

La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad
Un estudio comparado entre Italia y Colombia

*Todas las familias felices se parecen unas a otras;
pero cada familia infeliz tiene un motivo especial
para sentirse desgraciada.*

Lev Tolstói, Ana Karenina

Natalia Rueda

La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad

**Un estudio comparado
entre Italia y Colombia**

Universidad Externado de Colombia

Rueda Vallejo, Natalia Margarita

La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad : un estudio comparado entre Italia y Colombia / Natalia Rueda ; prólogo Inmaculada Vivas Tesón. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

531 páginas ; 21 cm. (Persona, familia y sociedad)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 465-532)

ISBN: 9789587903775

1. Responsabilidad civil – Legislación – Colombia 2. Responsabilidad civil – Legislación – Italia 3. Derecho de familia – Colombia 4. Derecho de familia – Italia 5. Derecho civil – Colombia I. Vivas Tesón, Inmaculada, prologuista II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

346.2 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MLVT.
junio de 2020

ISBN 978-958-790-377-5

© 2020, NATALIA RUEDA
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita
Composición: Álvaro Rodríguez
Impresión: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

A mi familia
A Fabio

CONTENIDO

PRÓLOGO	15
AGRADECIMIENTOS	21
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO I. SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL. ALGUNAS IDEAS PARA EL DERECHO COLOMBIANO	55
1.1. Una primera mirada a los problemas que rodean a la familia en Colombia	57
1.1.1. El caos de las definiciones y su incidencia en la determinación de los intereses relevantes	57
1.1.2. La revolución jurisprudencial en materia de familia en Colombia	70
1.1.3. La revolución que no fue: una primera mirada a la incapacidad de los derechos penal y civil para remediar ciertos daños	84
1.2. En la búsqueda de alternativas: la responsabilidad civil como herramienta de reconocimiento de nuevos intereses relevantes	90
1.2.1. Intereses protegidos en la familia: entre individualismo y solidaridad	94
1.2.2. La faceta ‘excluyente’ y ‘pretextuosa’ de la solidaridad	103
1.3. ¿Cómo armonizar la responsabilidad civil y el derecho de familia?	110
1.3.1. El <i>no derecho</i> y la autonomía de la familia como alternativa que puede enmascarar intereses	110

1.3.2.	Redacción de nuevas normas <i>ad hoc</i> como alternativa que reproduce el caos	114
1.3.3.	Aplicación de las reglas generales del derecho privado y su interpretación constitucional como forma de adaptar el derecho	117
1.4.	La inmunidad en las relaciones familiares como antecedente	129
1.4.1.	Un primer acercamiento a la inmunidad	129
1.4.2.	La inmunidad en el derecho positivo colombiano	133

CAPÍTULO II.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PARENTALES EN ITALIA: CUATRO EJEMPLOS	139
---	-----

2.1.	Violencias y abuso intrafamiliar	140
2.1.1.	Dificultades para la caracterización y sanción de las violencias	141
2.1.2.	<i>Ius corrigendi</i> , castigo y patria potestad como posibles fuentes de inmunidad frente a las violencias	148
2.1.3.	Las violencias y el derecho penal italiano	155
2.1.4.	Violencias, derecho de familia italiano y órdenes de protección contra los abusos familiares	162
2.1.5.	Diferencias entre las órdenes de protección y las medidas de protección en favor de los hijos	169
2.2.	Violación o incumplimiento de los deberes parentales	178
2.2.1.	Algunos criterios para la interpretación del contenido y alcance de los deberes parentales	180
2.2.2.	Deber de manutención	185
2.2.3.	Deber de educación y deber de instrucción	192
2.2.4.	Deber de asistencia moral	195
2.2.5.	Deber de garantizar el crecimiento en familia	196
2.2.6.	Deber de garantizar relaciones significativas con los parientes	197
2.2.7.	Deber de escuchar al hijo	200
2.2.8.	Caracterización del incumplimiento de los deberes parentales y remedios del derecho de familia	202

