C-404-98

Sentencia C-404/98

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Límites

Los límites al libre desarrollo e la personalidad, “no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal.” Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria. En el evento analizado, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

La solidaridad de las personas, a la que hace referencia el artículo 1º de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y la solidaridad social que, en el artículo 95 aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho.

Las diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del incesto como delito autónomo.

INCESTO-Restricción legítima del derecho al libre desarrollo

La prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia – y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales – como los sistemas de parentesco – de innegable importancia.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe tener en cuenta razones morales que explican o justifican existencia de norma legal

La adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales – dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva – en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas – legales o constitucionales – es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular

una adecuada motivación judicial.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Utilización de argumentos morales

No escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública – en el sentido que se precisa más adelante – y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.).

MORALIDAD PUBLICA-Naturaleza

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe confrontar criterios de moralidad pública

El juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.

INCESTO-Prohibición/MORALIDAD PUBLICA-Relevancia en el seno familiar

La prohibición del incesto corresponde a una verdadera y real opción valorativa vinculada con la moralidad pública. La prohibición del incesto, al incorporar positivamente un criterio de moralidad pública que se busca mantener en el seno familiar, no ocasiona, por sí misma, en cuanto mandato restrictivo, detrimento a la dignidad de las personas. La Corte quiere puntualizar que la prohibición no se endereza de manera deliberada a causar agravio o lesión a determinadas personas por ser portadoras de determinados rasgos o creencias, ni persigue un propósito discriminatorio e injusto ejercitado y ejecutado por una mayoría contra una minoría o determinadas personas. La renuncia que se sigue a la prohibición, de otra parte, no tiene la entidad de clausura a la satisfacción sexual que en modo alguno se niega si ella se realiza en el ámbito del grupo externo a la familia.

INCESTO-Penalización

La validez constitucional del criterio de moralidad pública que sirve de sustrato a la norma que sanciona las relaciones sexuales entre parientes cercanos no es suficiente para justificar su exequibilidad. En efecto, una disposición penal que tenga como efecto la restricción de la libertad personal no puede tener como única fundamentación un principio de la moralidad pública. No obstante, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada. En consecuencia, el criterio moral al que se ha hecho referencia coadyuva la reflexión hasta ahora realizada y disipa las dudas que aún puedan existir sobre su exequibilidad. Lo anterior no significa que el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, no pueda en un momento dado renunciar a la penalización de la conducta y, en su lugar, conferirle un tratamiento distinto o sujetar algunas variantes de la conducta incestuosa a una disciplina especial. Lo que ocurre en casos como el presente, es que la amplitud de la norma penal, no puede ser recortada por virtud de una decisión de la Corte Constitucional, que no encuentra razón ni legitimidad alguna para remover la decisión democrática ajustada a la Constitución Política.

Referencia: Expediente D-1935.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del Código Penal.

Demandante: Alberto Franco.

Magistrados Ponentes: CARLOS GAVIRIA DIAZ y

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Alberto Franco presentó demanda contra el artículo 259 del Código Penal, por violar el artículo 16 de la Constitución.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Decreto 100 de 1980

“Artículo 259. El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.”

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El actor para fundamentar la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Penal, señala que el derecho sólo puede sancionar los comportamientos del hombre “cuando interfieran con la órbita de acción de otras personas” y, por tanto, no es constitucional penalizar el incesto, pues “la relación entre padre (madre) e hija (hijo), adoptante o adoptivo, o entre hermana o hermano, sea de acceso carnal u otro acto erótico sexual, consentido, no afecta a las demás personas, ni al núcleo familiar”. En su opinión, el incesto, es “una acción privada que no ofende siquiera la moralidad pública, sino que únicamente concierne a la moral individual” y como acción privada, debe ser inmune a la actuación de las autoridades judiciales, pues “un acto que no se exterioriza no puede ofender bienes del mundo exterior y mucho menos colocarlos en peligro, como son los bienes de la naturaleza jurídica.” En otras palabras, para el demandante, la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 16 de la Constitución, que garantiza a todo individuo la posibilidad de proyectar su “visión de sí mismo y la de tomar decisiones que pueden determinar su desarrollo como persona en el medio social”.

Así mismo considera, que tal como se encuentra tipificada la conducta del incesto en el artículo 259 del Código Penal, este delito solamente se configura cuando el trato sexual se cumple con el consentimiento mutuo de los protagonistas y, en consecuencia, es imposible determinar quién es la víctima o quién tiene la facultad para denunciarlo.

En últimas, lo que pretende el actor con la demanda, es que el delito de incesto como tal “no esté reprimido como figura autónoma”, porque las consecuencias negativas que se pueden seguir de las relaciones incestuosas ya están sancionadas por el ordenamiento jurídico en otras disposiciones del Código Penal que regulan el tema sexual, como el artículo 317 para los casos de violencia carnal, el 320 en cuanto al estupro, el 324 en relación con los abusos deshonestos, los artículo 325 y 326 sobre corrupción de menores, y la ley 294 de 1996 en los casos de violencia familiar.

VI. INTERVENCIONES

1. Intervención del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo, solicita a la Corte declarar constitucional la disposición acusada, por las siguientes razones:

– La tipificación del delito de incesto pretende proteger la institución de la familia, como unidad básica o núcleo esencial de la sociedad, dado que los comportamientos erótico-sexuales que se realizan entre personas a quienes los unen lazos de parentesco consanguíneo o legal, “comprometen su existencia, conservación y desarrollo”.

En efecto, “históricamente, al menos dentro de la cultura occidental, la institución de la

familia ha evolucionado según las condiciones políticas, económicas y culturales de cada época. Así, partiendo de un estado de promiscuidad absoluta, propia de los primeros tiempos, …, se ha llegado a la forma de sociabilidad más elevada conocida hasta el momento: el de la pareja, y en torno a ella, la de la familia nuclear, esto es, la conformada por padres e hijos." La decantación de este proceso histórico, no fue ajena a las instituciones jurídicas, y es por eso que en nuestros días encontramos múltiples normas que buscan preservar la institución de la familia como aquéllas que establecen impedimentos para contraer nupcias o celebrar contratos dentro del matrimonio, o las que penalizan conductas como el incesto, la bigamia, el matrimonio ilegal o la supresión del estado civil. La existencia de tales normas se justifica, porque si bien en principio las relaciones que se desprenden de la institución de la familia hacen parte de la esfera privada de las personas, la mayoría de las veces "traspasan los límites de lo público, concretamente cuando comprometen las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la institución que se define como básica y núcleo de la sociedad."

– No es posible construir una argumentación sólida para atacar la constitucionalidad del tipo penal que sanciona el incesto sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque este derecho no es absoluto y su ejercicio puede limitarse cuando entra en conflicto con otro tipo de derechos de igual o superior jerarquía. Concretamente, invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo hace el demandante, "para reclamar la inconstitucionalidad de la norma penal que tipifica las relaciones incestuosas, constituye una visión sesgada de los modelos de conducta mínimos que integran la institución de la familia. El respeto recíproco debido entre sus miembros, la unidad y la armonía, la progenitura responsable, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, la proscripción de la violencia física o moral y del abuso sexual entre sus miembros, entre otros principios consagrados en la Carta para su protección, podrían verse afectados de no existir instrumentos coercitivos de tipo legal como el que se impugna."

2. Intervención de la Ministra de Justicia y del Derecho

La Ministra de Justicia y del Derecho, a través de apoderado, defiende la constitucionalidad del artículo 259 del Código Penal, con base en las consideraciones que a continuación se exponen:

– Es posible afirmar que entre las diferentes culturas existe un acuerdo sobre el "rechazo moral" de los comportamientos incestuosos. Tales razones que también son de buenas costumbres, de ética en las relaciones sexuales y armonía familiar, han influido en el pensamiento del legislador, hasta el punto de penalizar el incesto como una forma de garantizar la protección integral del núcleo familiar. Porque es evidente: "las relaciones sexuales entre miembros de una familia pueden menoscabar la honra y dignidad del ambiente al interior de la misma, …, siendo razonable y proporcionado el hecho de que se penalice la comisión de esta aberrante y desviada conducta".

– El demandante desacierta al afirmar que las conductas incestuosas que no trascienden la intimidad del hogar no deben ser objeto de sanción penal, porque aún cuando se reconozca el derecho de toda persona a su intimidad, éste no puede "convertirse en un velo que sustraiga de la acción del Estado comportamientos que enrarezcan la atmósfera familiar, y

que devengan (sic) en la crianza de personas que en el futuro verán con buenos ojos, por ejemplo, el sostener relaciones sexuales con sus hijos". Sin duda, comportamientos de este tipo amenazan la institución familiar, protegida por el Estatuto Superior.

3. Intervención del Fiscal General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación presentó un escrito en el cual solicita a la Corte declarar constitucional la disposición demandada. Los argumentos para fundamentar su posición, son los siguientes:

– De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución, el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Es por ello, que una conducta como la tipificada en el artículo 259 del Código Penal, no puede ser admitida a la luz del ordenamiento constitucional, pues el comportamiento que ella describe "constituye un acto antisocial, que desintegra la familia y por ende, a la sociedad."

– El demandante, al afirmar que la penalización del incesto viola el libre desarrollo de la personalidad, olvida que este derecho no es absoluto, pues encuentra límites en los derechos de los demás y en el orden jurídico. En este caso, ese parámetro está demarcado claramente por las disposiciones que protegen la institución de la familia.

– El tipo penal acusado no se limita a imponer una sanción, sino también a prevenir conductas de esa índole, como "mecanismo que evidentemente protege la desviación colectiva". El derecho penal interviene entonces, en aras de la "tranquilidad ciudadana y de la cohesión social."

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte declarar constitucional el artículo 259 del Código Penal, por considerar que la tipificación del incesto como conducta punible, corresponde al propósito del legislador de proteger la institución de la familia reconocida constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad y a la cual, el Estado y la sociedad tienen la obligación de brindarle una protección integral. Al respecto señala:

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

En concepto del Procurador, no es adecuado fundamentar la inconstitucionalidad de la norma acusada sobre la base de la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues éste, tal como lo establece la Constitución, encuentra límites en los derechos de los demás y en el orden jurídico.

VI. PRUEBAS

El Magistrado Sustanciador, Carlos Gaviria Díaz, mediante auto del dos (2) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), solicitó concepto especializado a profesionales en diferentes áreas sobre aspectos concretos relacionados con la conducta incestuosa. A continuación se transcriben las preguntas que formuló la Corte, y una síntesis de lo expuesto por cada uno de los expertos.

1. A los doctores EMILIO YUNIS TURBAY y RAFAEL ELEJALDE, médicos genetistas:

a. ¿Es posible afirmar, con fundamento científico que las uniones sexuales entre los parientes por consanguinidad, en los grados que señala la norma transcrita, pueden dar lugar a concebir hijos con deficiencias físicas o psicológicas?

b. ¿Es posible determinar cuánta probabilidad hay de que tales deficiencias se den? ¿Cuáles son las más frecuentes?

c. ¿Existen estudios sociológicos en Colombia o en algún otro país, sobre lugares o regiones donde las relaciones incestuosas (entre personas que se encuentren dentro de los grados de parentesco indicados) sean frecuentes? ¿Corroboran esos estudios la afirmación contenida en la primera pregunta?

d. Dentro del contexto señalado en las preguntas anteriores se puede exponer todo lo que juzgue pertinente acerca del asunto.

