo por la calle, poner el volumen de la televisión demasiado alto a horas intempestivas, avergonzar a otras personas mediante comentarios desafortunados, etc.¹⁵³ Con tal de restringir el campo de aplicación del principio de la ofensa, se han introducido algunos límites.

En su seminal obra, FEINBERG se preocupa por establecer un estándar de ofensa criminalizable. Particularmente, distingue las meras molestias (*nuisance*) de las ofensas profundas (*profound offense*)¹⁵⁴. Mientras que las primeras serían aquellas de cuyo acaecimiento otras personas toman conocimiento y su sensibilidad resulta herida a raíz de ello (p. ej., enterarse de que un vecino organizó el sábado pasado una orgía en su apartamento), las segundas, que son las únicas que FEINBERG está dispuesto a prohibir penalmente, serían aquellas que los demás se ven obligados a presenciar por producirse en espacios públicos (p. ej., quemar la bandera nacional en una plaza altamente transitada).

Debo darle la razón a FEINBERG en que efectivamente determinadas conductas desarrolladas de puertas hacia dentro no podrían ser criminalizadas, por muy aberrantes que les parezcan a quienes sepan de ellas, sencillamente porque entrarían de lleno en la esfera íntima del individuo que las ejecuta. P. ej., tomar conocimiento de que un conocido practica urolagnia en sus ratos libres seguramente desagradará a aquellos que recaben tal información. Pero la práctica descrita no constituiría más que un ejercicio de la libertad sexual individual alejado de la mirada de terceros. Acertadamente, FEINBERG consideraría este hecho una simple “molestia”, con lo cual, la puerta a la prohibición penal permanecería cerrada. Ahora bien, también cabe imaginar otros comportamientos que, a pesar de llevarse a cabo en espacios reservados (p. ej., un apartamento), contarían con una innegable dimensión pública. Sería el caso de las conductas relativas a la pornografía infantojuvenil o de la violencia doméstica. Que haya gente que se escandalice por su comisión me parece que poca relevancia poseería de cara a legitimar la criminalización de semejantes hechos: bastaría con justificar su prohibición a partir del daño provocado a sus víctimas.

En la otra cara de la moneda se situarían conductas que, en la medida en que se realizarían en espacios públicos, supondrían una afrenta para quienes se ven obligados a contemplarlas. Algunas de ellas no está tan claro si deberían ser tenidas en cuenta en el debate sobre las conductas ofensivas o bien directamente en el de la producción de un daño a terceros. Ejemplo de ello es el exhibicionismo obsceno ejecutado ante espectadores adultos (aunque, cuando son menores, la lesividad del acto resulta más evidente). Con otra clase de conductas sí que cobra mayor sentido

¹⁵³ Considérese el célebre ejemplo del viaje en autobús introducido por FEINBERG, 1986, pp. 10-13.

¹⁵⁴ FEINBERG, 1986, pp. 50 y ss.

reflexionar sobre su encaje en lo que FEINBERG llama “ofensa grave”. La modalidad ofensiva del delito de acoso a las puertas de clínicas donde se practica el aborto, los actos de profanación o los ultrajes me parece que se insertarían en la mencionada discusión. Lo preocupante, sin embargo, es que también cabe identificar conductas que, con arreglo a la definición de FEINBERG, deberían ser consideradas teóricamente “ofensas graves” por llevarse cabo en ámbitos públicos a la vista del resto pero que sonaría extremadamente desacertado calificarlas así. Piénsese en aquella pareja homosexual que se besa en la calle ante la atónita mirada de una persona homofóbica a quien le repugna sinceramente lo visto, en el individuo que fuma un cigarrillo al aire libre mientras espera a un amigo suyo, cosa que desagrade a otros viandantes especialmente sensibles con el problema del tabaco, o en la madre que amamanta a su hijo en el vagón del metro frente a la estupefacta mirada de otros pasajeros a quienes les escandaliza lo que presencian¹⁵⁵. Solamente cuando tales comportamientos ocurriesen de puertas hacia dentro podrían ser considerados meras “molestias” para aquellos que sepan de su acaecimiento, lo cual resulta irrazonable.

En el fondo, la calificación de un acto como una molestia o como una ofensa grave no debería depender del espacio físico donde se lleva a cabo o del modo en el que otros se enfrentan con su realización (directa o indirectamente)¹⁵⁶ sino de si posee una dimensión privada o pública, respectivamente. Qué cuenta como privado y qué como público es una cuestión que ha de ser definida a la luz de si el acto desarrollado representa un asunto que incumbe solamente a sus protagonistas o bien repercute en terceros, hasta el punto de considerarlo un agravio personal. Esta importante delimitación podría efectuarse a partir del examen de la ilicitud de la ofensa que es justo el más importante límite a la criminalización que se introduce en el campo del principio de la ofensa¹⁵⁷.

Ni mucho menos basta, en efecto, con que, en un plano naturalístico, la conducta ofenda a alguien¹⁵⁸. Como con el daño, la ofensa debe ser, además, ilícita (una

¹⁵⁵ A fin de evitar malentendidos, deseo precisar que lo único que vengo a decir en el texto es que FEINBERG, por coherencia con la distinción sugerida, debería concluir que esta serie de comportamientos constituirían ofensas graves cuya criminalización podría ser, cuando menos, considerada, sin perjuicio de que, en el momento de la verdad, el citado autor no estaría dispuesto a llegar tan lejos al no ser tales ofensas ilícitas en el sentido que expondremos más adelante. Mi crítica guarda relación solamente con esa desafortunada calificación inicial y lo impropio que suena tan solo plantearse la criminalización de los comportamientos mencionados.

¹⁵⁶ En un tono crítico similar, ALEXANDER, 2003, p. 136.

¹⁵⁷ VON HIRSCH/SIMESTER, 2006, pp. 119 y ss., 130 demandan para legitimar su criminalización que la ofensa acarree una “grave falta de respeto hacia otros”, aspecto sobre el cual reflexionan en el plano de la ilicitud de la conducta. También ALEXANDER, 2003, p. 136 comenta que, independientemente de si alguien ve o conoce una conducta que le ofende, como una relación lesbiana, su agravio no será personal, toda vez que la conducta no constituiría un ilícito para él, con lo cual, no cabría prohibirla.

