

La familia como institución jurídica objeto de tutela penal*

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS

Introducción

Comúnmente se piensa que la Constitución Política de 1991 otorgó un estatus especial a la familia al erigirla en el fundamento social. Esto es un hecho irreductible, pero, y sin que por ello se considere que cede en importancia, no es lo más novedoso y mucho menos el máximo logro en materia de familia. La verdad es que hemos hallado que tanto la legislación ordinaria como la internacional que preceden a la Constitución habían dado los pasos más importantes. En cambio, lo que sí no se había hecho, salvo algunos muy pasos tímidos, y que decididamente se inaugura con el modelo político de 1991, es que la familia dejó de ser un “objeto de protección jurídica” para pasar a ser un sujeto de derecho.

En efecto, si bien ya la legislación civil le había conferido la posibilidad no del todo satisfactoria de tener patrimonio mediante la figura del patrimonio de familia, es la Constitución la que le reconoce los derechos a la dignidad, la honra, la intimidad, la armonía y la unidad, de una forma semejante al régimen de las personas naturales y,

* Este capítulo es derivado del proyecto de investigación “La nueva concepción de discapacidad: sus efectos sobre el esquema de responsabilidad jurídica en Colombia” gestionado en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Colombia.

tal vez, con mayores posibilidades. Esto no es cualquier fenómeno venido a menos ni una ligereza del constituyente, sino el fundamento de un giro institucional del cual no parece haber demasiada conciencia, y esperamos tampoco vuelta atrás.

Ser titular de derechos implica su ejercicio y, con ello, el reconocimiento de la personalidad, puede que no igual a la persona natural, pero sí de forma tan próxima que surgen obligaciones correspondientes, ya no de manera exclusiva entre los integrantes individualmente considerados, como sucedía antes, sino con la unidad familiar. Luego la familia en cuanto tal puede hacerlos valer ejerciendo las acciones pertinentes.

El régimen y desarrollo de la nueva institución constitucional no se ha hecho satisfactoriamente, a nuestro juicio, pues debería ya existir un modelo de representación de la familia, seguramente también un sistema de registro familiar, toda una versión acabada del patrimonio de familia con efectos tributarios concretos, un sistema de seguridad social familiar, un modelo de responsabilidad activa y pasiva propia, incluso un régimen electoral familiar respecto de las tomas de decisión que la afecten y que sean susceptibles de consolidarse por esa vía, entre otros.

Dada esta importante transformación, desde el punto de vista penal la familia apareja actualmente unas consecuencias asimismo considerables. Por ejemplo, dejó de ser un mero “objeto de protección”, puesto que pasó a ser sujeto titular de derechos, y más claramente son esos derechos, quizá no todos, pero sí los dispuestos conforme al poder de configuración del Estado los llamados a erigirse en bienes jurídicos tutelados penalmente y en los que la familia es sujeto pasivo del delito, eventualmente víctima.

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. De modo que frente al ejercicio de dicha

libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”, lo cual comporta las siguientes garantías: 1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no solo a fijar los tipos penales, sino que estos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. 2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. 3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional. 4. Al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las

sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva. (Sentencia C-241/2012, de 22 de marzo)

Como consecuencia, un delito contra la familia deja de agotar el injusto en los derechos de sus integrantes individualmente estimados, para proponer afectaciones concretas a los derechos de la familia. De donde no sea muy exacto hablar hoy día de “delitos contra la familia”, según conlleva el método semiótico aquí empleado (Moya, 2017).

Aspectos semióticos y sociológicos de la familia como fundamento del injusto

Consecuencia de lo que anunciamos en la introducción es que las condiciones de responsabilidad penal derivada de su quebranto se condicionan a cierto tipo de afectación, lo cual a su turno no es deducible más que de su óntica. Luego cabe preguntarse qué es la familia y qué indicadores exponen la afectación actual o potencial desde el punto de vista de la ilicitud de sus derechos.

No se trata de persistir en equiparar la familia a un objeto de protección, como el patrimonio, sino que, reconociendo su condición de sujeto de protección, se fijen algunos parámetros de análisis a los daños antijurídicos a los derechos de los cuales es titular.

En efecto, tomando el patrimonio como ejemplo en cuanto bien jurídicamente tutelado, se sabe que la responsabilidad por punibles como el hurto dependen de la disminución ilícita de alguno de sus elementos, en términos tanto cuantitativos como cualitativos, precisamente porque también se ha establecido que su unidad fenomenológica implica que no toda afectación cuantificable en términos numéricos contribuye a una disminución real de sus contenidos, que es un indicador de estatus, que tiene unos condicionantes legales y constitucionales a los cuales se sujeta su indemnidad.