2.2.9. El derecho penal frente al incumplimiento de los deberes parentales	206
2.2.10. El art. 709-ter c.p.c.it. y el ingreso de la responsabilidad civil de los padres por daños intrafamiliares en el derecho positivo	208
2.3. Algunas consideraciones previas a la identificación de los daños relacionados con la filiación del hijo extramatrimonial en Italia	219
2.4. No reconocimiento del hijo extramatrimonial	223
2.4.1. Elementos necesarios para la configuración y valoración del daño	225
2.4.2. La privación de la relación parental como daño	227
2.4.3. La responsabilidad por el hecho de la procreación como elemento relevante para la atribución de responsabilidad civil	229
2.4.4. Responsabilidad civil del padre que se niega a reconocer al hijo extramatrimonial de quien conoce la existencia	234
2.4.5. Prescripción de la acción de responsabilidad civil	238
2.5. Impugnación del reconocimiento conscientemente falso y consiguiente abandono del reconocido	240
2.5.1. Interés legítimo del hijo falsamente reconocido	242
2.5.2. El reconocimiento conscientemente falso del hijo y su relevancia penal	246
2.5.3. La impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad y la contradicción sistemática que entraña	248
2.5.4. La buena fe como criterio de valoración de la conducta de quien reconoce	254
2.5.5. Configuración de la responsabilidad civil por el falso y consciente reconocimiento del hijo extramatrimonial	256

CAPÍTULO III.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PARENTALES EN COLOMBIA: CUATRO EJEMPLOS	267
---	-----

3.1. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad parental en el ordenamiento jurídico colombiano	268
---	-----

3.2. Violencias y abuso intrafamiliar	270
3.2.1. Dificultades para la caracterización y sanción de las violencias en Colombia	271
3.2.2. El rechazo a las violencias en las fuentes del derecho colombiano	281
3.2.3. Caracterización de la violencia intrafamiliar en Colombia	288
3.2.4. La indemnización de los daños producidos por violencia intrafamiliar sí conoce antecedentes en la legislación	291
3.2.5. La tímida irrupción de la jurisprudencia: la violencia como fuente de daños intrafamiliares	296
3.2.6. Medidas de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar	309
3.2.7. Violencia intrafamiliar y derecho penal	316
3.2.8. Violencia intrafamiliar y derecho de familia, infancia y adolescencia	324
3.3. Violación o incumplimiento de los deberes parentales	330
3.3.1. Los deberes parentales según el código civil: la veneración de la patria potestad	331
3.3.2. Los deberes parentales según el Código de Infancia y Adolescencia	339
3.3.3. Deber de crianza, custodia y cuidado personal	342
3.3.4. Deber de educación	344
3.3.5. Deber de manutención	347
3.3.6. Deber de corrección	348
3.3.7. Deber de protección	349
3.3.8. El derecho penal frente al incumplimiento de los deberes parentales	351
3.4. Algunas consideraciones previas a la identificación de los daños relacionados con la filiación del hijo extramatrimonial en Colombia	357
3.5. No reconocimiento del hijo extramarital	363
3.5.1. Aspectos generales sobre el reconocimiento: ¿existe un deber jurídico de reconocer al hijo?	364

3.5.2. El derecho civil frente al no reconocimiento de hijo extramarital	366
3.5.3. Responsabilidad civil por no reconocer al hijo extramarital	368
3.6. Impugnación del reconocimiento conscientemente falso y consiguiente abandono del reconocido	371
3.6.1. Falso reconocimiento y derecho penal	372
3.6.2. Falso reconocimiento y derecho civil: impugnación y perjuicios según la jurisprudencia	374
3.6.3. Las contradicciones del ordenamiento: la certeza del estado civil en perjuicio de los hijos	377

CAPÍTULO IV.