¹⁵⁸ Otro aspecto relevante es si el concepto de ofensa debe formularse en clave subjetiva u objetiva. Es decir, si es preciso que la persona o grupo de personas realmente se sientan ofendidos por lo hecho o si, por el contrario, bastaría con que el acto disponga de un potencial tal como para ofender a los demás. A voz de

“*wrongful offense*”). Tal ilicitud, que refleja un relevante giro normativo en la definición de lo que cuenta por una ofensa criminalizable, suele definirse como la violación de derechos ajenos¹⁵⁹. Derechos que legitiman a su titular a exigir, bajo cobertura del sistema legal, algo a los demás, concretamente, la omisión de un comportamiento que ofende y cuya ejecución desencadena esos indeseados estados mentales desagradables que pretenden evitarse¹⁶⁰. Desde este prisma, salta a la vista que las conductas estrictamente privadas no podrían ser candidatas a la prohibición penal, independientemente de si acarrearán una afrenta a la sensibilidad social, habida cuenta de que su perpetración solamente incumbiría a sus protagonistas, no a terceros¹⁶¹.

Incluso cuando la ofensa satisfaga las notas requeridas, ello no significará que la respuesta jurídica asociada a su comisión – de menor entidad, como precisamos, que con la causación de un daño – tendrá que poseer necesariamente naturaleza penal. En el proceso de decidir criminalizar ciertas conductas ofensivas la doctrina angloamericana incorpora los llamados principios mediadores (*mediating principles*) con tal de limitar aún más una decisión de por sí delicada¹⁶². FEINBERG aboga por valorar la seriedad de la ofensa (duración e intensidad, cuán fácil es evitarla, etc.), de un lado, y su razonabilidad (importancia personal para los autores de la ofensa, valor social, etc.), de otro¹⁶³. Mientras, VON HIRSCH/SIMESTER mencionan principios como la tolerancia social, la fácil evitación, que significa que los demás pueden evitar de manera sencilla ser testigos o confrontar la conducta ofensiva, o la inmediatez, esto es, que la conducta sea ofensiva en sí misma considerada¹⁶⁴. Tampoco en la tradición continental nos resulta extraño este último filtro: princi-

pronto, optaría por una versión objetivada de ofensa: ni podemos dejar en manos de la sensibilidad personal la definición de qué es ofensivo ni creo que tenga que comprobarse quién y en qué medida se ha sentido ofendido a la luz de los problemas que ello arroja (p. ej., ¿y si, respecto a un determinado colectivo, algunos de sus integrantes se sienten ofendidos pero otros, en cambio, no?).

¹⁵⁹ VON HIRSCH/SIMESTER, 2006, pp. 119 y ss. ALEXANDER, 2003, p. 136; MIRÓ LLINARES, 2015, pp. 22, 47; HUSAK, 2006, p. 110; HÖRNLE, 2006, pp. 137 y ss. Más recientemente, HÖRNLE, 2014, pp. 691 y ss., ha prescindido de la distinción entre daño y ofensa a fin de manejar un criterio unitario basado exclusivamente en la vulneración de derechos legales. Por otro lado, es cierto que FEINBERG, 1986, pp. 1-2 exige igualmente que la ofensa sea ilícita. Lo que ocurre es que su definición de *wrongdoing* no es plenamente coincidente con la de otros autores y diría que va demasiado lejos en el plano de la teoría de la criminalización, tal como puede leerse en su anterior obra FEINBERG, 1984, pp. 105 y ss. A su juicio, un *wrongdoing* consiste en la merma de intereses, constitutiva a su vez de una violación de derechos ajenos, a propósito de un comportamiento doloso o imprudente injustificado e inexcusable. Con buen criterio, DUFF, 2001, pp. 18-19 critica a FEINBERG mezclar cuestiones de *wrongdoing* – qué clase de conductas criminalizar – con cuestiones de *attribution* – bajo qué condiciones puede imputarse a alguien responsabilidad penal por la comisión de un hecho previamente definido como delictivo –. En su opinión, es en la dimensión de la *attribution* y no en la del *wrongdoing* donde debe reflexionarse sobre aspectos tales como la inexigibilidad de la conducta. En esta misma línea crítica, vid. VON HIRSCH/SIMESTER, 2006, p. 119, nota a pie de página nº 9.

¹⁶⁰ En este sentido, HÖRNLE, 2006, p. 144.

¹⁶¹ Señala MIRÓ LLINARES, 2015, p. 20 que “lo único que queda fuera con el principio de la ofensa son las conductas significativamente contrarias a la moral pública realizadas en el ámbito privado”.

¹⁶² Vid. HÖRNLE, 2014b, pp. 695 y ss.

¹⁶³ FEINBERG, 1986, pp. 25 y ss.

¹⁶⁴ VON HIRSCH/SIMESTER, 2006, pp. 124 y ss.

pios como el de insignificancia o el de subsidiaridad son empleados, precisamente, con el fin de restringir, en la medida de lo posible, el papel del *ius puniendi*.

En definitiva, no cualquier conducta que ofenda merece ser criminalizada. El principio de la ofensa únicamente abarca aquellas ofensas públicas graves que son calificadas como ilícitas por violar derechos ajenos, sin perjuicio de que ciertos principios mediadores obliguen a deliberar si el recurso a la pena resultaría finalmente preciso. En cambio, el principio de la ofensa excluye por completo de la esfera de lo sancionable criminalmente conductas privadas que, pese a contravenir la moral pública, no vulneran derechos de terceros y que, por consiguiente, sólo afectan a quienes participan en ellas.