La familia como persona jurídica

Al respecto, y como punto de partida, tomamos las disposiciones que regulan la familia. Y lo primero que hallamos es que el Código Civil

ataba inicialmente la familia al matrimonio, entendido como contrato sinalagmático, mediante el cual un hombre y una mujer contraen obligaciones mutuas, entre ellas la procreación y la solidaridad. “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (Código Civil, art. 113).

La posibilidad o mejor el reconocimiento de la condición de hecho paralela a la celebración formal abrió la posibilidad de trasladar las obligaciones y los derechos pese a la ausencia de la formalidad del matrimonio a otras situaciones y constituir un régimen común. Es decir, la familia ya no solo procede del matrimonio, sino también de la realidad praxiológicamente estimada de una unión. Este cambio implicó toda una resignificación jurídica de la familia.

En esta línea, la Constitución Política de 1991 fue más propicia a la realidad social, y la declaró, con cierto sabor parsoniano, el fundamento nuclear de la sociedad, y contrajo su origen a la voluntad libre, formal o no, de un hombre y una mujer de constituirla.

42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y 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.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

En lo restante reconoce lo que podríamos designar unos derechos de la familia como titular y otros de sus miembros, a saber: de la familia son su patrimonio, honra, dignidad, intimidad, armonía y unidad; y de la pareja que la integra, igualdad de derechos y deberes, determinación del número de hijos; de la pareja y otros miembros, el respeto mutuo.

Como correlato, se advierte que la principal obligación de la pareja es la progeneritura responsable, lo cual debe ser regulado por la ley, y es exigible de los hijos menores y quienes se hallen en situación de incapacidad, término este último indefnido, y del cual no queda otra salida que el desarrollo legal.

En conclusión, se admite la personalidad jurídica de la familia, lo cual tiene raíces en el derecho civil, pero su condición de titular de derechos sí es obra constitucional. Y podemos deducir que, igual y como sucede con las personas naturales y las jurídicas tradicionales, la antijuridicidad de los comportamientos dirigidos contra ellas tienen que ver con afectaciones antijurídicas y cualitativamente negativas a la indemnidad de sus derechos.

A esta condición haría referencia el constituyente al prescribir que todo tipo de violencia contra la armonía y la unidad de la familia serán legalmente sancionadas.

Con apoyo en este trasfondo, apareció la Ley 294/1996, de 16 de julio, la cual, con ocasión de reprimir lo que comúnmente es conocido como violencia intrafamiliar, desarrolló un aspecto penal, aun cuando amplió la concepción jurídica de la familia, extendiendo el nexo a otras, como a las personas que trabajan para una familia.

La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia: Los cónyuges o compañeros permanentes;

El padre y la madre de familia aunque no convivan en un mismo hogar; Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. (Ley 294/1996, de 16 de julio, art. 2)

De ello se deriva que la familia no es un agregado de personas localizadas en una unidad de vivienda, sino una entidad fenomenológica que surge de la unión libre de dos personas orientada a su constitución.

Esta Corporación ha definido la familia “como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. El artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos.²³ De acuerdo con el alcance del artículo 42, en la sociedad y el Estado reposa el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante

la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Ese ámbito de protección especial, tal como lo ha destacado esta Corporación, se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos. La institución de la familia ha sido considerada igualmente como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para este la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que ‘[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desórdenes que allí tengan origen’”. En este sentido, el orden constitucional vigente le reconoce el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. (Sentencia C-241/2012, de 22 de marzo)

Luego, “familia” es la situación que se predica de unas personas respecto de otras, es sin duda un estatus, por lo que se trata de una condición epistemológicamente objetiva, que se adquiere con ocasión de un vínculo irrenunciable¹. Tanto es así que en la perspectiva constitucional y legal no es preciso que sus miembros se encuentren asociados por sentimientos de ninguna naturaleza.

Sin embargo, en la medida en que la Constitución políticamente fue más favorable a la voz social, casi que de inmediato esta se hizo oír a través de las acciones permitidas, la de inconstitucionalidad y la de tutela. Así fue como desde que apareció la misma Constitución la sociedad se hizo oír en favor de extender aún más el matrimonio como fuente de familia hacia opciones hasta entonces excluidas. Ciertamente, ese proceso concluyó con la Sentencia C-577/2011, del 26 de julio y la Sentencia SU214/2016, del 7 de abril, mediante las cuales se logró otorgar validez jurídica a las uniones matrimoniales de personas del mismo sexo. Pero el camino ha sido largo y para nada sencillo, pues fueron prácticamente cuatro lustros de “aproximación” (anexo).

De donde tenemos que la violencia sancionable contra la unidad y la armonía familiar adquiere dos fuentes de ilicitud según las acciones provengan del quebranto a las obligaciones, es decir, sucede desde las interioridades de la familia o desde sus exterioridades, cuando se afectan su unidad y armonía desde fuera.