HACIA UN NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS INTRAFAMILIARES: LA RESPONSABILIDAD POR LA CONCEPCIÓN COMO FUNDAMENTO PARA SUPERAR LA INMUNIDAD	383
--	-----

4.1. Comparación crítica a partir de un elemento compartido: la ineficacia e insuficiencia de los remedios del derecho especial	384
4.1.1. Derecho penal y populismo punitivo: prevención, alternatividad de las penas y conciliación como puntos críticos	385
4.1.2. Derecho civil y derecho de familia: la inmunidad como regla no escrita	404
4.2. Contribución para un nuevo tratamiento de los daños intrafamiliares en las relaciones paternofiliales: responsabilidad por la concepción y nuevas funciones de los remedios	420
4.2.1. Hacia una nueva lectura del rol parental a partir de principios: responsabilidad por la concepción, autorresponsabilidad y buena fe	421
4.2.2. Algunas recomendaciones específicas: hacia la integralidad de los remedios y el enfoque diferencial	437

BIBLIOGRAFÍA	459
--------------	-----

PRÓLOGO

Prologar una obra es una labor que siempre me llena de satisfacción, a la cual acompaña un sentimiento de gran responsabilidad. Podría decirse que las breves palabras de apertura de un excelente libro son como esos delicados entremeses que ofrecemos en casa a nuestros invitados antes de que pasen a deleitar exquisitos manjares cuidadosamente elaborados para la ocasión.

Debo comenzar por felicitar al lector por la excelente elección realizada. No se arrepentirá, se lo aseguro.

A continuación quisiera expresar mi más profundo agradecimiento a su autora, la profesora Natalia Rueda, a quien el destino me unió hace unos años; uno de esos bonitos regalos que me tenía reservada la vida.

La necesidad y la importancia de esta obra para un civilista están fuera de toda duda. La temática que en ella se aborda reviste notable interés: la responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad o, dicho de otro modo, el resarcimiento del daño causado por los padres a sus hijos.

Es innegable que el Derecho de Familia ha venido experimentando, en los últimos treinta años y a tenor de las mutables exigencias sociales, profundos cambios, tanto desde el plano legislativo y doctrinal como desde el jurisprudencial, guiados por el objetivo de proteger, en las relaciones familiares (tanto horizontales como verticales), ya no el interés superior de la familia, sino el interés de la persona en la familia. En esta línea evolutiva, puede de-

tectarse, claramente, cómo el modelo familia-institución (presidido por el principio de unidad jurídica de la familia) ha sido sustituido por el de familia-comunidad, en el cual los intereses merecedores de protección se identifican con los intereses individuales y solidarios de todos sus componentes.

Bajo tal óptica, la creciente preocupación por la tutela efectiva de la persona ha penetrado también *intra muros* de la familia, de modo que la violación de deberes conyugales o de pareja, o bien de los paterno-filiales que, por su gravedad, puedan lesionar derechos fundamentales del cónyuge, pareja o hijos, plantea la posibilidad de reclamar, en el ámbito civil (además de lo que en otros corresponda), la responsabilidad extracontractual o aquiliana con el fin de resarcir tal daño intrafamiliar.

De esta manera, nos encontramos con la aplicación de la terminología, los esquemas y los remedios específicos del Derecho de Daños al Derecho de Familia, caracterizado, tradicionalmente, por su peculiaridad, impermeabilidad y autosuficiencia como si de un autónomo *corpus iuris* se tratase; las reclamaciones indemnizatorias entre seres queridos; lo puramente económico mezclado con lo romántico, afectivo y sentimental; sin duda, una insólita combinación, más desconocida en España y Colombia que en otros países de nuestra misma familia jurídica que también siguieron la estela del *Code* napoleónico, como es el caso de Italia.

El Derecho de Familia es, indudablemente, la parte del Derecho civil más humana. Es el Derecho de los afectos, de las emociones, de las aspiraciones, de los deseos, de las profundas convicciones o creencias personales éticas o religiosas de la persona en su encuentro con otra u otras. Sin embargo, cuando la armonía familiar resulta considerablemente alterada por sus propios integrantes mediante conductas lesivas de derechos fundamentales de otro ser querido, se plantea la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados y sufridos dentro del círculo

doméstico de la familia, no bastando, por tanto, el mero reproche de carácter moral o social.