1.1. Concepto del Dr. Emilio Yunis Tejada.

– Desde el ángulo de la biología y la genética el incesto biológico corresponde "al homocigotismo de los genes, que es la condición por la cual los dos genes que controlan un fenotipo son iguales: dominantes o recesivos. La posibilidad del homocigotismo es mayor y más importante, desde un punto de vista práctico, cuando se trata del gen recesivo, puesto que sólo es evidente su manifestación como fenotipo, cuando está en condición homocigota, no cuando se es portador, con una sola copia del gen, heterocigoto (…) Para el caso de los genes que producen una enfermedad genética y son recesivos, es más probable que el homocigotismo se origine de la unión de dos portadores (heterocigotos) del gen. Es decir, que a mayor cercanía familiar, mayor el número de genes compartidos y mayor la probabilidad del homocigotismo."

"Los catálogos de alteraciones por genes recesivos no ligados al sexo, señalan un número conocido superior a 2000. La frecuencia mayor o menor de esas enfermedades depende de los genes en la población, la que varía con gran amplitud… Como una consecuencia lógica de lo anterior, mientras más infrecuente el gen, mayor la probabilidad de que los afectados por esas patologías sean el producto de uniones consanguíneas."

– Si bien no tengo conocimiento de regiones del país o del mundo donde se presenten con frecuencia relaciones incestuosas entre padres e hijos, estoy enterado de que en zonas de Colombia como Boyacá, Cundinamarca, Antioquia y Santander, las relaciones consanguíneas entre primos de primer y segundo grado son muy comunes.

1.2. Concepto del Doctor Rafael Elejalde, Director Médico del Medical Genetics Institute, S.C.

– Existen cuatro estudios que muestran que los hijos concebidos por padres consanguíneos corren un riesgo mayor de sufrir enfermedades genéticas, que aquellos concebidos por padres que no son miembros de una misma familia. En estos estudios se demostró que el cuarenta y cuatro por ciento (44%) de los individuos engendrados como consecuencia de una relación incestuosa (de una muestra de 190 personas), tenían una enfermedad producida por la "homozigosidad para un gen recesivo". En los casos analizados las enfermedades genéticas que se encontraron con mayor frecuencia fueron "mucopolisacaridosis, homocistinuria, fibrosis quística, sordomudez y retraso mental".

– En relación con estudios sociológicos, cabe citar el de Semanova, que estudió 213 casos de hijos de relaciones incestuosas, 23 de los cuales habían muerto y 60 de los 138 sobrevivientes, eran severamente anormales "(Semanova E.A study of children of incestuos matings. Human Heredity 21:108, 1971)". En los Estados Unidos, Adams y Neel indicaron que aproximadamente 20 casos de incesto eran reportados por año, en una población de 8 a 9 millones de habitantes "(Adams MS, Neel JV. Children of Incest. Pediatrics 40:55, 1967)". Por su parte Lukianovwicz estudió una población de pacientes psiquiátricos en Irlanda, de los cuales 25 de 650, habían tenido relaciones incestuosas del tipo padre e hija y 29 de 700, de otro tipo "(Lukianowicz N. Incest. Brit. J. Psychiat 120:301, 1972)". En Inglaterra Jancar J. Johonson, estudió 38 casos de hijos de relaciones incestuosas, de los cuales 15 tenía retardo mental severo "(Jancar J. Johnson SJ. Incest and Mental Handicap. J. Ment Defic Res 34: 483-490, 1990)".

2. A las sociólogas LIGIA ECHEVERRY ANGEL y VIRGINIA GUTIERREZ DE PINEDA:

a. ¿Es frecuente el incesto en Colombia entre parientes dentro de los grados señalados por la ley?

b. ¿En qué clase de comunidades o regiones se presenta el fenómeno con mayor frecuencia?

c. ¿Se han identificado los factores, de cualquier orden, incidentes en esa conducta?

d. ¿Qué clase de efectos genera el hecho dentro de la comunidad familiar donde se presenta?

e. Hay conciencia, en general, dentro de las comunidades donde es frecuente el incesto, de que esa conducta es delictiva?

f. ¿Qué consecuencia traería, en su opinión, la despenalización del incesto?

g. Dentro del contexto señalado en las preguntas anteriores, se puede exponer todo lo que juzguen pertinentes acerca del asunto.

2.1. Concepto de la Socióloga Ligia Echeverry Angel

– En Colombia se presentan con frecuencia casos de incesto, en especial entre padre e hija. Los casos entre hermanos y entre madre e hijo son muy pocos. Cabe resaltar, además, que el mayor porcentaje de las relaciones sexuales no aceptadas socialmente, se dan entre el padrastro y la hijastra que a la luz del artículo 259 del Código penal no son sancionadas.

– Con base en estudios de campo, puede afirmarse que el incesto se presenta en mayor proporción en las áreas rurales donde está más acentuado el patriarcalismo como Boyacá, Santander, Cundinamarca y Nariño, porque en el sistema patriarcal existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de los hijos. En el caso de las grandes ciudades, la cifra de relaciones incestuosas es significativa en aquellos barrios en los cuales la población vive en condiciones de hacinamiento.

– La percepción del incesto como conducta delictiva no es frecuente, pues como la mayoría de relaciones incestuosas permanecen en la clandestinidad, no es común que se sigan consecuencias penales. Por el contrario, la mayoría de las personas sí perciben este comportamiento como moral y socialmente prohibido.

– No es conveniente retirar del ordenamiento la norma que penaliza el incesto, pues se trata de una disposición que trata de proteger a la familia frente a los efectos anarquizantes de las relaciones erótico-sexuales entre familiares. Es evidente que el incesto produce consecuencias negativas, no sólo en el núcleo familiar sino en las condiciones emocionales de sus miembros. Por lo tanto, al no existir actualmente otros medios que controlen esta conducta, no es deseable eliminar el único recurso para evitarlo.

2.2. Concepto de la Socióloga Virginia Gutiérrez de Pineda

– El incesto en Colombia es frecuente, pero no existen estadísticas confiables al respecto, porque en la mayoría de los casos no sale a la luz pública, debido al repudio social y a los conflictos que acarrea dentro de la familia. Los pocos casos de incesto que se conocen, por lo regular provienen de personas de sectores populares que apelan a la justicia para encontrar una solución. Sin embargo, la proporción es mínima y en muchos casos el proceso no culmina, porque en segunda instancia la mayoría de demandas se retiran por miedo al padre infractor. Este hecho, además, ha llevado a que los jueces no atiendan con rigor este tipo de demandas, y la conducta del incesto continúe encubierta en la intimidad del hogar.

– Con base en datos fragmentarios es posible afirmar que el incesto se presenta con mayor fuerza en sectores urbanos asociados con sectores de miseria. Comparativamente, su incidencia es menos común en las clases media baja y media media, y mínima en las clases altas. En relación con las zonas del país es frecuente el incesto en el campo boyacense, en Antioquia en las regiones de Rionegro, Abejorral, Sonsón, Marinilla, La Ceja, Abejorral, Carmen de Viboral, Santa Bárbara, Caucasia y Puerto Berrío, y en los Santanderes, por su cultura fuertemente patriarcal.

– La existencia del incesto se puede explicar por varias circunstancias, en especial el desbordamiento del poder masculino en el patriarcalismo, la atracción erótica que la hija provoca en el padre, la intrascendencia de la moral religiosa en la ética familiar, la subordinación de un género por otro, la incapacidad de la justicia y de la misma sociedad para sancionar el delito y el temor de las víctimas de acusar al infractor. En algunas zonas campesinas y en los estratos urbanos bajos, por ejemplo, el hombre cree que tiene un derecho adquirido o quizá un privilegio sobre la sexualidad de su hija. De acuerdo con esta lógica ella le pertenece y apoyado en el poder patriarcal, la posee. En los cinturones urbanos, por su parte, la precariedad de la vivienda y el vicio alcohólico del padre, favorecen y estimula el incesto. Ello no significa que no se encuentren relaciones incestuosas de la madre

con el hijo, especialmente cuando ella actúa como cabeza de familia.

– En los casos de incesto el recurso legal es insuficiente, entre otras causas, porque no se denuncia al infractor, las exigencias legales son difíciles de cumplir y muchos jueces no actúan con diligencia. Tales circunstancias contribuyen a que en la mayoría de los casos el delito quede impune.

– El incesto es una conducta que quiebra la estructura familiar, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status y los roles de madre e hija y distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivas y sexuales entre los miembros de la familia. Por tanto, sería inconveniente despenalizar el incesto, pues es el único mecanismo legal que existe contra la promiscuidad familiar.

3. Al psicoanalista GUSTAVO ANGEL VILLEGAS y a la psicóloga MARGARITA SIERRA DE JARAMILLO:

a. ¿Tiene consecuencias negativas, desde el punto de vista psicológico, las relaciones incestuosas, para las personas que han tenido esa experiencia?

b. ¿Pueden diferenciarse esas consecuencias, según haya sido o no consentida la relación?

c. ¿Pueden asociarse esos efectos con las creencias religiosas o con la moral social o con el hecho de estar jurídicamente sancionada esa conducta?

d. En términos generales, y desde su perspectiva científica, ¿piensa usted que la despenalización del incesto produciría efectos nocivos o provechosos?

e. Dentro del contexto señalado en las preguntas anteriores, se puede exponer todo lo que juzguen pertinentes acerca del asunto.

3.1. Concepto del Psicoanalista Gustavo Angel Villegas

– Desde el punto de vista psicológico, las relaciones incestuosas tienen consecuencias negativas para las personas que han tenido tal experiencia, “por los sentimientos de culpa conscientes e inconscientes que se siguen. En la clínica psicológica, se han encontrado en los casos de incesto, los siguientes complejos de culpa: depresiones y estado depresivo crónico menos grave; estado de angustia, bien flotante o asociada con fobias; neurosis de fracaso; búsqueda inconsciente de autocastigo en accidentes traumáticos, quiebras económicas o rupturas matrimoniales.”

– Las consecuencias psicológicas del incesto pueden diferenciarse, según la relación haya sido consentida o no. En los casos no consentidos generalmente se presentan casos de “neurosis traumática”. Sin embargo, en ambos tipos de incesto, “los participantes experimentan la acción perturbadora del superyo o conciencia moral.”

– La despenalización y permisividad del incesto traería efectos nocivos para la salud emocional y mental de las personas. La prohibición que existe actualmente, tiene una razón de ser, evitar el aislamiento de la familia. “En efecto, descartada la hipótesis de los daños genéticos del incesto, o la de Havelock Ellis sobre la ausencia de atracción sexual entre los

miembros de una familia, o la de Malinowski sobre el trastorno de la estructura interna de la familia, lo más admitido hoy en día es la teoría de Claude Levi Strauss, para quien la prohibición del incesto es una precaución, no contra el desorden interno de la familia, sino para evitar que se aísle de los demás núcleos familiares".

3. 2. Concepto de la Psicóloga Margarita Sierra de Jaramillo.

-Desde el punto de vista psicológico varias consecuencias negativas se siguen para las personas que mantienen relaciones incestuosas. En efecto, innumerables trabajos muestran los efectos negativos que se producen en los niños cuando experimentan relaciones incestuosas. El primero en hablar de este trauma psíquico fue Freud "quien lo equiparó al trauma físico y utilizó tres concepciones básicas: un choque violento, una efracción y una consecuencia sobre el conjunto de la organización". Por su parte, "el modelo neuropsicosocial enfatiza en que el sistema se sobrecarga de información de tipo traumático, se altera la respuesta a la situación y se responde con disociación o insensibilidad al evento. El proceso disociativo impide el desarrollo de procesos de información necesarios para la intencionalidad, la responsabilidad personal y el sentido de control sobre los acontecimientos. Cuando se pierde la relación de confianza con una persona importante, como en estos casos, se produce una restricción del sistema cognitivo y por tanto una restricción de los patrones de interacción aún en la intimidad".