2.2. *El incesto tampoco encaja en la categoría de ofensa criminalizable*

Conforme a lo visto, ha de negarse que la criminalización del incesto responda a la lógica de la ofensa. Según precisamos, si hay algo que se sitúa fuera de esta órbita son las conductas privadas, por mucho que contravengan la moral sexual pública y despierten malestar en parte de la población. No cabe duda de que el incesto formaría parte de este conjunto de comportamientos al tratarse de una relación sexual consentida libremente por adultos que, pese a constituir un tabú y generar asco en según quien, estaría indiscutiblemente integrada en el núcleo duro de la intimidad individual, por lo que constituiría un asunto que solamente incumbiría a las partes afectadas. Aparte, como comentamos, con tal de poder criminalizar una ofensa, hace falta que ésta sea ilícita. Ilícitud que se define a partir de la vulneración de derechos de terceros. Dado que el incesto es una conducta estrictamente privada, tampoco esta condición se satisfaría, con lo cual, tanto daría que el resto sepa que dos hermanos están manteniendo una relación sentimental o que incluso vean con sus propios ojos un apasionado beso entre ambos: dicho agravio nunca será considerado personal. Finalmente, en el particular caso del incesto, advierto un serio problema de proporcionalidad. Que el concepto de ofensa convenga no confundirlo con el de daño, dada su distinta gravedad, también cobra sentido porque, según apuntamos, gracias a semejante distinción, las sanciones penales correlativas no son coincidentes, en el sentido de que unas son más severas que otras. Tan siquiera esto último se respeta. En no pocos ordenamientos jurídicos donde el incesto todavía figura como conducta delictiva las consecuencias jurídico-penales asociadas a su comisión son especialmente duras: p. ej., en el artículo 564 del Código Penal italiano se prevén penas de prisión de uno a cinco años, en la Sección 78A del *Crimes Act 1900* de Australia una pena máxima de ocho años de prisión y en la Sección 155 del Código Penal canadiense una pena de hasta catorce años de prisión.

IV. El incesto visto desde el legalismo moral

No podemos dar por concluido este trabajo sin antes agotar un último cartucho: explorar si acaso la prohibición penal del incesto resultaría satisfactoriamente justificada desde las bases del legalismo moral. A ojos de esta corriente de pensamiento, la incorrección moral de una conducta contaría como razón legítima y bastante en aras de justificar su criminalización, de modo que, a su entender, existiría un fuerte vínculo entre el ilícito moral y el ilícito legal (especialmente, el penal)¹⁶⁵. Este es el común denominador de las distintas versiones del legalismo moral. Donde difieren es en la explicación de qué significa exactamente que un comportamiento resulta inmoral.

1. *El legalismo moral tradicional*

A mediados de los años sesenta se produjo una importante disputa académica entre DEVLIN¹⁶⁶ y HART¹⁶⁷ a propósito de la rompedora recomendación de descriminalización en Reino Unido tanto de las relaciones homosexuales practicadas en privado y de manera consentida por hombres adultos¹⁶⁸ como de la prostitución incluida en el informe de la Comisión Wolfenden publicado allá por el año 1957.

Críticamente DEVLIN estimó inaceptables las conclusiones a las que llegaba el informe de la Comisión Wolfenden. Asumiendo como válida una visión moralista legal, DEVLIN comentó que el Derecho Penal está basado en una serie de principios morales que la sociedad exige que sean observados. Cada sociedad, opinaba el juez y filósofo del Derecho desde una postura relativista, posee una estructura moral, sin la cual no puede vivir, y tiene derecho a utilizar la ley como medio para ampararla del mismo modo que hace uso de ella para salvaguardar cualquier otro aspecto esencial para su integridad. Según DEVLIN, no cabe establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la inmoralidad, puesto que la sociedad disfruta del derecho a autoprotgerse frente a determinados peligros. A fin de comprobar cuál es el juicio moral de la sociedad e indagar qué se considera inmoral, DEVLIN abogó por un modelo de persona razonable o de mente recta, que no racional. Particularmente, DEVLIN, a fin de establecer qué acto inmoral censurado por la mayoría debería ser castigado, confió en la auténtica repugnancia que puede sentirse hacia él, no bastándole una mera desaprobación. Cuando el asco es sentido de esta forma, creía DEVLIN que no puede ser ignorado, puesto que su presencia representa un buen indicador de que los límites de lo tolerable han sido traspasados.

¹⁶⁵ Vid. STANTON, 2022, p. 2.

¹⁶⁶ DEVLIN, 1965, pp. 178 y ss.

¹⁶⁷ HART, 1963, pp. 40 y ss.

¹⁶⁸ Se advierte un innegable paralelismo entre el debate sobre el incesto y la ya desfasada discusión acerca de la criminalización de las relaciones homosexuales del que se hacen eco BERGELSON, 2013, 50-51; GRECO, 2008, pp. 234 y ss.

Contra el pensamiento reproducido, HART negó que la inmoralidad de un acto justificase su prohibición penal. En defensa a ultranza del principio del daño y en apoyo de las reflexiones plasmadas en el informe de la Comisión Wolfenden, sostuvo, por el contrario, que solo cuando el acto repercutiese negativamente en terceros podría el Estado intervenir a través de las leyes penales. De este modo, resultaría ilegítimo que la ley penal se inmiscuyese en conductas privadas practicadas por adultos de manera consentida, como es el caso de las relaciones homosexuales, dado que ninguna incidencia tendrían en el orden público.

La lógica liberal que en su día defendió HART fue justo la que décadas más tarde se acogió en la relevante sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 2003), en virtud de la cual, se declaró inconstitucional, por contravenir la cláusula del debido proceso contenida en la decimocuarta enmienda de la constitución norteamericana, la legislación penal del Estado de Texas contra la sodomía homosexual. En este pronunciamiento judicial la opinión mayoritaria estimó ilegítimo criminalizar relaciones sexuales consentidas entre personas adultas y practicadas en espacios privados, anulándose así el anterior pronunciamiento *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 1986) que confirmó la constitucionalidad de la ley del Estado de Georgia contra la sodomía homosexual. Esta vez se consideró que la legislación del Estado de Texas no perseguía ningún interés estatal legítimo que justificase una intromisión pública en la vida personal y privada de los ciudadanos. Al igual que la opinión disidente emitida por el juez John Paul Stevens en *Bowers v. Hardwick*, se estimó que el hecho de que la mayoría haya calificado tradicionalmente como inmoral una determinada práctica no constituye razón suficiente para legitimar una ley que la prohíba.