Ciertamente, causa enorme perplejidad poner en conexión los términos “responsabilidad civil extracontractual” y “familia” cuando agente dañoso y víctima son personas acostumbradas a quererse. Sin embargo, no por ello el recurso indemnizatorio debe ser excluido entre los integrantes de un mismo grupo familiar, pues quedarían, consiguientemente, impunes tales ilícitos civiles sobre la base de una suerte de “inmunidad intrafamiliar”, esto es, daño sin responsabilidad.

A la vieja *Lex Aquilia* puede recurrirse ante ciertas lesiones intrafamiliares (debidas a sentimientos de rencor, ira, odio, desprecio, envidia, venganza, etc.), como las derivadas de la violación de deberes de ayuda moral y material entre familiares, en especial si tienen alguna discapacidad; continuas ofensas y agresiones a la dignidad del otro cónyuge; impago de pensión alimenticia a un hijo; daño a los hijos por parte de un progenitor que, tras la ruptura parental, denigra al otro; negativa a reconocer a un hijo; desconocimiento de la verdadera paternidad de un hijo por parte del marido y supuesto padre; ocultación y transmisión de enfermedades venéreas; concepción y nacimiento de un hijo enfermo, a sabiendas del carácter hereditario de su enfermedad o daños prenatales provocados por el consumo de alcohol, estupefacientes o mala nutrición de la madre durante el embarazo; intromisión arbitraria en las comunicaciones de familiares; interrupción del embarazo decidida individualmente por la madre sin consultar previamente a su pareja; obstaculización por parte de los padres a sus hijos al adecuado desarrollo de su identidad sexual, etc.

Estas y otras muchas hipótesis imaginables de daños al familiar más vulnerable o débil por el que se cree más fuerte son, sin duda, de muy variada índole, si bien presentan un denominador común: existencia de un daño (patrimonial o no patrimonial) injusto que, por una u otra razón, escapa

a los remedios típicos del Derecho de Familia y, tal vez por ello, el indemnizatorio pueda adecuadamente repararlos. El *neminem laedere* ha de encontrar necesario encaje en el seno de la vida familiar, de modo que el que ha causado un daño injusto a otra persona, con independencia de su *status* familiar, debe repararlo.

Ante tan vasta problemática, la autora acota su estudio a los supuestos de daños intrafamiliares que causan los padres a sus hijos y, en concreto, centra su atención en cuatro conductas ilícitas: la violencia y abuso; el incumplimiento o violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental; la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial; y el reconocimiento conscientemente falso. Durante décadas las leyes han sido hechas por y para adultos; han sido y siguen siendo indiscutiblemente adultocéntricas. Pero no se olvide que la dignidad, que también poseen todos los niños, niñas y adolescentes, constituye el parámetro esencial que permite identificar toda lesión de derechos humanos, de modo que es evidente que no existen vulneraciones de derechos tolerables o intolerables dependiendo de quién sea el titular. La lectura exclusivamente adultocéntrica del conflicto familiar impera todavía hoy en nuestros sistemas jurídicos.

La doctora Natalia Rueda pone negro sobre blanco sus muchos y profundos conocimientos sobre la materia. Y lo hace con enorme rigurosidad, asombrosa sencillez y extraordinaria sensibilidad, lo que resulta realmente llamativo por su juventud, pero no por su innegable vocación científica y su sólida formación académica. Tras unas páginas introductorias, muy necesarias para que el lector logre situarse adecuadamente ante la problemática en estudio, la obra se estructura en cuatro capítulos (cuyo contenido permítaseme no desvelar), seguidos de un vasto anexo bibliográfico. El absoluto dominio de la metodología comparada entre los ordenamientos italiano y colombiano, el elevado interés que revisten las propuestas *de lege ferenda* tan necesarias para el

abordaje jurídico de la problemática en Colombia, junto a un rico y exquisito manejo de fuentes, hacen de este brillante trabajo una obra de imprescindible lectura para un jurista.