La estructura del código sugiere que solo se sancionan las primeras, al menos por la vía de los delitos contra la familia. Es decir, el injusto estaría dimensionado por el incumplimiento de obligaciones de los integrantes de la familia, siempre que configuren violencia contra ella, en particular contra su unidad y su armonía.

Ahora bien, este panorama jurídico-constitucional brevemente descrito sirve para tener un poco más claro el elemento sistémico del que hablaba Habermas (2010), cuando previó que acción y sistema son dos elementos de una misma composición, o si se quiere los aspectos de una misma unidad que es la acción comunicativa.

1 Las disposiciones en la materia son de orden público.

Entonces, la acción tiene una condición sintagmática proporcionada por el sistema, pero su fuerza comunicativa, su entidad semántica a la manera del pragmatismo de Peirce (1960), proviene de las significaciones compartidas. Consecuencia de lo cual procuraremos una aproximación que sirva para comprender mejor el contenido de las acciones que desde las interioridades de la familia pueden sancionarse penalmente.

No entraremos en este momento en la discusión que enfrenta a quienes concluyen que el derecho crea su propia realidad (Bastida, 2000), con los partidarios de la relación derecho-fenómeno social (Von Jhering, 1997).

Simplemente, asociamos que las distintas áreas del saber tienen puntos de encuentro y en la familia opera un complejo de realidad social en su versión jurídica, antropológica y sociológica, predominantemente (Casey, 2003). Lo que sí resulta difícil de aceptar sin ninguna discusión es que se trata de un fenómeno espontáneo y sin mayores accidentes o acomodación histórica. De hecho, estar ante una Constitución que reconoce la personalidad jurídica a la familia es ya suficiente evidencia. Incluso quienes han defendido su intangibilidad natural han terminado por aceptar ese aspecto contingente, social, historiográfico, geográfico y hasta político de la familia (Strauss, 1985)².

Lo cierto es que, más que una organización de base sistémica e integradora de personas, la familia se sustenta en unas representaciones sociales acerca de lo que son los padres y los hijos, más precisamente los “padres adecuados” y los “hijos adecuados” (Turbet, 1997). Esto puede perfectamente converger con otro tipo de representación, como la de liderazgo político: un buen gobernante y unos buenos gobernados (Laslett, 1965).

Esto ha sido observado en varios estudios cuya vigencia es indudable, pero, a diferencia de lo que ocurre con las instituciones políticas de gobierno, en la familia convergen concepciones éticas y morales denotadas (Moya, 2015), así como sentimientos y valoraciones de tal

2 Así, por ejemplo, los presupuestos naturalísticos de Morgan (1971) fueron seriamente cuestionados por trabajos como los de Strauss (1985).

especificidad que difícilmente pueden transportarse a otras esferas sociales (Chodorow, 1984). Y al parecer cada momento tiene sus propias cualidades (Fernández, 2000), así que puede hablarse de un pasado, un presente y un futuro de la familia (Badinter, 1987). La verdadera dificultad estriba en que no siempre la versión jurídica de esta institución revela o permite develar fácilmente la realidad que manifiesta.

Tanto más difícil en cuanto no reflejan cierto tipo de identidad asociada a los sentimientos y pasiones que se suelen vincular a las relaciones familiares (Norbert, 1998), desafiados indudablemente por los usos estratégicos que de la familia se ha hecho (Parsons, 1993).

Por supuesto, una salida fácil es desconocer su verdadero *eidós* sociocultural y acomodar las explicaciones jurídicas con total independencia de ellos (Lorenz, 1998), lo cual facilita encubrir los orígenes paralelos (Campan, 1990), por lo que el desarraigo no es otra cosa que violencia, quizá simbólica, pero, al fin y al cabo, violencia.

La sociedad doméstica o familia natural es una institución que tiene por objeto el orden ético en las relaciones entre los dos sexos, la procreación y la educación de los hijos. Las relaciones domésticas son ampliamente reguladas por la moral, por la costumbre y por la religión, además que por el Derecho; en suma, existen otras normas sociales que refuerzan la sanción de la relación jurídica familiar y, a veces, entran en conflicto con las disposiciones jurídicas vigentes. En este sentido se puede decir que la familia es más bien una institución social que jurídica. (Bonfante, 1965, pp. 65 y ss.)

Ese “algo más” es lo que a nuestro juicio no puede desatenderse si se busca entender desde el punto de vista de la justicia lo que es un atentado penalmente reprochable contra la familia (Carreño, 2011). Tan importante es que hasta las obras filosóficas más arraigas en la existencia de un *ordo naturalis* han terminado reconociéndolo.