Cuando las relaciones incestuosas se presentan entre adultos, lo que se ha encontrado, aún cuando existe consentimiento, son "síndromes depresivos y dificultades en las relaciones de pareja".

– Es evidente que las consecuencias de las relaciones incestuosas difieren si éstas han sido consentidas o no. Sin embargo, es pertinente aclarar, que en ocasiones el incesto "consentido", puede encubrir relaciones de poder.

-"Dadas las consecuencias que pueden traer las relaciones incestuosas a la organización social y las posibles alteraciones genéticas secundarias a las relaciones endogámicas; al mismo tiempo que los inmensos daños en las relaciones incestuosas con niños o entre adultos donde no existe previo consentimiento, la despenalización del incesto debe hacerse sólo en casos especiales , como cuando las relaciones se dan entre adultos con plena conciencia y capacidad de autodeterminarse."

4. A los antropólogos ESTHER SANCHEZ y GUILLERMO PARAMO

a. ¿Son frecuentes las relaciones sexuales dentro de los grados de parentesco consagrados en la norma transcrita, en algunas etnias en Colombia?

b. ¿Si en algunas se prohibe esa conducta qué consecuencias tiene la transgresión?

c. ¿Qué consecuencias se seguirían de la despenalización de esas relaciones?

d. ¿Dentro del contexto señalado en las preguntas anteriores, puede exponer todo lo que juzgue pertinente acerca del asunto?

4.1. Concepto del antropólogo Guillermo Páramo Rocha.

– Un primer punto a tratar es la tesis de la universalidad del tabú del incesto y su papel en la fundamentación de la cultura. En primer, lugar debe señalarse que “independientemente de las orientaciones teóricas y metodológicas y del ámbito histórico o etnográfico a que han dedicado su trabajo, los estudiosos de la cultura han coincidido en señalar que la existencia de alguna forma de prohibición de las relaciones sexuales dentro del grupo familiar, sobre todo del primario, representa una de las características más fuertes, conspicuas y extendidas de las sociedades humanas, aunque para algunos la prohibición no sea universal (…)”

En efecto, si bien no puede afirmarse que existe un consenso entre los autores sobre la universalidad del tabú del incesto, si es posible señalar que éste rige en la mayoría de sociedades de las cuales se tiene noticia y que en aquellos casos excepcionales donde se registra la “tolerancia social de relaciones sexuales entre madres e hijos, padres e hijas o hermanos y hermanas,(…),parece estar siempre asociada a prácticas rituales, a estados de desintegración cultural o singularidades culturales en la identificación de afines y consanguíneos en el sistema de parentesco”. Estos hechos han contribuido a fortalecer la tesis de la universalidad del incesto hasta el punto de llegar “a adquirir el carácter de un supuesto en la construcción de la teoría social y cultural”. “La fuerza de la tesis de la universalidad es tal que para numerosos teóricos ha representado una verdadera marca de la existencia de cultura, comparable al empleo de instrumentos y al lenguaje articulado. LEVI-STRAUSS, por ejemplo, encuentra en ella la frontera (o puente) que separa (o une) lo cultural y lo natural. Así mismo, otros autores clásicos como WESTERMARCK, FRAZER, MORGAN, DURKHEIM, “han establecido desde diferentes perspectivas fuertes vínculos teóricos entre la presencia del tabú del incesto y el origen de los fundamentos de la cultura.”

Por otra parte, los ejemplos de incesto ritual y presencia en mitos de relaciones incestuosas, presentados por algunos estudiosos para rebatir la tesis de la universalidad del incesto, no debilitan sino más bien refuerzan la hipótesis de la vigencia transhistórica y transcultural de la prohibición. Por ejemplo, tanto en los incas, como en los egipcios y los hawaianos se presentan relaciones incestuosas, pero referidas a los monarcas o soberanos. Por lo tanto, de acuerdo con estas prescripciones rituales “la relación con el objeto tabú puede ser un factor de poder … La divinidad debe estar por encima, más allá de la cultura, más allá de los toscos y ordinarios seres que conforman la humanidad (…) Más exactamente, la violación impune del tabú termina por elevar al infractor por encima de la norma cultural violada y por asimilarlo a los seres para los cuales no existe tabú.” Es claro que la presencia de incesto en el mito, “subraya, pues, el vínculo que hay entre el tabú, la prescripción, la clasificación y la cultura y apuntan hacia la universalidad de ese mandato prohibitivo.”

Así mismo, tesis como la de ROBIN FOX en el sentido de que “no existe horror universal hacia el incesto ya que muchas sociedades no tienen severos castigos contra él, otras lo practican y en otras reina una verdadera indiferencia hacia él”, lo que indican es que, en muchas culturas puede suceder que se tolere o haya indiferencia pública ante la transgresión del tabú del incesto, que es distinto a que no exista una prohibición. En otros términos, “la tolerancia de una transgresión no niega sino implica la existencia de la norma transgredida.”

Ahora bien, el hecho de que en la mayoría de las sociedades exista una prohibición del incesto, no significa que su “forma y función” sean iguales en todas las sociedades, pues

ellas “varían enormemente de una cultura a otra, en sociedades pequeñas y grandes, simples y complejas”. Es decir, y recogiendo la definición circular planteada por Sumner, “incesto” es lo que considera “incesto” una particular cultura.”. “El asunto de su universalidad estaría en establecer si todas las culturas introducen alguna clase de estipulación de este tipo y si las diferentes alternativas adoptadas por ellas tienen alguna área de traslapo.”

De acuerdo con esta definición es posible sostener que el tabú del incesto es un concepto cultural más que un “fenómeno natural”, ya que está definido por las relaciones de parentesco. En efecto, si los sistemas de parentesco varían de cultura en cultura y más allá del vínculo natural de la sangre se pueden crear artificiosamente, es evidente que “el tabú del incesto hace referencia a normas y nociones culturales y no a nexos biológicos, aunque se fundamente en ellos y tienda con ellos a coincidir. ”

Por ejemplo, “las comunidades tucano-orientales que habitan en la región del Vaupés colombiano y el Uapés brasileño, se identifican tradicionalmente por la lengua. La lengua es una marca de pertenencia a un grupo exogámico que prohibe la unión matrimonial entre un hombre y una mujer del mismo grupo lingüistico (…) La unión prohibida tiene el carácter de una unión incestuosa entre hermanos, que son clasificados según vínculos agnáticos asociados a la lengua. Por estas razones, que al tiempo trazan los rasgos genéricos y subrayan la especificidad, es perfectamente explicable que se ligue la presencia del tabú del incesto con la existencia de la cultura.”

Por otra parte, si bien la cultura es, además de otras cosas, “un sistema de reglas, de distinciones y de normas que entrañan tabúes y prohibiciones”, “los tabúes existentes en una sociedad no deben identificarse con sus principios morales y legales”, porque a pesar de que “los códigos implicados por lo tabúes conforman en conjunto una dimensión de la cultura que es condición de la existencia de las normas legales y morales, la moral y la ley constituyen sistemas específicos que desarrollan institucionalmente algunos tabúes, aunque no necesariamente todos los que se expresan en un determinado conglomerado cultural”. No obstante, el tabú del incesto tienen tal fuerza que está imbricado en el tejido cultural y en el aparato institucional legal y moral de muchas, si no de todas las sociedades (regulación de la violencia y el poder, distinción de grupos de edad, protección de la infancia, socialización, educación, grados de intimidad, de libertad, noción de autoridad, etc, y por supuesto sistema de parentesco y estructura familiar).

En síntesis, “si la prohibición del incesto está en el origen mítico o histórico de todas o de la enorme mayoría de las culturas, esa prohibición es una premisa cultural tan fundamental como la de “no matarás” o “no devorarás a tus hijos”.

Por tanto, “si lo que se entiende por declarar inconstitucional una prohibición legal es abrir un camino para la práctica legal de lo que antes se prohibía, con la inconstitucionalidad de la prohibición del incesto, pasaría a ser legal en Colombia la transgresión de un mandato de la cultura que, con sólo matices de excepción, cabe considerar una de las manifestaciones universales de ella.”

4.2. Concepto de la Antropóloga Esther Sánchez Botero

Para la antropóloga Esther Sánchez, el incesto es la infracción del tabú que pesa sobre las relaciones sexuales entre dos miembros y por lo tanto, “como entidad “tabú” es adecuada para mostrar que su transgresión va acompañada de sentimientos de intenso horror, es social más que legal, ya que no en todas las sociedades se sanciona legalmente”.

Ahora bien, aunque existen grandes diferencias entre sociedades sobre la función que debe cumplir el tabú del incesto y sobre las personas con las cuales es vedado mantener relaciones sexuales, en todas las sociedades es común su presencia. La universalidad de la prohibición, por tanto, “parece indicar que forma parte de un sistema muy complejo con profundas raíces biológicas; un sistema que es a la vez condición de la evolución humana”.

Porque es claro que el hombre además de animal, es cultura, y se diferencia de los demás mamíferos en su capacidad para dominar instintos particulares y para aceptar las normas de grupo al que pertenece. La asimilación de los sentimientos de culpabilidad e inhibición en las tempranas experiencias sexuales, es por tanto, “el resultado de millones de año de evolución humana lo cual permite ser capaces de inhibir impulsos que fueron pensados por generaciones como requisitos de una forma social humana característica de ser hombre”.

-“En los 82 pueblos indígenas de Colombia no existen relaciones permitidas con los parientes. En todas estas sociedades existen líneas de pensamiento que normatizan la vida de estos pueblos y que permiten al infractor sentirse transgresor.”

V. AUDIENCIA PUBLICA

La Sala Plena de esta Corporación, decidió celebrar una audiencia pública dentro del proceso de referencia, con el fin de conocer los criterios especializados de distintos profesionales sobre el tema a que alude la disposición legal acusada, la cual se realizó el 21 de julio del corriente año. Los argumentos que allí se expusieron serán resumidos a continuación:

1. El Fiscal General de la Nación, ALFONSO GOMEZ MENDEZ, reiteró los argumentos expuestos en el memorial que presentó a esta entidad, atendiendo la invitación hecha por el Magistrado Sustanciador para participar en el proceso, que aparecen transcritos en el acápite correspondiente a las intervenciones.

2. Monseñor BERNARDO SABOGAL VIANA, en representación de la Conferencia Episcopal, intervino en la audiencia, para defender la exequibilidad del artículo 259 del Código Penal. En primer lugar, manifestó que la tipificación del delito de incesto hace parte de un conjunto de disposiciones, tanto civiles como penales, que protegen a la familia y, en consecuencia, en virtud de la unidad normativa, la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad de la disposición demandada, necesariamente deberá recaer sobre las demás. En seguida señaló, que la competencia del legislador para determinar cuáles comportamientos merecen reproche penal, escapa al control de la Corte Constitucional y, por tanto, esta Corporación en su análisis debe únicamente considerar si “son socialmente reprochables las relaciones entre parientes cercanos” y si la sanción penal es contraria a la libertad personal. No obstante, para Monseñor, estas dos circunstancias no se pueden demostrar, porque el incesto es un comportamiento que atenta contra la “moralidad pública” y el “valor social de la familia”, y la libertad personal no puede ser entendida como la posibilidad ilimitada de elegir, sino como un derecho que permite tan sólo “poder elegir aquello que corresponde”.

3. El Doctor JAVIER TOBO, Delegado de la Procuraduría General de la Nación, después de hacer un pequeño recuento histórico de la prohibición del incesto, manifestó su desacuerdo con la afirmación del demandante, en el sentido de que el Estado no puede intervenir en ningún caso en el fuero interno del individuo. Al respecto señaló, que en los Estados de derecho prima siempre el interés colectivo sobre el interés individual y por tanto, en ciertos casos, es posible establecer límites a la libertad personal. Para ilustrar su afirmación, pone como ejemplo la imposibilidad de que una mujer pretende casarse, pueda suscribir una "cláusula" mediante la cual permita al futuro esposo incumplir los deberes del matrimonio, pues en eventos como éste, "el derecho civil se impone sobre su derecho al libre desarrollo de la personalidad".