En oposición a dicha resolución judicial, el juez del ala conservadora Antonin Scalia emitió un voto particular, compartido por los jueces William H. Rehnquist y Clarence Thomas, en el que manifestó que la legislación de Texas se fundamentaba en la creencia de la ciudadanía de que existen ciertos comportamientos sexuales que son inmorales e inaceptables, como ocurre asimismo con las leyes contra el incesto, la bigamia, la prostitución o el bestialismo. Y el amparo de esa moral sexual pública que desapruueba las conductas homosexuales, apoyada en el parecer mayoritario democrático, sí que constituiría, desde su punto de vista, un legítimo interés estatal que perseguir.

Resumiendo lo dicho, para el legalismo moral tradicional la mayoría social definiría qué cuenta por inmoral y eso ya valdría como buena razón a efectos de sancionarlo con una pena. Conforme a esta corriente de pensamiento, no existiría ni un solo impedimento contra la criminalización de conductas privadas que contraríen la moral sexual pública, como es el caso del incesto¹⁶⁹. Dicha visión, sin embargo, resulta muy controvertida. No convence que la incorrección moral de un específico

¹⁶⁹ Lo señala también BERGELSON, 2013, pp. 50-51.

comportamiento venga definida, sin más, por aquello que la mayoría de la sociedad haya convenido (en definitiva: principio democrático). La opinión de la mayoría no me parece, en sí misma considerada, fundamento suficiente como para prohibir penalmente una conducta. Faltaría un criterio material mediante el cual se justifique por qué, más allá de esa postura social mayoritaria, el comportamiento en cuestión merecería ser delictivo¹⁷⁰. Aparte, habría que indagar qué ha llevado a que la mayoría social estime inmoral ese determinado acto, no aceptar acríticamente tal opinión, por muy extendida que resulte, pues puede que se halle sustentada en razones que estimemos materialmente ilegítimas.

2. *El legalismo moral contemporáneo*

El legalismo moral ni mucho menos se circunscribe a opiniones como las de DEVLIN o SCALIA. Junto con la vertiente tradicional existiría otra contemporánea que, a su vez, se bifurcaría en un par de corrientes de pensamiento: la de DUFF y la de MOORE.

De un lado, para DUFF¹⁷¹ no todo hecho inmoral merece ser calificado como ilícito penal. Haría falta, para ello, que se trate de un comportamiento público, nunca uno privado. Y el comportamiento público acertadamente lo define este autor como aquel que concierne al resto de ciudadanos, independientemente del lugar donde se lleve a cabo. Salta a la vista, por tanto, que DUFF descartaría de lleno la posibilidad de prohibir penalmente el incesto precisamente por carecer de ese componente público que demanda.

De otro lado, a juicio de MOORE¹⁷², que una acción sea constitutiva de un ilícito moral es la única razón legítima a efectos de que el legislador la prohíba penalmente. En la definición de qué cuenta por inmoral MOORE no toma como punto de partida la moral pública. A su parecer, no es de recibo que la ley censure cualquier comportamiento y que la infracción de esa ley sea lo que configure el ilícito moral. La aprobación de una ley, según MOORE, no añade nada a la antecedente obligación moral existente en relación con el comportamiento censurado. MOORE acude a la idea de moral crítica: la ley penal no crea el ilícito moral sino que éste es resultado de una obligación moral previa fundamentada en una serie de normales morales. Desde este prisma, cabría cuestionar que conductas privadas tales como las relaciones sexuales consentidas entre adultos, categoría en la que participaría el incesto, sean, conforme a una moral crítica, inmorales, en cuyo caso, no resultaría procedente criminalizarlas.

Vistas las cosas de este modo, curiosamente, y según adelantamos, FEINBERG, en realidad, no se encontraría tan alejado de los legalistas morales contemporáneos

¹⁷⁰ En este sentido, HÖRNLE, 2014a, p. 101; LA MISMA, 2014b, p. 684.

¹⁷¹ DUFF, 2014, pp. 222-224.

¹⁷² MOORE, 1997, pp. 69-73; EL MISMO, 2009, pp. 31-32; EL MISMO, 2017, pp. 443 y ss.

como pudiera pensarse. Ambos, al final, llegan a idéntico puerto si bien desde rutas distintas¹⁷³. Mientras que FEINBERG niega la criminalización de determinadas conductas privadas por considerarlas simple molestias, legalistas morales contemporáneos como DUFF o MOORE se oponen igualmente a ello pero por entender que las conductas privadas no superarían el preceptivo filtro de inmoralidad¹⁷⁴.

V. Conclusión

No he logrado dar con un solo fundamento material que justifique satisfactoriamente que el incesto consentido entre personas adultas deba ser estimado delictivo¹⁷⁵. Desde ninguna de las lógicas analizadas – principio del daño, principio de la ofensa y legalismo moral – convence que semejante conducta merezca ser prohibida bajo la amenaza de la imposición de una pena.

De entrada, se sometieron a examen tres argumentos distintos que tendrían como común denominador el estar sustentados en la causación de un daño a terceros: las malformaciones y/o enfermedades sufridas por los descendientes concebidos fruto de la relación incestuosa, la erosión de la institución familiar y la vulneración de la autonomía sexual individual. El primero de ellos, que es el argumento de corte genético, tropieza con varios inconvenientes. No sólo las legislaciones que criminalizan el incesto suelen ser sobreinclusivas, puesto que castigan prácticas incestuosas, en relación con las cuales, el riesgo de embarazo sería básicamente nulo, sino que, aun cuando exista una mínima probabilidad de que lo descrito ocurra, tampoco sonaría acertado cercenar de forma coactiva la libertad sexual y reproductiva de una parte de la población a fin de evitar el nacimiento de niños con malformaciones y/o enfermedades, fundamentalmente por temor a recuperar ciertas prácticas eugénicas. Además, no es ni mucho menos evidente que aquellos progenitores que procrean a sabiendas de las probables malformaciones y/o enfermedades genéticas que sufrirá el descendiente lleven a cabo un comportamiento calificable como dañino, cuestión que depende de cómo se resuelva el complejo problema de la no identidad formulado por PARFIT. El argumento de la erosión de la institución familiar adolece igualmente de algunos problemas. En concreto, ni el único modelo de familia hoy en día existente es el tradicional ni parece que el incesto posea ese presunto potencial destructivo de la institución familiar que se le suele anudar, por no hablar que no resulta procedente que el Derecho Penal se entrometa en las desavenencias que se desencadenan en el seno del hogar, sea cual sea la razón de su producción, a no ser que se llegue al extremo de lesionar o poner en peligro intere-

¹⁷³ MIRÓ LLINARES, 2015, p. 44.