De este deber resulta también necesariamente el derecho de los padres a la tutela y a la formación del hijo, mientras no sea dueño todavía del uso de sus miembros corporales y de su entendimiento, además de alimentarlo y cuidarlo, educarlo tanto pragmáticamente, para que en el futuro pueda mantenerse y ganarse la vida por sí

mismo, como moralmente, porque si no, la culpa de su desamparo recaería sobre los padres; todo ello hasta el momento de la emancipación (*emancipatio*), en el que ellos renuncian tanto a su derecho paterno a mandar como también a toda pretensión de recobrar los gastos por su manutención y los desvelos padecidos hasta entonces, de modo que, una vez completada la educación, pueden contar con la obligación de los hijos (hacia los padres) solo como mero deber de virtud, es decir, como gratitud. (Kant, 1995, pp. 25-107)

Incluso Hegel (1999), por oposición a Kant, anticipaba que “los hijos tienen el derecho de ser *alimentados* y *educados* [las cursivas son mías] con el patrimonio familiar común. El derecho de los padres al *servicio* [las cursivas son mías] de los hijos se funda, en cuanto tal, en el interés común del cuidado de la familia y se limita a ello”.

Lo cierto es que al menos las explicaciones sobre relaciones económicas entre miembros de la familia no parecen tener asiento en criterios que manen de lo que ha sido llamado el derecho natural (Gómez, 1973)³. Y antes bien se incardinan en los tradicionales juegos sociales de definición de estatus (Sabeán, 1990).

La ambivalencia, fruto del encubrimiento, ha hecho de las relaciones familiares un tema que genera serias tensiones sociales, temores y disgustos acerca del futuro de las sociedades. Muchos de los cuales se han querido resolver por la vía del derecho penal (Carreño, 2016).

En el país, se oye frecuentemente de la pérdida de valores de la familia, así como de la asignación de responsabilidades que parecen desafiar sus propios recursos. Así, por ejemplo, se ha llegado a formular que la corrupción pública y privada es algo que se engendra en las familias, que hace de ellas un ser susceptible de cierto tipo de anticipación lombrosiana, lo cual es el perfecto pretexto ideológico para intervenirla penalmente (Huertas, 2012).

3 Hay pensadores afines a tal tendencia como Rafael Sajón y José P. Achard, Pío XII, Luis Jossierand, Hans Welzel, Luis Carlos Pérez, José Peco, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Giuseppe Maggiore, Federico Puig Peña, Antonio Quintano Repolles, entre otros.

En orden a una comprensión más real, “más constitucional”, y si se quiere más holística de la antijuridicidad constitutiva de los delitos contra la familia, lo primero sobre lo cual hemos debido llamar la atención es que el concepto de *familia* se viene vinculando profundamente al de matrimonio, con consecuencias sociales significativamente importantes. La verdad es que varios delitos de los que aún hoy existen realmente son atentados contra el matrimonio. Y no es muy complicado hallar esa asociación, pues así se observa desde las fuentes primarias de las ideologías religiosas (Moya, 2007) en lo que a Colombia concierne, y dada la profunda aculturación cristiana a la que fue sometida la población desde el siglo XVI (Gutiérrez, 2000).

Para entenderlo mejor, podemos ir a esas fuentes primarias. Por ejemplo, en el Génesis, la “adhesión” de un hombre a su mujer es el único presupuesto válido para que salga de la casa de sus padres, según se indica en 2, 24, lo cual describe un proceso de movilización en el que el hombre migra de una organización familiar a otra y explica a su vez la fuerte condena con ocasión de la solicitud de la mujer en busca de un esposo, que la reducía a “extraña” o “extranjera”, y debía ser desesperadamente evitado por todo hombre recto, tal y como surge de Proverbios 2, 18, 5. Es toda una versión cultural que confería a los hombres el monopolio de la elección de la pareja, conforme a Eclesiástico 36, 20-28. Pero a tal derecho corresponden unas obligaciones considerables, como protegerla, sostenerla, orientarla, disciplinarla, entre otros.

Así es como se explica el patriarcalismo en la versión de base cristiana de la familia y, con ello, la equiparación de su unión con la de Cristo y la Iglesia en Efesios 5, 22-33. El hecho de que un hombre salga de la casa de sus padres no lo autoriza, sin embargo, para desentenderse de ellos, pues debe acogerlos en su ancianidad en previsión de Eclesiástico 2, 14; el hijo permanece atado a sus padres por una suerte de deuda imposible de saldar, “Acuérdate de que les debes la vida. ¿Cómo podrás pagarles lo que han hecho por ti?”, señala Eclesiástico 7, 30.

El hijo tiene que honrar a sus padres, mientras que estos no deben perder el control y persistir en la disciplina de los hijos, tal como se previó en Efesios 6, 1-4. Pero acentúan dicho control sobre las hijas, por ser, al fin y al cabo, de quienes depende el proyecto futuro de la familia,

según Eclesiásticos 42, 9-14. La representación correspondiente son hijos sumisos e hijas aún más sumisas.