Para el Procurador delegado, en el evento estudiado por la Corte en este proceso, el libre desarrollo de la personalidad encuentra su límite en la protección que el mismo constituyente le ha dado a la familia como institución básica de la sociedad, y despenalizar las relaciones incestuosas "en la "coyuntura actual sería inconveniente, pues aún la sola idea del incesto nos produce rubor y lo vemos como atentado a la familia".

4. El Delegado del Defensor del Pueblo, Doctor ALVARO LEAL OBANDO, consideró que el actor, de acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, está equivocado, pues olvida que las relaciones de la familia no son "unilaterales" sino "bilaterales" y por tanto, pueden ser reguladas por el derecho. En el caso de la prohibición del incesto, señaló entonces, que la intervención del Estado se justifica para proteger la institución de la familia exogámica, reconocida constitucionalmente como núcleo esencial de la sociedad.

5. El filósofo GUILLERMO HOYOS VASQUEZ, analizó diferentes argumentos desde el punto de vista ético para estudiar la prohibición del incesto. Al respecto señaló, que los argumentos "contra natura" ya no son adecuados y es pertinente en cambio mirar aquellas razones "contra mores".

A continuación, citó varios argumentos expuesto por Ronad Dworkin en su escrito "Comunidad Liberal", a propósito de un debate frente al caso de sodomía presentado en Estados Unidos, conocido como Bowers vs. Hardwick. Según este autor, es posible encontrar diferentes argumentos a saber:

a) Argumento de mayorías: La comunidad puede usar la ley para defender la decencia. Una mayoría tiene el derecho de plasmar la vida moral de la comunidad, incluso mediante instrumentos legislativos y jurídicos.

b) Argumento paternalista: En una comunidad política genuina cada ciudadano es responsable del bienestar de sus congéneres y, por tanto, debe utilizar el poder político para reformar a quienes con sus prácticas defectuosas pueden arruinar sus vidas.

c) Argumento desde el interés individual: no se debe aceptar el ostracismo individual porque las personas necesitan de la comunidad. El individualismo liberal va reduciendo a la comunidad a los mínimos de su funcionamiento y debilita así sus vínculos con el

comportamiento de las personas en la sociedad civil.

d) Argumento integracionista: “La tolerancia liberal depende de una distinción ilegítima entre las vidas de los individuos de la comunidad y la vida de la comunidad como un todo. Desde esta perspectiva, el valor bondad de la vida de cualquier ciudadano es tan solo un reflejo y función del valor de la vida de la comunidad dentro de la cual vive”.

El profesor Hoyos tomó partido por ésta última tesis, pero señaló que los argumentos para aceptar o desechar la penalización de la conducta del incesto deben ser suministrados por las ciencias sociales.

6. La socióloga LIGIA ECHEVERRY ANGEL y la antropóloga ESTHER SANCHEZ BOTERO, reiteraron lo expuesto en su escrito de intervención que se encuentra resumido en el acápite IV. de esta providencia.

7. Finalmente, la socióloga ARGELIA LONDOÑO VELEZ, en nombre del Fondo de Población de las Naciones Unidas, consideró que en el estudio del artículo 259 del Código Penal, la Corte debe diferenciar entre el incesto contra menores de edad y el incesto consentido entre mayores.

Sobre el primero, señaló que la sanción penal está justificada, porque los menores “no tienen la capacidad plena para autodeterminarse y obrar con responsabilidad frente a las consecuencias del trato incestuoso”. Al respecto manifestó, que una de las características principales de las relaciones incestuosas entre adultos y menores es el ejercicio arbitario del poder “que lesiona gravemente el desarrollo psico-afectivo, la salud mental y la salud sexual y reproductiva de los niños o adolescentes”. En efecto, “los niños, niñas, adolescentes incestuados (sic) (violentados sexualmente) no se desarrollan como seres autónomos, libres, capaces de tomar decisiones por si mismos, su psiquismo está formado en la relación incestuosa para satisfacer las necesidades de los adultos y en ese sentido son instrumentalizados o usados como objetos sexuales, caso en el cual son despojados de su libertad y dignidad. El trato sexual con menores de edad es, por tanto, una auténtica vulneración de los derechos humanos, sexuales y reproductivos y un delito sexual.”

Por el contrario, en relación con el segundo punto: las relaciones incestuosas con adultos que consienten, la socióloga manifestó su desacuerdo con la sanción penal. Al respecto señaló “que la penalización del incesto con consentimiento cuando se trate de personas mayores de 18 años aptas, sin que en su decisión intervenga algún tipo de violencia física, psíquica o moral-simbólica (influencia indebida, temor, coacción, constricción, amenaza), puede lesionar la libertad sexual y reproductiva, y por tanto los derechos humanos, sexuales y reproductivos y el libre desarrollo de la personalidad”. En su opinión, “La despenalización del incesto, con consentimiento entre mayores, se dirigiría a salvaguardar la libertad de elección de pareja sexual y a garantizar el goce de los derechos sexuales y reproductivos”.

A continuación expresó que, no obstante lo anterior, los adultos que libremente mantienen relaciones incestuosas deben recibir tratamiento sicológico, pues no sólo enfrentan un tabú cultural muy fuerte, sino que es posible que lleguen a sufrir síntomas de discapacidad sico-social para establecer relaciones erótico sexuales por fuera del grupo familiar.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-5 del Estatuto Supremo, esta Corporación es tribunal competente para resolver la presente demanda.

2. El asunto que debe examinarse

¿Es violatoria de normas superiores la penalización del incesto?

3. EL TIPO PENAL. El artículo 259 del Código Penal Colombiano tipifica el delito en lo siguientes términos:

"INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) a cuatro (4) años."

4. El bien jurídico protegido. La norma transcrita está inserta en el capítulo primero del Título IX del Código, que trata de los DELITOS CONTRA LA FAMILIA.

La primera cuestión que surge es ésta: ¿Merece protección la institución familiar a la luz de la Constitución colombiana de 1991? Veamos.

El artículo 5 Superior, que hace parte del Título I ("De los principios fundamentales"), establece:

"El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad". (subrayas de la Corte).

El 15 ibídem, al consagrar el derecho fundamental a la inimidad, dispone:

"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar…."

Y el 42 ("De los derechos sociales, económicos y culturales"), reitera:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y

será sancionada conforme a la ley….” (subrayas de la Corte).

Con absoluta claridad se colige de las normas transcritas que la familia es una institución básica en nuestro sistema y que el Constituyente, en armonía con el lugar privilegiado que le ha conferido, exige de todo el ordenamiento normativo, instrumentos que aseguren su protección.

El código penal, anterior a la Carta vigente, resulta entonces concordante con ella al tipificar el delito cuestionado, por las razones que en seguida se expondrán:

5. Consideraciones generales sobre el incesto.

El incesto, entendido como la prohibición de relaciones sexuales entre parientes (endogámicas) ha sido objeto de investigación de las ciencias sociales, particularmente de la antropología y el psicoanálisis, y aún de algunas ciencias naturales como la biología.

La controversia científica acerca del carácter natural o cultural de ese fenómeno, es asunto que no compete dilucidar a la Corte, pues su función es bien distinta. Le importa sí retomar algunas conclusiones de esas disciplinas en la medida en que ellas ayudan a esclarecer la cuestión jurídica planteada, a saber: ¿constituye la penalización de esa conducta, en los términos del código penal colombiano, un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como un derecho fundamental en el artículo 16 de nuestra Carta?

Más allá de toda disputa científica, la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde tiempos remotos, en las más diversas culturas. En Totem y tabú, Freud lo considera el crimen primigenio por excelencia, asociado al parricidio, e ilustra su tesis con ejemplos contemporáneos extraídos de observaciones empíricas de comunidades australianas bastante primitivas, de las que pudiera afirmarse que reducen su “moralidad” a esa prohibición. Desecha la utilidad genética como razón (¿inconsciente?) justificativa de la prohibición, pues no excluye a quienes se encuentran en imposibilidad de engendrar. Sus reflexiones en torno al fenómeno se articulan perfectamente con sus hipótesis sobre el complejo de Edipo y el sentimiento ambivalente de deseo y horror conjugados ante el objeto “tabú” (que no puede tocarse, según el vocablo polinesio de donde deriva la palabra universalmente usada).

Claude Levi-Strauss, enjuicia la prohibición del incesto como la primera acción organizadora de cualquier comunidad y le atribuye efectos deseables tanto internos (de orden) como externos (de apertura hacia otras comunidades), concurrentes a una misma finalidad: la supervivencia por la cohesión y la alteridad. Es quizás, para el antropólogo estructuralista, el puente entre naturaleza y cultura. Pensado el tabú como presupuesto de la cultura, contiene, en embrión, la prohibición normativa que, a posteriori, buscará su justificación racional.

También los trabajos investigativos de Malinowski y de Margaretti Mead, hecha la salvedad sobre las diferencias de enfoque y los factores que a uno y otro les interesa destacar, permiten concluir que mediante la prohibición del incesto, las diferentes comunidades observadas persiguen crear condiciones propicias para la convivencia de sus miembros, independientemente de la raíz que a la institución se le atribuya.

6. Las conclusiones de algunas disciplinas empíricas y el incesto en Colombia.

La Corte solicitó su concepto sobre las consecuencias del incesto, a sobresalientes investigadores colombianos de diferentes disciplinas científicas que tienen que ver con el fenómeno. Su acuerdo fue unánime, en el sentido de señalar que las relaciones incestuosas (en los términos establecidos por el Código Penal) son indeseables desde el punto de vista de la estabilidad, la cohesión y la armonía de la institución familiar. Es oportuno traer de nuevo, algunas de esas conclusiones.

a. Las sociólogas que intervinieron, reconocidas autoridades en el tema de la historia, estructura y evolución de la familia colombiana, en sendos documentos enviados a la Corporación afirman sin la más mínima vacilación que las relaciones incestuosas son definitivamente nocivas para la institución familiar. La socióloga Ligia Echeverry Angel, por ejemplo, puso de presente cómo las relaciones incestuosas más frecuentes, se presentan como formas arbitrarias de poder en aquellos lugares donde existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de los hijos y puede hacer con ellos lo que a bien tenga. Las consecuencias negativas de los comportamientos incestuosos, la llevan a concluir que no es pertinente eliminar el único mecanismo con el que se cuenta para evitarlo. Por su parte, la socióloga Virginia Gutiérrez de Pineda, comparte esta opinión, porque el "incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y en el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status y los roles de padres e hijos y distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivo y sexual entre los miembros de la familia".

b. El antropólogo Guillermo Páramo Rocha, muestra cómo la prohibición del incesto está en el origen mítico o histórico de la enorme mayoría de sociedades y es "una premisa cultural tan fuerte como la de "no matarás" o "no devorarás a tus hijos". De acuerdo con su concepto, si bien la prohibición de las relaciones incestuosas está definida en términos del parentesco, que varía según el tipo de sociedad, generalmente persigue regular las formas de violencia y de poder en un conglomerado, así como la de garantizar la socialización, la educación, la intimidad y la libertad de sus miembros. Concluye, entonces, que si la Corte declarara inexequible la prohibición del incesto, "pasaría a ser legal en Colombia la transgresión de un mandato de la cultura que, con sólo matices de excepción, cabe considerar una de las manifestaciones universales de ella".