¹⁷⁴ Lo advierte ALEXANDER, 2003, pp. 131, 133-134, 136.

¹⁷⁵ Opina que el delito de incesto carece de un bien jurídico que proteger y manifiesta que no es más que un tabú amparado por medios penales ELLBOGEN, 2006, p. 192. En defensa de un Derecho Penal liberal, critica duramente la criminalización del incesto GRECO, 2008, pp. 234 y ss.

ses penalmente protegibles. Salta a la vista, finalmente, que, siempre que el incesto se consienta de un modo jurídicamente válido entre las partes, no se vulneraría la autonomía sexual individual. Más bien, todo lo contrario: el incesto consentido entre adultos constituiría un reflejo del ejercicio de ese derecho.

Tampoco, desde el prisma del principio de la ofensa, el incesto contaría como ofensa criminalizable. Independientemente de que constituya un tabú y desencadene asco en según quien, lo cierto es que el incesto consiste en una relación sexual consentida libremente por adultos que estaría indiscutiblemente integrada en el núcleo duro de la intimidad individual. Nadie estaría en condiciones de argüir, por tanto, que el agravio que puede haber sufrido por tener conocimiento del acto incestuoso ajeno ha de ser considerado personal, en la medida en que sus derechos no habrían sido violados, faltando, consiguientemente, la necesaria nota de ilicitud en la conducta ejecutada.

Por otro lado, resulta cuestionable que el incesto constituya un comportamiento que deba ser estimado incorrecto moralmente de un modo tal como para merecer ser criminalizado, criterio seguido, en términos generales, por el legalismo moral. Solo el legalismo moral tradicional, para el cual la mayoría social definiría qué cuenta por inmoral y eso ya valdría como razón válida a efectos de sancionarlo con una pena, estaría dispuesto a llegar a semejante conclusión. Pero este razonamiento no puede compartirse, básicamente porque la opinión de la mayoría, en sí misma considerada, no parece que constituya base suficiente para prohibir penalmente una conducta. Mientras, las versiones contemporáneas del legalismo moral, defendidas principalmente por DUFF y MOORE, no admitirían la criminalización del incesto, bien, en el caso de DUFF, por no tratarse de un ilícito público, bien, en el caso de MOORE, por no superar, conforme a una moral crítica, el preceptivo filtro de inmoralidad.

En suma, el delito de incesto representa una auténtica anomalía jurídica que ha sobrevivido a la purga llevada a cabo con otros comportamientos que, a día de hoy, no se comprendería que fueran penalmente relevantes (p. ej., el adulterio)¹⁷⁶. Podría decirse que el delito de incesto es un “tipo penal *walking dead*”: un tipo penal que debería estar “muerto” en la totalidad de ordenamientos jurídicos pero que, por extrañas razones, aún continúa “vivo” en multitud de ellos¹⁷⁷. No me queda más que abogar por su descriminalización allá donde todavía se contemple¹⁷⁸. El incesto

¹⁷⁶ Comenta MIRÓ LLINARES, 2015, p. 5 que existe un acuerdo casi unánime respecto a que se habrían escapado de tal purga delitos como el incesto que siguen protegiendo convicciones morales colectivas.

¹⁷⁷ La expresión “tipo penal *walking dead*” no es propiamente mía. Tomé como fuente de inspiración una ponencia *online* impartida el 8 de junio de 2021 por el Prof. Íñigo Ortiz de Urbina en los seminarios organizados por la sección de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona a la que asistí. En ella el Prof. Ortiz de Urbina empleó la expresión “teorías *walking dead*” para referirse a teorías que siguen “vivas” pese a que deberían estar “muertas”.

¹⁷⁸ Digno de elogio es que recientemente en algunos países se esté planteando descriminalizar el incesto. P. ej., en Colombia el Ministro de Justicia, Néstor Osuna, anunció el 7 de febrero de 2023 un proyecto de ley

constituye una práctica que forma parte de la esfera privada del individuo y este es un terreno donde el Estado tiene que mantenerse al margen y no inmiscuirse de manera coercitiva. Todo debe quedar en familia.

Bibliografía citada

- AGUSTINA, J. R. (2010), “Introducción”, en Agustina (ed.): *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Madrid, pp. 1-16.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2019), “Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 21-15, pp. 1-38.
- ALEXANDER, L. (2003), “The legal enforcement of morality”, en Frey/Heath Wellman (eds.): *A Companion to Applied Ethics*, Malden, pp. 128-141.
- ALVAREZ, G./QUINTEIRO, C./CEBALLOS, F. C., (2011), “Inbreeding and Genetic Disorder”, en Ikehara, K., (ed.): *Advances in the Study of Genetic Disorders*, InTech, pp. 21-44.
- ANTFOLK, J., KARLSSON, M., BÄCKSTRÖM, A., SANTTILA, P. (2012), “Disgust elicited by third-party incest: the roles of biological relatedness, co-residence, and family relationship”, *Evolution and Human Behavior*, n° 33, pp. 217-233.
- ARCHARD, D. (2004), “Wrongful life”, *Philosophy*, n. 79, pp. 403-20.
- ARNHART, L. (2018), “Were Julie and Mark Wrong to Engage in Incest? Reconsidering Jonathan Haidt's Evolutionary Moral Psychology”, *Darwinian Conservatism Blog*, pp. 1-6.
- ARROYO ZAPATERO, L. A./NIETO MARTÍN, A./SCHABAS, W. A. (eds.), (2014), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Castilla-La Mancha.
- ATIENZA NAVARRO, M. L. (2008), “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista Española de Drogodependencia*, Vol. 31, n. 1, pp. 94-109.
- AULTMAN, J. M. (2006), “Eugenomics: Eugenics and Ethics in the 21st Century”, *Genomics, Society and Policy*, Vol. 2, n. 2, pp. 28-49.
- AVRAMOVA, Y. R., INBAR, Y. (2013), “Emotion and moral judgment”, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science*, Vol. 4, n. 2, pp. 169-178.
- AYLLON GARCÍA, J. D. (2020), “Nuevos modelos de familia: ¿necesidad de un concepto de familia?”, en Gallardo Rodríguez/Estancona Pérez/Berti de Marinis (coords.): *Los nuevos retos del Derecho de familia*, Valencia, 2020, pp. 509-522.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1991), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid.
- BAKER, D. J. (2011), *The Right Not to Be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, London.
- BERGELSON, V. (2013), “Vice is Nice But Incest is Best: The Problem of a Moral Taboo”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 7, pp. 43-59.
- BITTLES, A. H. (2005), “Genetic Aspects of Inbreeding and Incest”, en Wolf/Durham (eds.): *Inbreeding, Incest, and the Incest Taboo*, Stanford, pp. 38-60.
- BOONIN, D., (2014), *The Non-Identity Problem and the Ethics of Future People*, Oxford.
- CAPLAN, A. L./MCGEE, G./MAGNUS, D. (1999), “What is immoral about eugenics?”, *British Medical Journal*, Vol. 319, pp. 1-2.
- COBO DEL ROSAL, M. (1963), “El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 16, Fascículo 3, pp. 509-530.