Hombres fuertes y mujeres menos fuertes pero fieles y sumisas, cuya virtud se establece en aquellos por su capacidad para cumplir sus obligaciones, mientras que en estas por ser obedientes y acentuadamente correctas. De donde las cifras evidencian que los padres hombres son más susceptibles de reclamos penales por razones vinculadas a las prestaciones económicas.

Que haya habido tendencias hacia una mayor libertad no los libera del peso de las representaciones. Por ello mismo es más recurrente en hombres que en mujeres ocultar su vida sexual, pues un mayor número de parejas a las mujeres las “devalúa” moralmente, y las cuestiona en su deber ser maternal. Contrario a lo que ocurre con los hombres, a quienes afecta más el número de hijos por los cuales no “responde” aun cuando materialmente no pueda hacerlo.

Sin duda, ha habido mutación, en el entendido de que ya no interesan tanto las familias con vocación de permanencia, como las familias nucleares (Gutiérrez, 1976), lo cual tiene mucho que ver con la pretendida homogeneización de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres que, sin embargo, se cuestiona en las manifiestas desigualdades, tanto en el pago por su trabajo como en las oportunidades mismas, y no menos en las expectativas sociales que se ciernen sobre uno y otra. Y si bien es algo que impacta tanto la economía de la familia como la social, variaciones como el género obligado de los fundadores de una familia no resquebrajan las representaciones sociales de padres e hijos, aun cuando evidentemente la representación concreta que genera las conexiones masculinidad-padre y feminidad-madre va a ser afectada, seguramente, hacia una más real igualdad en el entendido de que deberá poderse reclamar a mujeres madres como hasta ahora solo se hacía a los hombres padres y a los hombres padres como antes únicamente se hacía a las mujeres madres.

Desde sus inicios conocidos, la familia sigue siendo una evidencia de normalidad y salud, así como un fundamento que sirve incluso para afrontar las crisis (Gutiérrez, 1963). Tener familia, una buena familia, sigue siendo la condición de un buen ciudadano. El tipo de acción que comunica un sentido contra la familia no es el apropiado a su destrucción,

pues este comportamiento se ubica mejor en la estructura del Código Penal dentro de los delitos contra la vida. Más bien se trata de aquellos que, desafiando las representaciones sociales de la buena familia, de los buenos padres y de los buenos hijos, promueven imaginarios sin correspondencia social: tener hijos sin capacidad de sostenerlos, no luchar por ellos, no sacrificarse por ellos, mantener o adquirir prácticas que arriesgan de una u otra forma la unidad y armonía familiar, preferir los intereses individuales opuestos a los intereses familiares, es decir, no hacer de la familia su fundamento y su destino particularmente cuando hay hijos menores, es lo que una sociedad culturizada en la cristiandad decodifica como atentatorio de la familia.

Conclusiones

Precisamente porque la Constitución Política de 1991 prescribe la reacción del control jurídico respecto de todo acto de violencia contra la familia capaz de afectar su armonía y unidad, esta concepción fuerza a reconsiderar ciertos estados de cosas sospechosas ahora en su constitucionalidad. Por ejemplo, ¿el modelo penal existente puede seguir siendo el mismo diseñado para la familia como objeto de protección? ¿Así no son ahora discernibles las acciones contra la familia de las que se dirigen contra sus integrantes? ¿Podemos seguir hablando de “delitos contra la familia” o es necesario reconsiderarlo y preferir “delitos contra los derechos de la familia”? ¿Las acciones judiciales por conductas contra la familia no deberían ser pensadas atendiendo a su personalidad? ¿Más aún, las querellas, los desistimientos, las indemnizaciones y las formas alternas de solución de conflictos no deberían basarse en la voluntad de la familia? ¿Qué debería pasar ahora cuando el ejercicio de la acción judicial, por legal que sea, atenta gravemente contra la honra, la dignidad, la intimidad o la unidad de la familia? De la misma forma, ¿no debería reconsiderarse la estructura de delitos como el genocidio, pues no es igualmente genocida la acción orientada a la destrucción de una familia?

Se impacta todo el modelo penal y con ello los llamados “delitos contra la familia” en cuanto adquieren una significación de antijuridicidad específica. Según este presupuesto que de manera evidente

no es estrictamente hermenéutico ni absolutamente dogmático, sino más bien semiojurídico (Moya, 2017), es preciso acometer el escrutinio de las ocho acciones punibles que se encuentran descritas en la Ley 599/2000, de 24 de julio entre sus artículos 299 y 238, nucleados por la familia como bien jurídico tutelado.