La antropóloga Esther Sánchez Botero, afirma también que la prohibición del incesto es una constante social, que funciona a modo de supuesto de la cultura, y aporta desde su especialidad un ejemplo significativo: "En ninguno de los 82 pueblos indígenas de Colombia, se permiten las relaciones sexuales entre parientes."

c. El psicoanalista Gustavo Angel Villegas y la psicóloga Margarita Sierra de Jaramillo, anotan cómo las personas involucradas en conductas incestuosas sufren de complejos de culpa, que se manifiestan en "depresiones, estado de angustia, fobias, neurosis de fracaso, búsqueda inconsciente de autocastigo, etc". Cuando en ellas concurren menores de edad, sus conclusiones son aún más alarmantes, pues los niños "pierden la posibilidad de desarrollar procesos de información necesarios para la intencionalidad, la responsabilidad personal y el sentido de control sobre los acontecimientos".

e) Finalmente, es pertinente anotar cómo la ética ve corroborada su punto de vista con los conceptos anteriores. La religiosa, por ejemplo, no acepta bajo ninguna circunstancia las relaciones sexuales entre parientes, porque ve en ellas un atentado contra la familia nuclear y contra los principios morales que defiende. La ética secular, por su parte, como lo observa el profesor Guillermo Hoyos Vásquez, toma en cuenta los resultados de las ciencias sociales, que tal como se ha visto, aportan elementos importantes para fundamentar la prohibición de las relaciones sexuales entre parientes. Al respecto es ilustrativo el siguiente aparte de su intervención:

"El argumento basado en la sanidad de la familia no es sólo moral, es ético en el sentido amplio del "ethos" de una sociedad, el cual no se caracteriza sólo desde la reflexión filosófica, sino desde las demás ciencias sociales y desde algunos aspectos de las ciencias naturales (biología). (...) En el caso que nos ocupa, la filosofía debe reconocer los argumentos antropológicos, culturales, psicológicos, jurídicos que aconsejan o desaconsejan determinados comportamientos humanos."

Ahora bien, con base en los argumentos expuestos, encuentra la Corte que cualquiera que sea el sentido de la prohibición del incesto, tabú inherente a la cultura o desestímulo consciente de relaciones que resultan indeseables, es claro que a la luz de la más rigurosa racionalidad normativa, en la perspectiva de la Constitución colombiana, la penalización de esas relaciones aparece legítima y necesaria, siempre que sean atentatorias del bien jurídico que el legislador ha querido proteger. En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia.

Y es que no se trata de un daño abstracto o potencial, como el que se asocia a los llamados delitos de peligro. Se trata de un daño actual, específico, identificable mediante criterios tan confiables como los que se usan en las ciencias empíricas: es la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, es el sentimiento de culpa o la angustia subsecuente a la prohibición con todo el peso tradicional que la acompaña, según se desprende de los estudios especializados allegados al proceso.

7. La protección de la familia y la solidaridad como límites al libre desarrollo de la personalidad.

Lo que hasta aquí se ha dicho, muestra la necesidad de una norma como la demandada para proteger a la familia, y su soporte en fundamentos racionales. Sin embargo, ello no dispensa a la Corte de confrontarla con otras disposiciones de la Constitución vigente, particularmente con aquella que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues a juicio del actor la relación sexual que un individuo mantiene con un pariente cercano es una acción privada, fruto de su decisión individual, que debe ser inmune a cualquier actuación de las autoridades públicas.

Cabe recordar el tenor literal del artículo 16 de la Carta: "Todas las personas tienen derecho

al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Como tantas veces lo ha expresado esta Corporación, de dicha norma se desprende el reconocimiento de la persona como autónoma, con capacidad plena para elegir dentro de todo un universo amplio de opciones de vida, cuál es la más adecuada para darle sentido a su existencia.1 No obstante y en armonía con el texto Constitucional, este ámbito de libertad que se confiere al sujeto no es absoluto y, por tanto, es posible que el legislador pueda imponer límites, en aras de garantizar la convivencia pacífica que debe reinar entre sus asociados.

La jurisprudencia de este Tribunal, ha señalado con atino, que los límites al libre desarrollo e la personalidad, "no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal."2 Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria.

En el evento analizado, sin embargo, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece. Veamos:

La solidaridad de las personas, a la que hace referencia el artículo 1º de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y la solidaridad social que, en el artículo 95 aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho. La razón es clara: tal como lo han establecido científicos sociales (v.gr Durkheim), en principio, la solidaridad consiste en el hecho simple y verificable de que cuando se convive lo que afecta a uno solo de los miembros de la comunidad, afecta a los otros (más a los iguales en el caso de las sociedades incipientes, y a los semejantes en el caso de las más desarrolladas y complejas).

Pues bien: sobre ese factum, evidente e innegable, ha erigido el Constituyente colombiano un principio rector de la conducta que puede enunciarse así: si del comportamiento que tú observes se siguen consecuencias para los demás, tu comportamiento debe ser de tal suerte que los efectos altruistas (positivos) se incrementen y los egoístas (negativos) se eviten.

Y es de evidencia meridiana que si la solidaridad tiene vigencia en cualquier comunidad, en la más nuclear (donde los miembros conviven en la mayor proximidad física pensable), el fenómeno se da en ella con mayor intensidad y el principio deóntico que de él se infiere, debe ser para sus miembros más vinculante.

De allí que los comportamientos desestabilizadores de la institución familiar resultan atentatorios no sólo de ella (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad. La restricción del libre desarrollo de la personalidad dentro de la familia, resulta entonces no sólo debida sino necesaria, en vista de su preservación.

La pena, como mecanismo disuasivo, que en un Estado democrático debe reservarse para comportamientos efectivamente dañinos para "el otro" resulta entonces un medio razonable, proporcional y adecuado al fin, máxime si se considera que la que el legislador colombiano

ha establecido es benigna, pues fluctúa entre seis meses y cuatro años de prisión.

Vale anotar que, tal como lo expresaron algunas de las científicas sociales consultadas por la Corte, existe una relación intrafamiliar frecuente y desestabilizadora en Colombia entre padrastros e hijastros, no prevista en la norma sujeta a examen, y que debería ser incluida por el legislador en una determinación más completa de los sujetos del incesto.

Ahora bien, lo que la Corte ha sostenido hasta aquí no puede significar que la persona, con todos sus atributos, en especial su autonomía, tenga que disolverse en la familia. Significa simplemente, que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad no puede atentar contra los derechos de sus demás miembros, ni poner en peligro la preservación de una institución que el mismo constituyente ha erigido como esencial para la sociedad.

8. El tipo penal de incesto y los delitos contra la libertad y el pudor sexuales

Una vez reconocido el fundamento constitucional de la prohibición legal de las conductas incestuosas, es pertinente aclarar que el incesto a la luz del Código Penal, puede cometerse como delito único o en concurrencia con otros hechos punibles, en especial con aquellos delitos contra la libertad y el pudor sexuales.

En efecto, las relaciones sexuales entre parientes cercanos pueden manifestarse de dos formas: con consentimiento o con violencia o abuso. En las primeras, no hay duda de que la disposición aplicable es el artículo 259 del Código Penal -pues aquellos delitos contemplados en el Título XI, presuponen, necesariamente, la existencia de una relación de poder o violencia-. Es el caso, por ejemplo, de dos hermanos adultos que conviven en el seno familiar y que autónomamente, sin ningún tipo de presión, deciden mantener contactos sexuales. Como su comportamiento afecta la armonía y estabilidad del núcleo familiar, sólo pueden ser sancionados con prisión de seis meses a cuatro años, como lo establece el tipo penal de incesto.

Cosa distinta sucede, cuando el acceso carnal o los actos sexuales entre parientes se realizan: 1) con violencia; 2) con engaño cuando la persona es mayor de catorce años o mayor de dieciocho; 3) cuando la persona es menor de catorce años o; 4) con persona en incapacidad de resistir.

En todos estos eventos, la conducta incestuosa no sólo atenta contra la familia, sino que se constituye en uno de los delitos más graves contra la dignidad del ser humano, por desconocer uno de los bienes más valiosos para su desarrollo integral: su libertad y pudor sexuales. La existencia de dos bienes jurídicos transgredidos hace suponer, entonces, que el reproche penal debe ser aún mayor.

En este orden de ideas, si bien a esta Corte no le compete terciar en la disputa -que surge a partir de la hermenéutica de las normas legales- acerca de si el incesto puede concurrir con los delitos sexuales o si el hecho del parentesco constituye una causal de agravación-, lo que queda claro para esta Corporación, es que las diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del

incesto como delito autónomo.

9. Anotación

Quien figura como primer ponente de esta providencia juzga suficientes las razones hasta aquí expuestas para fundar la constitucionalidad del artículo 259 del Código penal. No obstante, el coponente, propuso que se completara la parte motiva con una referencia para él ineludible, a la moral pública como límite al libre desarrollo de la personalidad. Como su propuesta obtuvo la mayoría de votos (5-4) se inserta, finalmente, su argumentación.

10. Relevancia constitucional de los criterios de moralidad pública que subyacen a una norma legal (aparte de la sentencia escrita por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz)

1. En principio, una norma que restringe el libre desarrollo de la personalidad sólo es legítima si es útil y necesaria para proteger un bien constitucional de la misma entidad que aquél que se limita. Adicionalmente, la restricción debe ser estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida. Siguiendo esta regla, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la limitación de la libertad, con el fin de proteger, entre otras cosas, derechos constitucionales de terceras personas e, incluso, en casos de imposición de medidas de protección, la propia autonomía del sujeto cuya libertad se limita.3

A este respecto, no sobra indicar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende la facultad del sujeto para organizar autónomamente su existencia conforme a un plan de vida propio. Sin embargo, el ámbito del indicado derecho sólo se extiende a los asuntos que, por su naturaleza, tengan carácter personal y no comprometan los derechos de los demás y el orden jurídico. El artículo 16 de la C.P., por lo expuesto, consagra la libertad general de acción, la cual no está acompañada de un criterio sustancial – diverso del mencionado – que permita delimitar su ámbito antes de la intervención del legislador, el cual no obstante sólo puede promulgar regulaciones que lo afecten cuando ellas sean proporcionales y razonables y, además, persigan objetivos e intereses dignos de protección constitucional.

En consecuencia, por las razones que han sido expuestas en la primera parte de esta decisión, debe afirmarse que la prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia – y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales – como los sistemas de parentesco – de innegable importancia.

2. Sin embargo, la Corte no se ha referido, hasta ahora, a los alegatos de la mayoría de las personas que intervinieron en el presente proceso, según los cuales existe una estrecha relación entre la prohibición legal del incesto y principios morales fuertemente arraigados en la sociedad. Ciertamente, resulta evidente que la tipificación del incesto como delito por parte del legislador, hace que, en esta materia, el derecho positivo y la moral pública, conservando sus diferencias, coincidan en prohibir un determinado comportamiento sexual.

En consecuencia, resta preguntarse si, en casos como el presente – en los que existe una estrecha e indudable relación entre la norma demandada y un principio moral fuertemente

compartido en la sociedad -, resulta procedente, y en qué grado, que el juez constitucional reconozca la existencia del mencionado principio. En otras palabras, si el argumento moral es también pertinente para adoptar decisiones constitucionales en uno u otro sentido.

3. La ley suele reflejar los principios morales compartidos por las mayorías representadas en el órgano legislativo. Por ello, se afirma que el derecho es moral positivizada. Pero, si los principios morales imperantes en un determinado momento histórico constituyeran un argumento suficiente para justificar cualquier restricción de la libertad, todas las normas jurídicas que reflejaran los valores mayoritarios resultarían constitucionales. De aceptarse esta premisa, la Constitución Política abdicaría de su función protectora de los derechos de las minorías, la tolerancia y el pluralismo y, de otra parte, el control material del derecho legislado, carecería de sentido.