por el que se derogaría el delito de incesto. Véase la noticia aquí:

<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/esto-dijo-el-ministro-de-justicia-sobre-el-incesto-en-colombia-740188> Años atrás, MACÍAS CARO, 2011, pp. 101-127 se posicionó a favor de su despenalización.

- COFNAS, N. (2020), “Are moral norms rooted in instincts? The sibling incest taboo as a case study”, *Biology & Philosophy*, Vol. 35, n. 47, pp. 1-20.
- DE LORA, P. (2019), *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid.
- DE LORA, P. (2006), “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 10, pp. 45-64.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2005), “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, pp. 1510-1523.
- DE VILLIERS-BOTHA, T. (2018), “Harm: The counterfactual comparative account, the omission and pre-emption problems, and well-being”, *South African Journal of Philosophy*, Vol. 3, n. 1, p. 1-17.
- DEVLIN, P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2022), “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría de la antijuridicidad penal. Los delitos ‘de odio’ y los ultrajes a España”, en Queralt Jiménez/Cardenal Montraveta (dirs.): *Derecho Penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 37-56.
- DUFF, R. A. (2014), “Towards a Modest Legal Moralism”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, pp. 217-235.
- DUFF, R. A. (2001), “Harms and Wrongs”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, n. 1, pp. 13-45.
- DUTTGE, G. (2011), “Strafbarkeit des Geschwisterinzests aufgrund ‘eugenischer Gesichtspunkte’?”, en Heinrich et al (dirs.): *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15 Mai 2011*, Berlin, pp. 227-243.
- ELIZARI URTASUN, L. (2009), “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Premio Derecho y Salud*, Vol. 19, pp. 139-163.
- ELLBOGEN, K. (2006), “Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten. Ein Relikt aus der Vergangenheit”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 6, pp. 190-192.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. (2008), “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, n. 2, pp. 1-16.
- FEINBERG, J. (1986), *Offense to Others: The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 2*, Oxford.
- FEINBERG, J. (1984), *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 1*, Oxford.
- FESSLER, D. T./NAVARRETE, D. (2004), “Third-party attitudes toward sibling incest. Evidence for Westermarck’s hypothesis”, *Evolution and Human Behavior*, n. 25, pp. 277-294.
- FOX, R. (1980), *The Red Lamp of Incest*, New York.
- GARVEY, S. T. (2020), *Guilty Acts, Guilty Minds*, Oxford.
- GIUBLINI, A./MINERVA, F. (2012), “After-birth abortion: why should the baby live?”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 39, n. 5, pp. 261-263.
- GUTIERREZ, R./GINER-SOROLLA, R. (2007), “Anger, disgust and presumption of harm in reaction to taboo breaking behaviours”, *Emotion*, Vol. 7, n. 4, pp. 853-868.
- GONYO, B. (2011), *I’m His Mother But He’s Not My Son*, Ebook Kindle.
- GRECO, L. (2008), “Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 5, pp. 234-238.
- GREEN, S. P. (2020), *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford.
- GREEN, S. P. (2019), “Incest”, en Alexander/Kessler Ferzan (eds.): *The Palgrave Handbook of Applied Ethics and Criminal Law*, Londres, pp. 337-357.
- HAIDT, J. (2012), *The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion*, New York.
- HAIDT, J. (2001), “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement”, *Psychological Review*, Vol. 108, n. 4, pp. 814-834.