Las evidencias estadísticas permiten cualificar criminológicamente los reatos, entendiendo que hay algunos más ofensivos a la sociedad que otros, como sucede con la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, cuya frecuencia supera significativamente todos los demás.

Es posible anticipar un tratamiento diferencial, si se quiere desproporcionado, puesto que la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar abarcan la mayor parte del cuerpo de la ley y de la realidad criminal del país. Pero esto tiene una explicación basada en varios argumentos: el primero es así cuando se asumen únicamente los aspectos complejos de los distintos delitos; desde luego, algunos son más o menos difíciles en sus distintos componentes. Por otra parte, si se estiman las posiciones doctrinales a fin de afianzarlas o controvertirlas, y no todos los delitos contra los derechos de la familia han sido objeto de auténticos desarrollos. Y desde luego al considerar la práctica judicial, que no ocupa por igual su capacidad respecto de todos los reatos contra la familia.

Sin duda, la inasistencia alimentaria es el tipo penal más complejo, no solo dentro del capítulo de los “delitos contra la familia”, sino el más complejo en todo el cuerpo de la parte especial del Código. Además, su tratamiento errático es fuente actual de congestión judicial y, lo más lamentable, de injusticia social peligrosa y endémica.

Referencias

- Badinter, E. (1981). *¿Existe el amor maternal?* Barcelona, España: Paidós.
- Badinter, E. (1987). *El uno es el otro: una tesis revolucionaria sobre las relaciones hombre-mujer*. Barcelona, España: Planeta.
- Bastida, X. (2000). *El derecho como creencia: una concepción de la filosofía del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Bernal Castro, C. A. y Moya Vargas, M. F. (2017). *Fundamentos semióticos para la investigación jurídica*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Bonfante, P. (1965). *Instituciones de derecho romano*. Madrid, España: Reus.
- Campan, R. (1990). *El animal y su universo: estudio dinámico del comportamiento*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Carreño Dueñas, D. et al. (2016). *Bioética y docencia*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Carreño Huertas, D. (2011). *Implicaciones jurídicas de la biotecnología: caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Casey, J. (2002). Familia y tendencias historiográficas en el siglo xx: introducción general sobre Europa. En E. de Mesquita Samara, T. Lozano Armendares, F. Chacón Jiménez y A. Irigoyen López (coords.), *Sin distancias: familia y tendencias historiográficas en el siglo xx* (pp. 25-46). Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Chodorow, N. (1984). *El ejercicio de la maternidad: psicoanálisis y sociología de la maternidad y paternidad en la crianza de los hijos*. Madrid, España: Gedisa.
- Constitución Política 1991, de junio 13, Constitución Política de 1991.
- Decreto 1400/1970, de 6 de agosto, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.
- Fernández Montraveta, C. (2000). Mitos, realidades y la biología de la maternidad. En C. Fernández Montraveta, P. Monreal Requena, A. Moreno Hernández y P. Soto Rodríguez (coords.), *Las representaciones de la maternidad: debates teóricos y repercusiones sociales* (pp. 13-30). Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer.
- Gómez Velásquez, G. (1973). *Delitos contra la asistencia familiar*. Bogotá, Colombia: Pequeño Foro.
- Gutiérrez de Pineda, V. (1963). *La familia en Colombia: trasfondo histórico*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Gutiérrez de Pineda, V. (1976). *Estructura, función y cambio de la familia en Colombia. Volumen II*. Bogotá, Colombia: Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.
- Gutiérrez de Pineda, V. (2000). *Estructura, familia y cultura en Colombia. Tipologías, funciones y dinámica de la familia: manifestaciones múltiples*

- a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa. Vol. 1: Racionalidad de la acción y racionalización social* (M. J. Redondo, trad.). Madrid, España: Trotta.
- Hegel, F. (1999). *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona, España: Edhasa.
- Huertas Díaz, O. (2012). Representaciones sociales de los conciliadores y las conciliadoras en equidad de las unidades de mediación y conciliación de Bogotá, en torno al concepto de equidad y justicia. Autor: Norhys Esther Torregrosa Jiménez. 2011. *Verba Iuris*, 27, 181-184. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/27/resenas.pdf>
- Jhering, R. von (1997). *El espíritu del derecho romano*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Kant, I. (1995). *La metafísica de las costumbres* (A. Cortina, trad.). Madrid, España: Rei Andes.
- Laslett, P. (1965). *The world we have lost: Further explored*. Londres, RU: Routledge.
- Ley 294/1996, de 16 de julio, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir remediar y sancionar la violencia Intrafamiliar.
- Ley 599/2000, de 24 de julio, por la cual se expide el Código Penal.
- Lorenz, K. (1998). *Sobre la agresión: el pretendido mal*. Ciudad de México, México: Siglo XXI.
- Morgan, L. (1971). *La sociedad primitiva*. Madrid, España: Ayuso.
- Moya Vargas, M. F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Moya Vargas, M. F. (2015). *Los menores en el sistema penal colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Moya Vargas, M. F. (2016). Acerca del principio de congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, 44, 259-290. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60961>