Sin embargo, la afirmación anterior no implica que el legislador no se encuentre autorizado para plasmar en una disposición legal un determinado principio moral, ni que la moral pública – en el sentido que más adelante se precisa – carezca de capacidad para justificar, en algunos eventos, ciertas restricciones a la libertad. Por último, la anterior afirmación tampoco apoya la tesis en virtud de la cual el argumento moral resulta absolutamente irrelevante para los efectos del control constitucional.

4. Al admitir que el derecho es moral positivizada, se está reconociendo que el legislador puede limitar e incluso sancionar comportamientos que la moral pública considera dañinos, de suerte que la reacción no institucionalizada sea reforzada o sustituida por la sanción institucionalizada que aplica el Estado, con lo cual se asegura certeza en la protección del bien y en la efectiva actuación contra su menoscabo. Sin embargo, el hecho de que la norma restrictiva se sustente en un principio moral no la hace, en sí misma, constitucional. En otras palabras, no cabe duda de que el derecho y, en particular, el derecho penal, tienen con la moral pública profundas conexiones, lo cual no quiere decir que su eventual convergencia los haga inmunes al control de constitucionalidad.

El Derecho como instrumento de control social no descarta otros sistemas normativos de orientación de la conducta humana. Particularmente, en relación con la moral pública, puede tener una relación en cuya virtud secunde algunos de sus propósitos. El proceso legislativo – esfera pública por excelencia – constituye una instancia permanente de valoración ético-social de las más variadas conductas de la colectividad y, por consiguiente, al mismo acceden todas las creencias y discursos donde lo moral y lo político se entrelazan, como por lo demás corresponde a una sociedad que no es homogénea sino plural y pluralista. La ley es un medio al servicio de la razón pública que sirve desde esta perspectiva al propósito de articular normativamente consensos mínimos en una sociedad integrada por ciudadanos autónomos, libres e iguales, llamados por ello a configurar participativamente el orden político. De ahí que la ley, como una de las más valiosas síntesis de la deliberación y conformación discursiva de la opinión pública, busque encarnar en sus disposiciones una determinada visión de lo que se considera, en un momento dado, como justo para el individuo y la comunidad – ya sea a partir de un ideal ético o político o desde una práctica moral comunitaria -, lo cual, desde luego, como simple aspiración normativa, se somete tanto al escrutinio de la moralidad crítica individual y social, como al examen de conformidad constitucional.

5. Ahora bien, la cuestión central que se debate reside en determinar si el juez constitucional debe permanecer absolutamente marginado de las razones morales que explican o justifican la existencia de determinadas normas legales.

A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales – dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva – en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas – legales o constitucionales – es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

Bajo el supuesto de que la reflexión acerca de la moralidad pública – o sobre la cultura o las relaciones sociales – no resulta extraña al control constitucional del juez del Estado social y democrático de derecho, resta determinar, más concretamente, en qué eventos y de qué manera puede introducirse en el juicio constitucional un argumento de moralidad pública para fundamentar una decisión judicial.

6. La Constitución expresamente señala que los derechos de los demás y el orden jurídico limitan el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En tales condiciones, no puede negarse al legislador la atribución de dictar reglas necesarias a fin de preservar el orden público, uno de cuyos componentes esenciales, fuente legítima de restricciones a la libertad y autonomía de los individuos, es precisamente la moral pública. Así, por ejemplo, el legislador está autorizado para restringir, en nombre de ciertos principios de moralidad pública, la libertad negocial de los individuos o impedir o desestimular la realización pública de ciertos comportamientos que, en virtud de tales principios, se consideran privados.4

En este mismo sentido, es necesario indicar que los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos por el país, con las cautelas y dentro de los límites consustanciales a una sociedad democrática, reconocen a los estados el poder de limitar los derechos de libertad, entre otros motivos, por consideraciones ligadas a la moralidad pública.5

No obstante, la regla anterior requiere múltiples precisiones. En efecto, el hecho de que la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos admitan la posibilidad de restringir la libertad en nombre de ciertos principios morales no significa que cualquier regla moral sirva para tales efectos o que toda restricción resulte constitucionalmente legítima.6 En esta cuestión, como en la mayoría de los asuntos constitucionales, es esencial definir el alcance de cada uno de los términos y realizar tantas distinciones como resulte necesario para no invertir la tendencia pro libertate del modelo constitucional vigente ni

violentar el principio de neutralidad que esta regla supone7.

En otras palabras, no escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución.

7. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública – en el sentido que se precisa más adelante – y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.).

En todo caso, la sanción penal consistente en una limitación a la libertad personal no puede fundarse exclusivamente en la defensa de principios de moralidad pública que, a su turno, no amparen derechos o bienes constitucionalmente protegidos.8 Ciertamente, una tal restricción resultaría desproporcionada en la medida en que no podría superar el juicio llamado de estricta proporcionalidad.9 No obstante, lo anterior no implica que un principio de moralidad pública no pueda ser utilizado por el juez constitucional como una razón adicional – mas no suficiente – para justificar la exequibilidad de una norma que establece un tipo penal. En este sentido, el argumento moral constituye un factor que podría contribuir a decidir los casos en los que, por su particular complejidad, el juez debe atender a todas las circunstancias relevantes, una de las cuales, sin duda, es la protección de la llamada moralidad pública.

8. En segundo lugar, para efectos del control constitucional, el concepto de moralidad pública debe distinguirse de otros idearios morales, colectivos o individuales, que existen en la sociedad. En efecto, como ha sido expresado, no es suficiente que el motivo o la finalidad subyacentes a la intervención del legislador en el ámbito de la libertad individual tengan que ver con un criterio o principio moral, para que la norma legal estudiada, por ese solo hecho, se considere constitucional y la restricción específica idónea para imponerse como límite legítimo al libre desarrollo de la personalidad.

En el contexto de la sociedad plural y multicultural, la preferencia por la libertad – y esto es fundamental – no puede sucumbir ante una visión que sólo se sustente en el prejuicio, la ignorancia, la simple preferencia generalizada o el mero dictado de una religión o cosmogonía que no pueda ser extendido a los no creyentes. Igualmente, el costo de imponer o mantener la moralidad pública no puede traducirse en la instrumentalización de ninguna persona ni en su pérdida de dignidad y autoestima. Lo anterior, claro está, sin detrimento de

la autonomía que la Carta Política otorga a ciertas comunidades especiales en virtud de las garantías derivadas, entre otros, del principio de protección a la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°).

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna.

Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social.

9. Nada de lo anterior puede ser interpretado en el sentido de que el único vehículo para introducir en la vida colectiva valoraciones y orientaciones de sentido referentes al comportamiento de los ciudadanos sea la ley. Aparte de que todo sistema social se organiza en torno a pautas de comportamiento más o menos obligatorias, la propia Constitución ha incorporado principios de hondo contenido moral como los de justicia, dignidad, prevalencia del interés general, pluralismo, participación, respeto por los derechos humanos, entre otros, que obligan a todos los ciudadanos y poderes públicos a adecuar sus actos a parámetros de conducta que resulten congruentes con la decisión constitucional que los ha elevado al rango de mandamientos jurídicos supremos.

En particular, los jueces, con el objeto de construir o refrendar la moralidad pública, deben justificar sus decisiones en los principios que se prohíjan en la Constitución y hacerlo de manera expresa de modo que se puedan conocer y controlar racionalmente los reales y verdaderos juicios que sirven de asidero a la solución que dan a cada caso. Sólo así se puede mantener la confianza en la función de los jueces como autoridades responsables y como intérpretes coherentes de la Constitución y de sus principios.

Para resolver la cuestión planteada, el criterio de moralidad pública plasmado en la disposición acusada, – en cuya virtud se sanciona penalmente la práctica de la sexualidad entre los miembros de la familia – , tiene que ser analizado a la luz de la Constitución Política. El juicio valorativo negativo que la norma proyecta sobre ciertos actos sexuales, reitera la prohibición social de orden cultural firmemente cimentada en la moral pública ahora elevada a norma positiva.

La pretensión de conferir fundamento jurídico expreso a dicho dictado de la moral pública con el objeto de proteger la institución de la familia, servirá de argumento adicional para declarar la exequibilidad de la norma o para reforzar una tendencia en tal sentido, siempre que el criterio de moralidad ínsito en ella cumpla las condiciones necesarias para ajustarse a los principios y valores superiores contenidos en la Constitución y, al mismo tiempo, éste, en sí mismo, no conlleve inequidad o imparcialidad, vale decir, no corresponda a una concepción incompatible con la protección de la "dignidad humana" (C.P., art. 1º) y la vigencia de "un orden justo" (C.P., art. 2º). Si el criterio moral que se recoge por el legislador no supera esta prueba, constituirá entonces un argumento que avalaría una eventual declaratoria de inexequibilidad.

11. La prohibición legal, en este caso, adopta un criterio de moralidad pública que, desde una perspectiva constitucional, no es irracional. Desde la esfera del deber ser – moral y jurídico -, se ha pretendido influir sobre el comportamiento humano sexual, con miras a desestimular entre los miembros de la comunidad, la realización de un conjunto de conductas que se han demostrado lesivas de la integridad del grupo en todos sus aspectos, lo cual, a la postre, también redunda en una perspectiva diacrónica en menoscabo de los sujetos individuales que lo componen. En esta sentencia ya se ha expuesto el cúmulo de peligros, amenazas y daños, más o menos probables y verosímiles, que históricamente se ha querido evitar con la interdicción del incesto.

Al respecto, la experta Virginia Gutiérrez de Pineda en el concepto enviado a esta Corporación sostiene que, "el incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y en el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y del sistema filial, contrapone el status y los roles de madre e hija y distorsiona el sistema de relaciones psicoafectivo y sexual entre sus miembros".

Asevera que, en su parecer, "si llegara a despenalizarse el incesto, desaparecería el único recurso de contención legal contra la promiscuidad intrafamiliar, se rompería la unidad de la pareja porque podría encubrir una poliginia o una poliandría, con lo cual desaparecería la unidad conyugal monógama, perdería su vigencia el sistema imperante de parentesco que rige y orienta a la sociedad en la regulación de la herencia y en la posición y el respaldo de los individuos y se rompería el decurso normal de las relaciones hogareñas. La unidad psicoafectiva progenitofilial se transformaría al convertirse el hijo o la hija en rivales potenciales del padre o de la madre, y los lazos fraternales cambiarían su sentido tradicional al convertirse cada miembro en potencial esposo o esposa de la otra o del otro".

De otra parte, según el médico Rafael Elejalde del Medical Genetics Institute, S.C. de Milwaukee, Wisconsin, "todos los estudios de hijos concebidos por padres consanguíneos han mostrado que ellos producen un mayor número de hijos anormales que los padres que no son

miembros de la misma familia. Mientras más cercana sea la relación familiar, mayor es el riesgo de que los hijos estén afectados por enfermedades genéticas". Anota, además, que los hijos fruto de relaciones entre consanguíneos pueden llegar a padecer enfermedades como la mucopolisacaridosis, la homocistinuria, la fibrosis quística, la sordomudez y el retraso mental. Igualmente, agrega que es posible deducir "que la mitad de los hijos de relaciones incestuosas son anormales y la otra mitad es normal".

El reconocido genetista Emilio Yunis afirma que el homocigotismo de genes recesivos que presentan enfermedad genética tiene mayores posibilidades de aparecer cuando se trata de la unión de dos portadores del gen respectivo. En este sentido, asegura que "a mayor cercanía familiar mayor el número de genes compartidos y mayor la probabilidad del homocigotismo. En genética se afirma, con razón, que las enfermedades por genes recesivos son más frecuentes mientras mayor sea la consanguinidad".