En fin, apreciado lector, tiene en sus manos una sólida y rigurosa obra monográfica que, con tino, contribuye al progreso social, lo que, a mi entender, constituye la esencia de nuestro amado oficio universitario. Por ello, quiero dejar constancia expresa de mi enorme gratitud y de mi sincero reconocimiento a una jurista que aúna sapiencia, valentía y firmeza.

En Sevilla, a 20 de marzo de 2020

Inmaculada Vivas Tesón
Catedrática (acreditada) de Derecho civil
Universidad de Sevilla (España)

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no habría visto la luz de no ser por el apoyo moral y material de muchas personas que me acompañaron a lo largo de toda mi formación académica y personal.

Quiero agradecer al Dipartimento di Giurisprudenza de la Università di Pisa, que financió mi formación doctoral durante tres años y cuyos profesores me abrieron las puertas para hacer investigación con una libertad inigualable y me ofrecieron su apoyo generoso, permitiéndome sentir, aun hoy, en casa. En particular, agradezco la generosidad y el cariño de las profesoras Emanuela Navarretta, Elena Bargelli y Valentina Calderai y de los profesores Alessandro Cassarino, Andrea Landi y Aldo Petrucci. Adicionalmente, agradezco profundamente al maestro Francesco D. Busnelli, de la Scuola Superiore Sant'Anna, por su generosidad inagotable y por sus útiles consejos, que espero haber recogido y plasmado en este trabajo. Mi reconocimiento especial a Chiara Favilli, quien me acompañó durante todo el proceso de investigación y escritura, por su paciencia para leerme y para explicarme las particularidades del derecho italiano que, como extranjera, escapaban a mi comprensión; por creer en mí y estimularme en cada conversación; por sus ideas generosas; por su apoyo infinito y por sus correcciones a mi trabajo.

De igual manera, agradezco el apoyo generoso de la Universidad Externado de Colombia, que financió una parte de mi formación doctoral; a su rector; al director del

Departamento de Derecho Civil, profesor Felipe Navia, y a los profesores Milagros Koteich y Édgar Cortés, por su apoyo personal y profesional incondicional desde el comienzo de mi formación académica.

Al Molengraaff Instituut voor Privaatrecht de la Universiteit Utrecht, y al Utrecht Centre for European Research into Family Law, en donde adelanté parte de la investigación plasmada en este libro. En particular, a la profesora Wendy Schrama por su orientación generosa y pertinente.

A los evaluadores de mi tesis doctoral, profesores Inmaculada Vivas Tesón, Mirzia Bianca, Michele Sesta y Jan Peter Schmidt, quien también fue miembro del jurado evaluador, junto a los profesores Luigi Balestra y Édgar Cortés, por todas sus pertinentes observaciones y preguntas. A Inmaculada Vivas también agradezco por lo que, en mi criterio, es la mejor parte de este libro, el prólogo. Este libro es una adaptación de la tesis doctoral *Responsabilidad civil de los padres por los daños causados a sus hijos: de la experiencia italiana a los daños intrafamiliares en derecho colombiano*, terminada el 31 de octubre de 2018 y defendida el 24 de junio de 2019 en la Università di Pisa.

Finalmente, agradezco a mi familia y amigos, tanto en Italia como en Colombia y Holanda, por su amor, compañía, apoyo incondicional, confianza, generosidad y paciencia.

A ti, Fabio, por lo que dijo Calvino.

INTRODUCCIÓN

El derecho colombiano aún no ha afrontado de manera sistemática el problema de la indemnización de los daños en las relaciones familiares, esto es, cuando quien causa el daño y la víctima pertenecen a la misma familia.

Esta investigación parte de esta constatación para examinar las posibles interferencias entre la responsabilidad civil y el derecho de familia en un contexto privado de reglas que excluyan la indemnización de este tipo de daños, o de precedentes que permitan identificar la naturaleza del daño o las reglas para su reparación.

Ahora bien, la indemnización del daño intrafamiliar eleva una serie de cuestiones específicas. En particular, requiere una sensibilidad particular: exige, por parte del derecho y de los remedios que este ofrece, el respeto de un delicado equilibrio entre distintos intereses que entran en conflicto en un contexto de comunidad: la familia. En otras palabras, la indemnización como remedio debe coordinarse con los remedios del derecho de familia, menos drásticos en relación con la armonía y la unidad familiar, o del derecho penal.