- Moya Vargas, M. F. (2017). Semiótica de la justicia: opción metodológica del derecho. En *Teoría del derecho contemporáneo* (pp. 79-122). Bogotá, Colombia: Universidad La Gran Colombia.
- Norbert, E. (1998). *La civilización de los padres y otros ensayos*. Barcelona, España: Norma.
- Parsons, T. (1993). *Sociología de la familia*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Peirce, C. S. (1960). *Collected papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, EE. UU.: Harvard University Press.
- Sabeau, D. W. (1990). *Property, production, and family in Neckarhausen, 1700-1870*. Cambridge, RU: Cambridge University Press.
- Sabeau, D. W. (1998). *Kinship in Neckarhausen, 1700-1870*. Cambridge, RU: Cambridge University Press.
- Sentencia C-577/2011, de 26 de julio, matrimonio.
- Sentencia C-241/2012, de 22 de marzo, tipificación penal del incesto.
- Sentencia SU214/2016, del 7 de abril, Constitución Política.
- Strauss, L. (1985). *Las estructuras elementales del parentesco (II)*. Barcelona, España: Planeta Agostini.
- Turbet, S. (Coord.) (1996). *Las figuras de la madre*. Madrid, España: Cátedra.
- Turbet, S. (1997). *Figuras del padre*. Madrid, España: Cátedra.

Anexo: legislación asociada al estudio

- Sentencia SU696/2015, de 12 de noviembre, legitimación por activa de los padres de familia en tutelas que invocan derechos de sus hijos.
- Sentencia C-683/2015, de 4 de noviembre, demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo.
- Sentencia T-478/2015, de 3 de agosto, legitimación por activa en tutela de padres de familia de hijos fallecidos.
- Sentencia T-371/2015, de 18 de junio, acción de tutela contra acto administrativo de carácter particular y concreto.
- Sentencia T-141/2015, de 27 de marzo, derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual diversa.

Sentencia T-099/2015, de 10 de marzo, orientación sexual e identidad de género.

Sentencia T-063/2015, de 13 de febrero, acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Sentencia T-935/2014, de 3 de diciembre, legitimación por activa en tutela.

Sentencia T-804/2014, de 4 de noviembre, orientación sexual e identidad de género.

Sentencia T-444/2014, de 4 de julio, derecho a la privacidad.

Sentencia T-622/2014, de 28 de agosto, estados intersexuales.

Sentencia SU617/2014, de 28 de agosto, adopción entre parejas del mismo sexo.

Sentencia T-476/2014, de 9 de julio, derecho a la identidad sexual y de género.

Sentencia T-151/2014, de 13 de marzo, pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

Sentencia T-327/2014, de 3 de junio, acción de tutela para reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

Sentencia C-086/2016, de 24 de febrero, Código General del Proceso.

Sentencia T-372/2013, de 27 de junio, derecho a la visita íntima de personas que se autorreconocen como población LGBTI.

Sentencia T-771/2013, de 7 de noviembre, personas transgénero.

Auto 155/2013, de 24 de julio, nulidad de sentencia proferida por la Corte Constitucional.

Auto 152/2013, de 17 de julio, aclaración sentencia de la Corte Constitucional.

Sentencia T-450A/2013, de 16 de julio, derecho a la personalidad jurídica del niño.

Sentencia T-552/2013, de 22 de agosto, derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud.

Sentencia T-673/2013, de 24 de septiembre, derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Sentencia C-120/2013, de 13 de marzo, acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles.

Sentencia T-565/13, de 23 de agosto, establecimiento educativo.

Sentencia T-357/2013, de 20 de junio, acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales para reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

Sentencia T-977/2012, de 22 de noviembre, derecho al reconocimiento del nombre como atributo de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad.

Sentencia T-876/2012, de 29 de octubre, tratamiento médico.

Sentencia T-276/2012, de 11 de abril, garantías constitucionales en el marco de los procesos de restablecimiento de derechos de los niños.

Sentencia T-248/2012, de 26 de marzo, acción de tutela contra particulares que prestan servicio público.

Sentencia C-238/2012, de 22 de marzo, vocación sucesoral de cónyuge.

Sentencia T-909/2011, de 1 de diciembre, acción de tutela contra particulares.

Sentencia T-860/2011, de 15 de noviembre, acción de tutela para reclamar pensión de sobrevivientes en caso de enfermos de VIH/sida.

Sentencia T-717/2011, de 22 de septiembre, acción de tutela contra providencias judiciales.

Sentencia T-716/2011, 22 de septiembre, pensión de sobrevivientes.