Desde la perspectiva psicológica, el médico psicoanalista Gustavo Angel Villegas sostiene que las relaciones incestuosas sí pueden implicar consecuencias negativas, toda vez que éstas producen sentimientos de culpa conscientes e inconscientes. En este sentido, las patologías psiquiátricas más usuales relacionadas con casos de incesto son: (1) depresiones y estados depresivos menos graves; (2) estados de angustia flotante o asociada con fobias; (3) neurosis de fracaso; (4) búsqueda inconsciente de autocastigo, en accidentes traumáticos, quiebras económicas, rupturas matrimoniales seriadas. De igual forma, indica que estos efectos pueden tener una incidencia mayor en el seducido quien, en algunos casos, puede incluso llegar a padecer una neurosis traumática, especialmente si no consintió en la relación o fue inducido a ella mediante el engaño o la violencia. Advierte que "de todas maneras, salvo manifiestos casos de psicopatía, los dos participantes experimentan la acción perturbadora del superyo o consciencia moral". Señala el experto que las creencias religiosas, la moral social y la amenaza de sanciones jurídicas refuerzan la acción de la consciencia moral sobre las acciones de la persona. Conforme a lo anterior, concluye que, a su juicio, "la despenalización y permisividad del incesto traerían efectos nocivos para la salud emocional y mental de las personas".

En opinión de la socióloga Argelia Londoño Vélez, el incesto contra menores de edad, "constituye en sí mismo una vulneración de la libertad sexual y la dignidad de los menores, además de afectar la convivencia del grupo familiar". Para sustentar su aserto, expone los siguientes argumentos: el trato incestuoso (1) se produce dentro de la familia como expresión de las relaciones desiguales de poder entre adultos, niños, niñas y adolescentes; (2) se ejecuta contra una persona que no tiene capacidad y libertad para otorgar su consentimiento válido; (3) se ejecuta contra una persona que vive en condiciones de subordinación o dependencia respecto del agresor, bien sea física, psíquica o social; (4) se lleva a cabo contra una persona que dadas su historia personal y social es incapaz de oponerse a las pretensiones del agresor; (5) se realiza contra una persona que carece de elementos cognitivos para comprender la relación sexual; y, (6) lesiona gravemente el desarrollo psico-afectivo, la salud mental y la salud sexual y reproductiva de los menores.

Indica la profesional que las relaciones familiares entre los sexos y las generaciones, "no suelen ser dialógicas, por el contrario, son campos del ejercicio arbitrario del poder y campo de vulneración de los derechos humanos de los miembros más débiles del grupo ya sea por

su edad, sexo, posición social, económica y cultural". A este respecto, precisa que el incesto cometido en la persona de menores de edad no requiere, necesariamente, del uso de malos tratos o de fuerza física, toda vez que las condiciones de parentesco, superioridad y autoridad que ostenta el adulto que lo perpetra son suficientes para que el niño acceda a la relación sin oponer resistencia alguna.

12. Es perfectamente racional que el grupo social apele a una estrategia normativa – por tanto valorativa -, para encauzar la acción social en una dirección que le permita impedir efectos perjudiciales en los distintos órdenes de la vida social e individual. La sanción, social o jurídica, cumple la misión de señalizar, de manera no contingente, comportamientos dañinos y, en cierta medida, suple la necesidad de que el sujeto deba en cada caso entrar a determinar cognoscitivamente por sí mismo el universo de efectos que se siguen de su conducta, lo cual aunque deseable no siempre es posible en la práctica social.

De hecho, las bases científicas del tabú del incesto impuesto desde los albores de la civilización, pueden retrospectivamente sustentarse en alguna extensión con los actuales conocimientos y técnicas adquiridos en los distintos campos del saber humano, corroboración ésta que, en todo caso, no le resta mérito, validez ni legitimidad a la función normativa inicialmente canalizada por el tabú, reflejada posteriormente en costumbres, usos y creencias que concluyen con la penalización positiva. Esta última, lejos de ocultar el origen mítico de la prohibición se apropia de ella racionalmente y secunda, en el plano secular, su sentido y propósito, contribuyendo también a aliviar al individuo y a reducir – gracias a la claridad que provee sobre las posibilidades de contacto sexual genéricamente permitidas y prohibidas – la complejidad de su entorno social y las interacciones que en él pueden realizarse.

13. La prohibición del incesto, de otra parte, como opción valorativa social, no se apoya en una mera preferencia generalizada, ni responde exclusivamente a la directriz de una determinada creencia o cosmogonía y, menos todavía, a una alternativa moral puramente individual. En verdad, si ése fuese su único anclaje, no podría ser recogida como principio de moralidad pública oponible a los ciudadanos sobre una base secular, puesto que éstos, en una sociedad pluralista y libre, sólo están obligados a obedecer mandatos que, por su racionalidad práctica, trasciendan la condición de creencias o valoraciones parciales y particulares. Lo anterior no significa que un elemento de la moralidad o de la razón públicas, no pueda ser apoyado desde la base de las creencias que se profesan por parte de los diferentes grupos que integran la sociedad global. Sin embargo, aunque ello no fundamenta su obligatoriedad, su coincidencia eventual no es en sí misma perjudicial pues facilita su cumplimiento y aceptación social.

14. La Corte considera que la prohibición del incesto corresponde a una verdadera y real opción valorativa vinculada con la moralidad pública. No puede estimarse que constituya una opinión efímera o casual más o menos compartida por la sociedad. La anotada prohibición tiene fundamento firme en los usos, costumbres y creencias de casi todos los pueblos. La memoria histórica del país arroja un dictamen incuestionable sobre la constancia cultural de la prohibición del incesto, la cual, de acuerdo con la evolución de los diferentes sistemas normativos que la han adoptado, se ha manifestado a través de distintas formas de reproche y desaprobación que van desde el tabú hasta su tipificación penal. La prohibición del incesto,

de otra parte, tiene carácter transcultural en cuanto que es asumida por las organizaciones sociales más heterogéneas y es acogida por credos y profesiones religiosas de distinto origen. Se trata de un criterio de moralidad pública que, por su generalidad, trasciende posiciones espirituales de orden particular que, más bien, encuentran en aquél una pauta valorativa común.

15. La prohibición del incesto, al incorporar positivamente un criterio de moralidad pública que se busca mantener en el seno familiar, no ocasiona, por sí misma, en cuanto mandato restrictivo, detrimento a la dignidad de las personas. La Corte quiere puntualizar que la prohibición no se endereza de manera deliberada a causar agravio o lesión a determinadas personas por ser portadoras de determinados rasgos o creencias, ni persigue un propósito discriminatorio e injusto ejercitado y ejecutado por una mayoría contra una minoría o determinadas personas. La renuncia que se sigue a la prohibición, de otra parte, no tiene la entidad de clausura a la satisfacción sexual que en modo alguno se niega si ella se realiza en el ámbito del grupo externo a la familia. El sujeto no queda, por tanto, reducido a objeto ni librado a la ciega instrumentalización por parte de la mayoría, a la cual no puede acusársele de imponer deberes o cargas "supererogatorios", esto es, excesivos, anormales o descomunales.

16. La materia sobre la que recae la prohibición del incesto, fue tal vez la primera que reivindicó la sociedad como un todo para sí. Recuerda el profesor Guillermo Páramo Rocha, que para Lévi-Strauss la prohibición del incesto representa la "verdadera marca de la cultura, comparable al empleo de instrumentos y al lenguaje articulado", la cual sirve de "frontera (o puente) que separa (o une) lo cultural y lo natural". En el mismo estudio, el ilustre profesor, alude al sistema normativo de los muiscas, y recoge el siguiente testimonio de Fray Pedro Simón: "Si alguno se hallase que tuviese cuenta con su madre, hija , hermana o sobrina, que entre ellos eran grados prohibidos, los metiesen en un hoyo angosto de agua con muchas sabandijas venenosas dentro y cubriéndolo con una gran loza lo dejasen pereciendo allí, y la misma pena se daba a ellos" (Noticias Historiales VI, vii, 3).

En este sentido, la antropóloga Esther Sánchez sostiene que "sólo lograron sobrevivir aquellos grupos que instituyeron el tabú del incesto", los cuales "debieron ser los grupos que se componían de individuos de elevados impulsos sexuales y agresivos ya que este sería el modo de sobrevivir y propagarse. Dichos impulsos, sin embargo, debían ser contenidos por fuertes mecanismos inhibitorios y las sanciones íntimas de culpabilidad y remordimiento".

Según la experta, "el tabú del incesto hace parte de nuestra herencia cultural, que dice que el apareamiento incestuoso debe evitarse. Algunos factores biológicos contribuyeron a la rápida asimilación de los sentimientos de culpabilidad e inhibición en las tempranas experiencias sexuales".

En este sentido, el profesor Guillermo Páramo Rocha afirma : "El tabú del incesto, empero, tiene tal fuerza que está imbricado en el tejido de la cultura y en el aparato institucional, legal y moral de muchas, sino de todas las sociedades : regulación de la violencia y el poder, distinción de grupos de edad, protección de la infancia, socialización, educación, grados de intimidad, de libertad, noción de la autoridad, de la identidad, etc., y, por supuesto, sistemas de parentesco y estructura familiar, sin mencionar las ideas relativas a la salud y a la

enfermedad, a lo sucio y a lo limpio, lo puro y lo impuro, a la historia y a las líneas de descendencia, a los ancestros, a la esfera de lo religioso, a la concepción del tiempo y del espacio y hasta a la lógica misma del ordenamiento del cosmos".

17. La densa y profusa existencia de evidencias sobre la consideración pública que casi siempre y en todos los lugares, ha tenido el asunto relativo a la prohibición de las relaciones sexuales incestuosas, le resta plausibilidad a la tesis de que este asunto sea privativo de los sujetos individuales y pertenezca a la esfera de su libre disposición, máxime si se considera que en este punto el individuo no escapa completamente a los procesos de socialización y representación social de la realidad, que surgen de los distintos contextos de vida y del cúmulo de experiencias compartidas. Lo que incumbe al dominio público y al derecho no se puede despachar a priori y de manera perpetua con la fórmula según la cual lo único que concierne a la sociedad y a la ley son las conductas del individuo que puedan generar daño social. La consideración de la causación potencial o actual de daño se aprecia en muchos casos, pero no siempre resulta decisiva.

Pese a lo anterior, la validez constitucional del criterio de moralidad pública que sirve de sustrato a la norma que sanciona las relaciones sexuales entre parientes cercanos no es suficiente para justificar su exequibilidad. En efecto, como quedó expresado, una disposición penal que tenga como efecto la restricción de la libertad personal no puede tener como única fundamentación un principio de la moralidad pública.

No obstante, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada. En consecuencia, el criterio moral al que se ha hecho referencia coadyuva la reflexión hasta ahora realizada y disipa las dudas que aún puedan existir sobre su exequibilidad.

Lo anterior no significa que el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, no pueda en un momento dado renunciar a la penalización de la conducta y, en su lugar, conferirle un tratamiento distinto o sujetar algunas variantes de la conducta incestuosa a una disciplina especial. Lo que ocurre en casos como el presente, es que la amplitud de la norma penal, no puede ser recortada por virtud de una decisión de la Corte Constitucional, que no encuentra razón ni legitimidad alguna para remover la decisión democrática ajustada a la Constitución Política.

Aparte del efecto que la conducta prohibida apareja, tal prohibición tiene un ingrediente simbólico – sin perjuicio de su efectividad normativa – en cuanto que expresa un factor trascendental de cohesión y definición cultural, que sólo puede ser alterado por la propia sociedad a través de decisiones políticas o de procesos culturales complejos que no pueden ser definitivamente impuestos por esta Corporación de manera unilateral.