De hecho, la primera exigencia que la interferencia entre el derecho de familia y la responsabilidad civil hace es justamente la de mantener el equilibrio entre los intereses familiares y la tutela de la víctima. Es más, en presencia de un ilícito que involucre al cónyuge o un hijo es necesario remediar no solo las consecuencias nocivas, sino también

la situación que condujo a la producción del daño. En ese sentido, cabe preguntarse si, frente a un daño intrafamiliar, el derecho debe intervenir más allá del derecho de familia y las sanciones del derecho penal. Y, en caso de respuesta positiva, ¿cómo?

La respuesta a esta pregunta no es tan fácil, pero encontrarla será el objetivo principal de este trabajo. Al final se verá que los caminos pueden ser distintos, pero la finalidad es justamente la de trazar un recorrido que parta de la premisa que dio vida a esta investigación: es necesario que en Colombia se reconozca e indemnice el daño intrafamiliar.

Con relación a dicho propósito, el esquema de los remedios puede ser tan variopinto que intuitivamente no se piense de inmediato en la responsabilidad civil. En realidad, cuando se trata de relaciones ligadas a la autoridad parental, el derecho de familia y el derecho penal aparecen como instrumentos útiles, aunque no siempre suficientes. Por ello, esta investigación pretende llamar la atención sobre su utilidad, aunque señalando los aspectos críticos, referidos, sobre todo, a su incapacidad para satisfacer de manera plena los intereses de las víctimas y de cumplir funciones distintas a la punitiva. Bajo esa lógica, la responsabilidad civil surge como un medio idóneo.

Sin embargo, el recurso al remedio indemnizatorio encuentra resistencia en el ordenamiento colombiano. Así, uno de los objetivos de este trabajo de investigación es demostrar la idoneidad de la responsabilidad civil para remediar los daños intrafamiliares. Ciertamente, esta afirmación implica la discusión de algunas cuestiones relacionadas, por lo que se examinarán las problemáticas asociadas a la interacción entre el derecho de familia y la responsabilidad civil, para demostrar que son puntos críticos, pero que se pueden resolver. Se reflexionará, por ejemplo, sobre la idoneidad del remedio indemnizatorio frente a la insuficiencia de los demás remedios, partiendo de las críticas de la doctrina y la jurisprudencia.

Todo ello se analizará con referencia a la naturaleza mutable de la familia y de la realidad, así como a la necesidad efectiva de adaptación del derecho. Se pondrán en evidencia aspectos cruciales como: la exigencia de equilibrio entre los intereses del grupo y los intereses individuales; la necesidad de adoptar un enfoque que considere las diferencias de género y de edad; la necesidad de superar la visión patriarcal de la familia; la necesidad de promover una maternidad y paternidad responsables; y las posibles formas de interacción entre el derecho de familia, el derecho penal y la responsabilidad civil.

Es indudable que en este contexto no se puede omitir la necesidad de ponderar la pretensión resarcitoria con las funciones de los remedios alternativos y la *ratio* de la intervención del legislador respecto de las relaciones familiares. Así las cosas, uno de los retos de admitir la entrada en juego de la responsabilidad civil en la familia es el de superar los límites de la compensación en busca de otros objetivos, como la prevención o la disuasión, respetando, allí donde sea posible y útil, los intereses de la víctima y, en caso de relaciones de filiación, manteniendo el vínculo parental si es posible.

En consecuencia, la propuesta de las líneas guía considerará la premisa ya señalada; y aunque parta del presupuesto de la utilidad del remedio indemnizatorio, este será puesto en discusión para ampliar el espectro a otras medidas que puedan, en ciertos contextos, satisfacer del mejor modo posible los intereses de la víctima, respondiendo a cuestiones como: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad de los padres?, ¿cuáles son los parámetros de adecuación de la conducta de los padres?, ¿deben indemnizar los daños causados a los hijos?, ¿de qué modo?, ¿con qué finalidad?