- HARCOURT, B. (1999), "The Collapse of the Harm Principle", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 90, n. 1, pp. 109-194.
- HARMAN, E. (2009), "Harming as Causing Harm", en Roberts/Wasserman (eds.): *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, New York, pp. 137-154.
- HART, H. L. A. (1963), *Law, Liberty and Morality*, Stanford.
- HAY, C. (2018), "Gross Violations", en Strohminger/Kumar (eds.): *The Moral Psychology of Disgust*, New York, pp. 141-150.
- HENSEL, W. F. (2005), "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, pp. 141-195.
- HERNÁNDEZ CASTILLA, J. E. (2020), "Kant y el incesto", *International Journal of Philosophy*, n. 11, pp. 8-36.
- HEYD, D., (1992), *Genethics: Moral issues in the creation of people*, California.
- HIRSCHI, T. (2001/1969), *Causes of Delinquency*, Londres.
- HÖRNLE, T. (2014a), "Consensual Adult Incest: A Sex Offense?", *New Criminal Law Review*, Vol. 17, n. 1, pp. 76-102.
- HÖRNLE, T. (2014b), "Theories of Criminalization", en Dubber/Hörnle (eds.): *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, pp. 680-701.
- HÖRNLE, T. (2007), "La protección de sentimientos en el StGB", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, 2007, pp. 383-399.
- HÖRNLE, T. (2006), "Legal Regulation of Offence", en Hirsch/Simester (eds.): *Incivilities. Regulating Offensive Behaviour*, Portland, pp. 133-148.
- HÖRNLE, T. (2004), *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main.
- HUEBNER, B./DWYER, S./HAUSER, M. (2009), "The role of emotion in moral psychology", *Trends in Cognitive Sciences*, Vol. 13, n. 1, pp. 1-6.
- HUME, D. (2007/1739), *A Treatise of Human Nature*, Oxford.
- HUSAK, D. (2006), "Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations", en Hirsch/Simester (eds.): *Incivilities. Regulating Offensive Behaviour*, Portland, pp. 91-113.
- JACOBSON, D. (2012), "Moral Dumbfounding and Moral Stupefaction", en Timmons (ed.): *Oxford Studies in Normative Ethics*, Oxford, pp. 290-314.
- JAKOBS, G. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 2ª ed.
- KAHAN, D. M. (1999), "The Progressive Appropriation of Disgust", en Bandes (ed.): *The passions of law*, New York, pp. 63-79.
- KAHNEMAN, D., (2015/2011), *Pensar rápido, pensar despacio*, 6ª ed., Barcelona.
- KASS, L. R. (1998), "The Wisdom of Repugnance: Why We Should Ban the Cloning of Humans", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 32, n. 2, pp. 679-705.
- KAVKA, G. (1981), "The Paradox of Future Individuals," *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 11, n. 2, pp. 93-112.
- KELLY, D. (2011), *Yuck! The Nature and Moral Significance of Disgust*, Massachusetts.
- KEVLES, D. J. (1999), "Eugenics and human rights", *British Medical Journal*, Vol. 319, pp. 435-438.
- KLUSENDORF, S. (2009), "Peter Singer's Bold Defense of Infanticide", *Christian Research Institute*, pp. 1-12.
- KRESANOV, P., ET AL. (2018), "Intergenerational Incest Aversion: Self-reported Sexual Arousal and Disgust to Hypothetical Sexual Contact with Family Members", *Evolution and Human Behavior*, Vol. 39, n. 6, pp. 664-674.
- KUBICIEL, M. (2012), "Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR^[SEP]. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 6, pp. 282-289.

- LÉVI-STRAUSS, C. (1969), *The elementary structures of kinship*, Boston.
- LIEBERMAN, D./PATRICK, C. (2018), *Objection. Disgust, Morality, and the Law*, Oxford.
- LIEBERMAN, D./SMITH, A. (2012), "It's All Relative: Sexual Aversions and Moral Judgements Regarding Sex Among Siblings", *Association for Psychological Science*, Vol. 21, n. 4, 2012, pp. 243-247.
- LITTLE, A. C./PENTON-VOAK, I. S./BURT, D. M./PERRETT, D. I. (2003), "Investigating an imprinting-like phenomenon in humans: Partners and opposite sex parents have similar hair and eye color", *Evolution and Human Behavior*, n. 24, pp. 43-51.
- MACÍAS CARO, V. M., (2011), "El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización", *Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, n° 76, pp. 101-127
- MALINOWSKI, B. (1989), "La cultura", 1931, en Kahn (comp.), *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Barcelona, pp. 85-127.
- MAY, G., (2015), "Why is Incest Porn So Popular?", *Vice*, pp. 1-4. Disponible en: <https://www.vice.com/en/article/8gdz8k/why-is-incest-porn-so-popular-332>
- MAY, J. (2018), "The Limits of Appealing to Disgust", en Strohminger/Kumar (eds.): *The Moral Psychology of Disgust*, New York, pp. 151-170.
- MAY, J. (2014), "Does Disgust Influence Moral Judgment?", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 92, n. 1, pp. 125-141.
- MCAULIFFE, W. H. (2018), "Do emotions play an essential role in moral judgments?", *Thinking & Reasoning*, Vol. 25, n. 2, pp. 1-24.
- MCHUGH, C., ET AL. (2023), "Just wrong? Or just WEIRD? Investigating the prevalence of moral dumbfounding in non-Western samples", *Memory & Cognition*, n. 1, pp. 1-18.
- MCHUGH, J. T. (1992), "What is the Difference Between a 'person' and a 'human being' within the Law", *The Review of Politics*, Vol. 54, n. 3, pp. 445-461.
- MILL, J. S. (1993/1859), *On Liberty and Utilitarianism*, New York.
- MILLER, W. I. (1997) *The Anatomy of Disgust*, Massachusetts.
- MIRÓ LLINARES, F. (2015), "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-23, pp. 1-65.
- MOORE, M. S. (2017), "Legal Moralism Revisited", *San Diego Law Review*, Vol. 54, pp. 441-464.
- MOORE, M. S. (2010/1997), *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford.
- MOORE, M. S. (2009), "A Tale of Two Theories", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 28, n. 1, pp. 27-48.
- MORILLAS CUEVA, L. (1976), "El delito de estupro-incesto", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 29, Fascículo 2, pp. 293-328.
- NICHOLS, S. (2002), "Norms with feeling: towards a psychological account of moral judgment", *Cognition*, Vol. 84, pp. 221-236.
- NUSSBAUM, M. C. (2004), *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and Law*, 2004.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2022), *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Madrid.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2021), "Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?", *Diario la Ley*, n. 9773, pp. 1-9.
- PARFIT, D. (1984), *Reasons and Persons*, Oxford.
- PATRICK, C./LIEBERMANN, D. (2018), "How Disgust Becomes Law", en Strohminger/Kumar (eds.), *The Moral Psychology of Disgust*, New York, pp. 121-138.
- PETERS, P. P. (2009), "Implications of the Nonidentity Problem for State Regulation of Reproductive Liberty", en Roberts/Wasserman (eds.), *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, Springer, New York, pp. 317-332.
- PIZARRO, D./INBAR, Y./HELION, C. (2011), "On Disgust and Moral Judgement", *Emotion Review*, Vol. 3, n. 3, pp. 267-268.
- PRINZ, J.J. (2006), "The Emotional Basis of Moral Judgement", *Philosophical Explorations*, Vol. 9, n. 1, pp. 29-43.