De otro lado, ya se ha puesto de presente, la prohibición examinada ha sido corroborada por la razón pública como significativa tanto para el individuo como para la sociedad. Finalmente, cabe resaltar que en esta última el individuo se forma y actúa como sujeto autónomo dotado

de capacidades morales para ejercitar sus derechos y cumplir los deberes de la civilidad propios de una comunidad altamente diversificada, pero no por ello privada de consensos reflexivos básicos sobre su común unidad – adoptados desde luego dentro del marco constitucional que postula el respeto a los derechos y libertades fundamentales -, indispensables para articular en una sociedad de libres e iguales, relaciones de mutuo reconocimiento, respeto y reciprocidad.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 259 del Decreto 100 de 1980, Código Penal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

.

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-404/98

INCESTO-Desestabilización de la familia/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Límites (Aclaración de voto)

Si es algo por fuera de toda discusión que la Constitución colombiana considera a la familia una institución valiosa y, por tanto, digna de ser protegida; si las ciencias empíricas establecen con meridiana claridad que los comportamientos incestuosos la desestabilizan y ponen en peligro su unidad, parece lógicamente plausible inferir que tales comportamientos deben ser jurídicamente desestimulados y el libre desarrollo de la personalidad encuentra allí un límite razonable. ¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan abstruso como que, además, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad?

Referencia: Expediente D-1935

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del Código Penal.

Demandante: Alberto Franco

Magistrados Ponentes:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ y

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Dicen que cuando Laplace explicó a Napoleón la teoría según la cual el sistema solar se habría formado a partir de una nebulosa, el emperador le pregunto: “Y qué lugar ocupa Dios dentro de su teoría?” Y el físico le respondió: “Dios es una hipótesis de la que no he necesitado para formular mi teoría”.

Sería extraño, y desde luego superfluo, que si a un científico (aun creyente) le preguntaran cómo se genera la energía nuclear, respondiera: “Por la fisión del átomo… y por que la Divina Providencia así lo dispone”.

A Guillermo de Occam, el filósofo nominalista (monje cristiano, por cierto), le atribuyen el aserto de que para proceder correctamente en el campo del conocimiento, hay que suprimir todas las entidades metafísicas inútiles. Es lo que se conoce como la navaja de Occam. La moraleja es muy simple: si la sola razón y la experiencia pueden darnos cuenta cabal de un fenómeno, ¿para qué apelar a misteriosas entelequias (cuya “existencia” es precisamente el

producto de nuestra mente), para explicar lo que ya está explicado?

Si es algo por fuera de toda discusión que la Constitución colombiana considera a la familia una institución valiosa y, por tanto, digna de ser protegida; si las ciencias empíricas establecen con meridiana claridad que los comportamientos incestuosos la desestabilizan y ponen en peligro su unidad, parece lógicamente plausible inferir que tales comportamientos deben ser jurídicamente desestimulados y el libre desarrollo de la personalidad encuentra allí un límite razonable.

¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan abstruso como que, además, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad?

Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. i) ¿Cómo se reconoce esa "moralidad pública"? ¿Existe algún criterio objetivo para reconocerla, analógo a la regla de reconocimiento propuesta por Hart como instrumento conceptual que permite identificar las normas de un ordenamiento jurídico? ii) Y si tal es el caso, cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa "moralidad pública" que repudia el incesto, clama porque se le desestimule con una sanción penal? Porque bien puede ocurrir que a alguien le pregunten, verbigracia, cómo juzga el adulterio y responda: "me parece censurable". Pero si se le inquiere: "¿y se debe castigar?", conteste: "ese es un asunto de cada uno". ¿Y qué tal el homosexualismo, tan generalmente repudiado, acerca del cual ha dicho la Corte (con el voto favorable de algunos magistrados adalides de la "moralidad pública") que ni siquiera puede consagrarse como causal de mala conducta? iii) Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quien la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?

Tal vez resulte oportuno poner fin a esta aclaración de voto (que no es salvamento, porque la decisión y la primera parte de las consideraciones las acogemos), con esta apreciación de Ernst Tugendhat: "Un concepto de la moralidad que no deja abierta la posibilidad de concepciones variadas de lo moral tiene que parecernos hoy inaceptable"

Esas, las razones que nos llevan a apartarnos, respetuosamente, de las consideraciones escritas por el magistrado Cifuentes y avaladas por otros cuatro colegas.

Fecha ut supra.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Segunda Aclaración de voto a la Sentencia C-404/98

Cuando se trata de adultos, con plena capacidad de consentir, que no conviven ya dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones de manera ocasional o permanente, la pena carece de toda justificación. Es decir, que en la hipótesis arriba descrita, la conducta no resulta antijurídica por no resultar lesiva del interés tutelado por la ley. Creemos que así ha debido consignarse expresamente en el fallo.

Referencia: Expediente D-1935

Los suscritos magistrados tenemos la convicción de que la penalización del incesto está justificada, a la luz de la Constitución colombiana, por las razones esenciales que sirvieron de fundamento al fallo.

No obstante, consideramos que cuando se trata de adultos, con plena capacidad de consentir, que no conviven ya dentro del núcleo familiar, y deciden tener relaciones de manera ocasional o permanente, la pena carece de toda justificación. Creemos, entonces, que el juez penal, debe dar aplicación al artículo 4o. del Código Penal, que establece:

"Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley."

Es decir, que en la hipótesis arriba descrita, la conducta no resulta antijurídica por no resultar lesiva del interés tutelado por la ley. Creemos que así ha debido consignarse expresamente en el fallo.

En ese sentido, con todo respeto, nos permitimos aclarar nuestro voto.

Fecha ut supra.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

1 Véanse, por ejemplo las sentencias T- 542 de 1992, C-004 de 1993, C-221 de 1994, T-007 de 1998.

2 Véanse, por ejemplo las sentencias C- 221 de 1994 y C-309 de 1997.

3 Sobre el concepto de medidas de protección de la autonomía de las personas, véase la sentencia C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

4 Sobre este tema interesa mencionar que la doctrina constitucional alemana ha recalcado que, además de los límites que la Constitución le fija expresamente al ejercicio de los derechos fundamentales, éstos también tienen unas barreras éticas inmanentes. Esta tesis se apoya en la tradición del derecho privado acerca de los límites éticos inmanentes en el ejercicio de los derechos, según la cual el ejercicio de un derecho no puede superar la frontera que le trazan las buenas costumbres y la buena fe. Ver, por ejemplo, el comentario al párrafo I del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana, contenido en Maunz, Theodor / Dürig, Günter (1990) : Grundgesetz. Kommentar, Tomo I, p. 61, Munich. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte al admitir ciertas restricciones a la libertad en nombre de principios de moralidad positiva o aceptar la intervención del Estado en cuestiones "morales". En este último sentido, por ejemplo, en la sentencia T-321 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se reconoce la competencia subsidiaria del Estado para intervenir en asuntos morales. En efecto, al tenor de la mencionada decisión, "No puede, pues, trasladársele al Estado una responsabilidad (la de orientar moralmente a los hijos), que sólo subsidiariamente le compete, pues es función que ante todo le incumbe a los padres".

5 Los principales tratados internacionales de derechos humanos incorporados por Colombia a su derecho interno prevén la posibilidad de restringir ciertos derechos fundamentales (libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y expresión, libertad de reunión, libertad de asociación y libertad de circulación y residencia) por motivos de moralidad pública. En este sentido, véanse, los artículos 12-3, 18-3, 19-3-b), 21 y 22-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), los artículos 12-3, 13-2-b), 15, 16-2 y 22-3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y los artículos 10-2, 13-2-b), 14-3 y 15-2 de la Convención sobre Derechos del Niño (Ley 12 de 1991).

6 A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia proferida dentro del asunto Handyside, el 7 de diciembre de 1976, señaló "no es posible extraer del derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de 'la moral'. De modo que son las autoridades de cada uno de los Estados las que se encuentran en la mejor posición para pronunciarse sobre el contenido preciso de exigencias como la necesidad de una restricción o sanción en casos como el que nos ocupa [prohibición de la circulación de un libro y decomiso de los ejemplares del mismo en razón de su contenido obsceno]. Bien es cierto que el citado artículo 10-2 del Convenio [restricción de la libertad de expresión por razones de moralidad pública] reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Sin embargo, el citado artículo no atribuye a los Estados un poder de apreciación ilimitado. Por el contrario, el Tribunal, junto con la Comisión, tiene por misión asegurar que dichos Estados respeten sus compromisos, siendo competente para establecer mediante sentencia definitiva si una 'restricción' o bien una 'sanción' pueden conciliarse con la libertad de expresión tal y como es protegida en el artículo 10. El margen nacional de apreciación va, pues, a la par con el control que practica el Tribunal al que concierne determinar la finalidad de la medida litigiosa y su necesidad, lo que le puede llevar tanto a la ley que le sirvió de

base como a la decisión que la aplicó, aunque ésta emane de una jurisprudencia independiente. (...). El Tribunal no tiene por tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar desde el ángulo del artículo 10 las decisiones que adopten en el ejercicio de su poder de apreciación. Su control sería ilusorio si se limitara a examinar las decisiones aisladamente. Por el contrario, el Tribunal debe examinarlas a la luz del conjunto del caso, comprendiendo la publicación de que se trata, así como los argumentos y medios de prueba invocados por el recurrente en el orden jurídico interno e internacional. Incumbe al Tribunal determinar, con base en los diversos elementos de juicio que posee, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas adoptadas son pertinentes y suficientes desde el punto de vista del artículo 10-2".

7 Cabe señalar que en el Estado Social y democrático de Derecho, el principio de neutralidad no tiene el carácter de limitación temática del discurso en el proceso democrático y, por lo tanto, permite que aquello que en principio es reservado al ámbito privado, sea objeto de tematización y crítica pública.

8 A este respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) ; C-659/97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Sobre una cuestión semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada dentro del asunto Dudgeon, el 22 de octubre de 1981, manifestó: "Como ha puesto de manifiesto el caso Sunday Times, el margen de apreciación no tiene amplitud idéntica para cada una de las finalidades que autorizan a limitar a un derecho, siendo especialmente amplia cuando se trata de proteger la moral. Pero en cualquier caso hay que entender que el margen de apreciación depende no sólo de la finalidad de la restricción sino de la naturaleza de las actividades en juego. En el presente supuesto que tiene por objeto uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, deben existir razones particularmente graves para convertir en legítimas las injerencias de los poderes públicos a los efectos del artículo 8-2 [restricción de la intimidad por razones de moralidad pública]. Las motivaciones alegadas por el Gobierno irlandés, sobre el clima moral irlandés contrario a la reforma de dicha legislación y la situación constitucional por la que atraviesa Irlanda, no justifican hablar de 'necesidad social imperiosa'. Los motivos del Gobierno, que se entienden pertinentes, no son suficientes para justificar el mantenimiento de normas en la medida en que tengan por resultado general la prohibición penal de relaciones homosexuales entre hombres adultos capaces de consentirlas. En particular, de la población de Irlanda del Norte, ni las actitudes sobre la homosexualidad masculina en Irlanda del norte, ni la creencia de que una atenuación de dichas penas no conduce a minar los valores morales existentes, no permite en sí mismo una injerencia en la vida privada del recurrente. Despenalizar no significa aprobar, y el temor de que en ciertos ambientes obtengan a este respecto conclusiones erróneas de una reforma de la legislación, no constituye una buena razón para conservarla incluso en sus aspectos injustificables".

9 Véanse, entre otras, las sentencias C-459/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-067/98 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz); T-124/98 (MP. Alejandro Martínez Caballero).