Para poder cumplir este propósito, y considerando la falta de recursos en la literatura jurídica colombiana, la discusión será alimentada por el estudio de un ordenamiento

foráneo: el italiano. Adelante se explicarán los motivos de dicha elección.

Ahora bien, con base en la metodología comparada, este análisis propone encontrar las similitudes y las diferencias, los principios uniformes o diferentes, así como los aspectos concordantes o discordantes de los enfoques al daño intrafamiliar en las relaciones entre padres e hijos en los ordenamientos italiano y colombiano. Esto implica el estudio de la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad civil; en particular, el daño resarcible y las posibles formas de reparación, considerando también la posibilidad de acudir o no a instrumentos extrajudiciales para resolver las controversias de este tipo¹, o de reconocer

-
- 1 Algunos autores resaltan la eficacia de instrumentos como la mediación para resolver la crisis familiar, y dedican obras monográficas al problema; es el caso de I. PUPOLIZIO, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2007; C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Collana del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Pisa 11, Torino, Giappichelli, 2015, 253 ss. En el caso colombiano el ordenamiento privilegia los mecanismos alternativos de solución de controversias, con la disposición de una serie de estructuras, públicas y privadas, dedicadas de manera exclusiva a la prestación de este servicio público. Todas ellas hacen parte del Programa Nacional de Conciliación, programa estatal para promover los mecanismos alternativos de solución de controversias. Según la *Encuesta nacional de necesidades jurídicas insatisfechas*, publicada en 2013, y en la que se pretendía verificar el nivel de satisfacción de las necesidades jurídicas en las principales instituciones para la conciliación y la mediación, el 79 % de los encuestados admitía tener conflictos en un determinado ámbito de su vida. De estos, el 37,5 % señalaba que los conflictos se presentaban en la familia y el 78,3 % respondió haber acudido a una autoridad estatal (el 75,7 %) o a un particular (el 26,5 %). Esto demuestra la necesidad real de instrumentos para aliviar la crisis familiar, razón por la cual se justifica la institucionalización de la conciliación como mecanismo eficiente para reducir la congestión judicial, con la satisfacción de los intereses de los sujetos involucrados, entre otras cosas, por la posibilidad de hacer uso de ella sin que sea necesaria la presencia de un abogado, así como por la reducción de los costos. Véase el informe técnico en http://conciliacion.gov.co/portal/Portals/0/IN-DI-048_POBLACION_USUARIOS_FNCCB.pdf [consultado el 11 de septiembre de 2018].
- El modelo colombiano es interesante porque funciona a partir de la lógica de la delegación de funciones de la administración de justicia, también a particulares, promoviendo el diálogo como mecanismo autónomo de solu-

formas alternativas de reparación². De igual manera, es necesario identificar el criterio de imputación de la responsabilidad y el nexo de causalidad entre el hecho dañino y el perjuicio causado.

El principal propósito es contribuir a un mejor conocimiento de los modelos en el reconocimiento de la pluralidad y de la diversidad. En fin, en relación con el derecho colombiano, esta investigación pretende sugerir las bases para la interpretación de los daños intrafamiliares en el respeto de las exigencias sociales de igualdad material.

La investigación se hace por medio de un análisis comparado de doctrina, legislación y jurisprudencia, de la responsabilidad civil por los daños en las relaciones de filiación, limitada a los daños que causan los padres a sus hijos, pero también de los remedios dispuestos por el derecho de familia y por el derecho penal. Considerando