Sentencia T-492/2011, de 28 de junio, acción de tutela.

Sentencia T-314/2011, de 4 de mayo, acción de tutela contra particulares.

Sentencia C-577/2011, de 26 de julio, matrimonio.

Sentencia T-062/2011, de 4 de febrero, tratamiento de población reclusa que pertenece a minorías de identidad sexual.

Sentencia C-283/2011, de 13 de abril, porción conyugal.

Sentencia C-886/2010, de 1 de noviembre, definición de matrimonio.

Sentencia T-622/2010, de 9 de agosto, acción de tutela interpuesta por interna que fue sancionada con aislamiento.

Sentencia T-051/2010, de 2 de febrero, pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo.

Sentencia T-911/2009, de 7 de diciembre, acción de tutela.

Sentencia C-029/2009, de 28 de enero, pretensión de exequibilidad condicionada en demanda de inconstitucionalidad.

Sentencia T-912/2008, de 18 de septiembre, hermafroditismo.

Sentencia T-1241/2008, de 11 de diciembre, acción de tutela.

Sentencia C-798/2008, de 20 de agosto, acción penal por inasistencia alimentaria entre miembros de pareja homosexual.

Sentencia C-336/2008, de 16 de abril, cosa juzgada constitucional.

Sentencia C-811/2007, de 3 de octubre, régimen de seguridad social en salud de pareja homosexual.

Sentencia T-856/2007, de 12 de octubre, derecho a la intimidad de enfermo de sida.

Sentencia C-075/2007, de 7 de febrero, régimen patrimonial de compañeros permanentes.

Sentencia C-1043/2006, de 6 de diciembre, omisión legislativa absoluta.

Sentencia T-349/2006, de 5 de mayo, sistema de seguridad social en pensiones.

Sentencia T-624/2005, de 6 de junio, debido proceso en establecimiento carcelario.

Sentencia T-1096/2004, de 4 de noviembre, persona privada de la libertad.

Sentencia T-725/2004, de 30 de julio, Archipiélago de San Andrés.

Sentencia C-431/2004, de 6 de mayo, régimen disciplinario especial de las fuerzas militares.

Sentencia T-301/2004, de 25 de marzo, derecho a la igualdad y test de proporcionalidad.

Sentencia T-1021/2003, de 30 de octubre, sistema general de salud.

Sentencia T-499/2003, de 12 de junio, juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Sentencia T-808/2003, de 18 de septiembre, libre desarrollo de la personalidad.

Sentencia T-1025/2002, de 27 de noviembre, medio de defensa judicial.

Sentencia C-373/2002, 15 de mayo, notario en propiedad.

Sentencia T-435/2002, de 30 de mayo, debido proceso.

Sentencia C-814/2001, de 2 de agosto, adopción.

Sentencia SU.623/2001, 14 de junio, régimen contributivo de seguridad social en salud.

Sentencia T-1390/2000, de 12 de octubre, principio de publicidad del proceso.

Sentencia T-268/2000, de 7 de marzo, pluralismo.

Sentencia T-618/2000, de 29 de mayo, principio de universalidad del sistema de seguridad social en salud.

Sentencia T-1426/2000, de 19 de octubre, derecho a la libre opción sexual.

Sentencia T-999/2000, de 2 de agosto, derecho a la seguridad social.

Sentencia T-692/1999, de 16 de septiembre, derecho a la intimidad personal y familiar.

Sentencia T-551/1999, de 2 de agosto, principio de publicidad del proceso.

Sentencia SU-337/1999, de 2 de mayo, principio de publicidad del proceso.

Sentencia C-507/1999, de 14 de julio, unión marital de hecho.

Sentencia T-101/1998, de 24 de marzo, derecho a la educación.

Sentencia C-481/1998, de 9 de septiembre, régimen disciplinario para docente.

Sentencia SU-476/1997, de 25 de septiembre, libertades ciudadanas.

Sentencia C-098/1996, de 7 de marzo, prevalencia de la Constitución Política.

Sentencia T-277/1996, de 20 de junio, medio de defensa judicial.

Sentencia T-477/1995, de 23 de octubre, nulidad por falta de notificación de tutela.

Sentencia T-037/1995, de 6 de febrero, homosexualidad en las Fuerzas Militares.

Sentencia T-290/1995, de 5 de julio, acción de tutela.

Sentencia T-569/1994, de 7 de diciembre, derecho a la educación.

Sentencia T-539/1994, de 30 de noviembre, homosexual.

Sentencia T-504/1994, de 8 de noviembre, registrador nacional del estado civil.

Sentencia T-097/1994, de 7 de marzo, juez de tutela.

Sentencia T-594/1993, de 15 de diciembre, derecho al libre desarrollo de la personalidad.