- PRINZ, J.J./NICHOLS S. (2010), "Moral Emotions", en Doris (dir.): *The Moral Psychology Handbook*, Oxford, pp. 111-146.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2020), "La incriminación general de la esterilización de incapacitados", *Almacén de Derecho*, pp. 1-6.
- RITSCHER, C. (2021), "§ 173", en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3*, München, pp. 1337-1345.
- ROBERTS, M. A. (2019), "The Nonidentity Problem", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 1-35.
- ROBLES PLANAS, R. (2013), "Deberes negativos y deberes positivos en Derecho Penal", *InDret*, n° 4, pp. 1-21.
- ROCA DE AGAPITO, L. (2017), "El delito de profanación como ejemplo de un derecho penal sentimental", *Derecho y Religión*, n. 12, pp. 167-192.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1992), "Algunas consecuencias vinculadas con la eugenesia y la reproducción humana: el diagnóstico preconcepcivo y el diagnóstico prenatal", *Eguzkilore*, n° extraordinario 5, pp. 159-166.
- ROXIN, C. (2009), "Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests", *Strafverteidiger*, Vol. 9, pp. 544-550.
- ROXIN, C./GRECO, L. (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, München.
- ROYZMAN, E. B./KIM, K./LEEMAN, R. F. (2015), "The curious tale of Julie and Mark: Unraveling the moral dumbfounding effect", *Judgment and Decision Making*, Vol. 10, n. 4, pp. 296-313.
- ROZIN, P./HAIDT, J./MCCAULEY, C. R. (2018), "Disgust", en Feldman Barrett/Lewis/Haviland-Jones (eds.): *Handbook of Emotions*, New York, 4ª ed., pp. 815-834.
- ROZIN, P./LOWERY, L./IMADA, S./HAIDT, J. (1999), "The CAD triad hypothesis: A mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity)", *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 76, pp. 574-586.
- RUDA, A. (2010), "I Didn't Ask to be Born: Wrongful Life from a Comparative Perspective", *Journal of European Tort Law*, n. 2, pp. 204-241.
- SANDERSON, S. K. (2005), "The Incest Taboo: Biological Evolution, Cultural Evolution, or Coevolution", *Evolution and Sociology*, Vol. 2, n. 1, pp. 6-10.
- SCHNALL, S., ET AL. (2008), "Disgust as Embodied Moral Judgement", *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 34, n. 8, pp. 1096-1109.
- SEBO, J. (2006), "The Ethics of Incest", *Philosophy in the Contemporary World*, Vol. 13, n. 1, pp. 48-55.
- SEELMAN, K. (2007), "El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena", en Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, pp. 373-382.
- SHEPHER, J. (1983), *Incest, a biosocial view*, New York.
- SHWEDER, R. A./MUCH, N. C./MAHAPATRA, M./PARK, L. (1997), "The 'big three' of morality (autonomy, community, divinity), and the 'big three' explanations of suffering", en Brandt/Rozin (eds.): *Morality and health*, New York, pp. 119-169.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2010), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1999), "Artículo 11", en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Valencia, pp. 441-488.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1989), "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", *Cuadernos de Política Criminal*, n. 38, pp. 367-404.
- SINGER, P. (2011), *Practical Ethics*, Cambridge, 3ª ed.
- SINGER, P. (2013), "Discussing infanticide", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 30, n. 5, p. 260.
- SLOANE, A. (1999), "Singer, Preference Utilitarianism and Infanticide", *Studies in Christian Ethics*, Vol. 12, n. 2, pp. 47-73.

- SNOW, A., (2017), “‘Fauxcest’: The Disturbing Rise of Incest-Themed Porn”, *Daily Beast*, pp. 1-6. Disponible en: <https://www.thedailybeast.com/fauxcest-the-disturbing-rise-of-incest-themed-porn>
- STANTON, J. (2022), “The Limits of Law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 1-33.
- STEINBOCK, B. (2009), “Wrongful Life and Procreative Decisions”, Roberts/Wasserman (eds.): *Harming Future Persons. Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, New York, pp. 155-178.
- SØBIRK PETERSEN, T. (2014), “No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 10, n. 2, pp. 355-365.
- STANLEY, M. L./YIN, S./SINNOTT-ARMSTRONG, W. (2019), “A reason-based explanation for moral dumbfounding”, *Judgment and Decision Making*, Vol. 14, n. 2, pp. 120-129.
- STAUDENMAIER, P. (2005), “Peter Singer and Eugenics”, *Institute for Social Ecology*, pp. 1-4.
- TEODOR, M./CATALIN, C. M. (2022), “Protecting the Fundamental Rights of the Child by Criminalising Voluntary Incestuous Relations”, *Access To Justice in Eastern Europe*, Vol. 13, n. 1, pp. 127-141.
- THALER, R.H./SUNSTEIN, C.R. (2021), *Nudge. The Final Edition*, New York.
- TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, V. (2017), “Responsabilidad por nacimiento evitable (*wrongful birth*) y discapacidad”, *Revista de Administración Pública*, n. 203, pp. 89-136.
- TRUCCONE BORGOGNO, S. (2015), “Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño”, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 38, pp. 473-500.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. (2021), “Acuerdos alcanzados en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 23-10, pp. 1-34.
- TURNER, J. H./MARYANSKI, A. (2005), *Incest: Origins of the Taboo*, New York.
- VILAS, R., ET AL. (2019), “Is the ‘Hausburg jaw’ related to inbreeding?”, *Annals of Human Biology*, Vol. 46, n. 7-8, pp. 553-561.
- VON HIRSCH, A./SIMESTER, A. P. (2006), “Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles”, en Hirsch/Simester (eds.): *Incivilities. Regulating Offensive Behaviour*, Portland, pp. 115-131.
- WESTERMARCK, E. A. (1906), *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Londres.
- WESTERMARCK, E. A. (1891), *The History of Human Marriage*, Londres, 1891.
- WHEATLEY, T./HAIDT, J. (2005), “Hypnotic Disgust Makes Moral Judgement More Severe”, *Psychological Science*, Vol. 16, n. 10, pp. 780-784.
- WHITE, L. A. (1948), “The Definition and Prohibition of Incest”, *American Anthropologist*, n° 50, pp. 416-435.
- WILKINSON, S./GARRARD, E. (2013), “Eugenics and the Ethics of Selective Reproduction”, *Keele University*.
- WOHLERS, W. (2009), “Verhaltensdelikte: Standard, Ausnahme – oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?”, en Böse/Sternberg-Lieben (eds.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, pp. 129-146.
- ZABEL, B. (2008), “Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht^[1]. Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG v. 26. 2. 2008”, *Juristische Rundschau*, Vol. 11, pp. 453-457.