ción de conflictos. En ese sentido, ofrece también la ventaja de hacer sentir a las partes que están siendo respaldadas por el ordenamiento, pero sin los tortuosos procedimientos judiciales. Esto se desarrollará con más detenimiento adelante; por ahora baste decir que la conciliación “es un mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas, naturales o jurídicas, de carácter privado o público, nacionales o extranjeras, gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” (definición tomada de <http://www.minjusticia.gov.co/MASC/-Qu%C3%A9-es-Conciliaci%C3%B3n-en-Derecho>) y su importancia radica en sus efectos desde el punto de vista procesal, pues el acuerdo presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998) y es requisito de procedibilidad de la demanda, pues, en caso de que no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial, esta será inadmitida con el consiguiente rechazo si en el curso de los cinco días siguientes no se subsana el defecto (art. 90 c.g.p.). Adicionalmente, durante el proceso, en la audiencia previa al inicio de la etapa probatoria es obligatorio para el juez exhortar a las partes a conciliar sus diferencias proponiendo fórmulas de acuerdo, sin que comporte prejuzgamiento (arts. 101 c.p.c. y 372.6 c.g.p., y 38 Ley 640 de 2001).

- 2 Aplicando así los llamados *emotional remedies* a los que se refieren B. SHMUELL, “Tort Litigation Between Spouses: Let’s Meet Somewhere in the Middle”, *Harvard Negotiation Law Review* 15, 2010, 195-259; R. SCHUZ y B. SHMUELL, “Between Tort Law, Contract Law, and Child Law: How to compensate the Left-behind Parent in International Child Abduction Cases”, *Columbia Journal of Gender and Law* 23, n.º 1, 2012, 65-131.

la jurisprudencia italiana y su eventual comparabilidad con el derecho colombiano, las hipótesis de conductas ilícitas que se van a estudiar son: la violencia y el abuso; el incumplimiento o violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental; la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial; y el reconocimiento conscientemente falso. Si bien es cierto que las conductas ilícitas son muchas más, el objetivo de limitar el estudio a estos cuatro casos es el de extraer elementos comunes que permitan hacer un análisis sistemático del daño intrafamiliar causado por los padres.

Los objetivos son, entonces: i) analizar cómo remedia el derecho italiano el daño intrafamiliar causado por los padres, para encontrar una fuente de inspiración para una eventual respuesta a la ineficacia de los remedios en Colombia; en consecuencia, ii) determinar cómo administran en la práctica las autoridades las situaciones en las que los padres causan daños a sus hijos, a fin de demostrar la insuficiencia de los remedios del derecho de familia colombiano para satisfacer los intereses de la víctima; y, en fin, iii) hacer una comparación y valoración de los dos sistemas, con el propósito de definir posibles líneas guía de interpretación de los remedios ya existentes en el derecho de familia colombiano, que pueda contribuir a la indemnización del daño intrafamiliar; pero también mostrar los aspectos críticos del ordenamiento italiano.

Para alcanzar dichos objetivos se hace imperativo hacer uso de una metodología de comprobada utilidad, cual es la comparación jurídica. A continuación, se explicarán las razones de orden práctico y teórico que motivan esta elección.

La idea de dedicar un estudio a las posibles interferencias entre responsabilidad civil y derecho de familia nace de la consideración de que el derecho colombiano no ha afrontado la problemática de la indemnización de los daños intrafamiliares. Por lo mismo es necesario partir de los elementos de reflexión que ofrecen otras experiencias para,

con base en ello, construir una propuesta de aplicación de las reglas indemnizatorias de los daños intrafamiliares. Así pues, esta investigación se enmarca en un análisis de derecho comparado, visto y utilizado como un instrumento de investigación útil para conocer el propio sistema y proponer soluciones a partir del conocimiento de otros sistemas.

Que el derecho colombiano sea heredero del *Code Napoléon* y, en consecuencia, tenga sus raíces en el derecho romano ofrece ya un marco de referencia en relación con la elección del sistema con el cual compararlo: el derecho continental³. Esto es así porque, aunque en principio cualquier sistema es idóneo para un ejercicio comparativo, desde el punto de vista metodológico se vuelve absolutamente necesario hacer una elección, delinear los límites de la investigación⁴. En ese sentido, parece oportuno servirse de un

3 La doctrina colombiana ya ha señalado que no hay mayores diferencias entre el derecho latinoamericano y el derecho continental europeo, además del dato geográfico, justamente porque la tradición es la misma: “El derecho de América Latina ha sido, aun desde antes del proceso de independencia que llevó al nacimiento de las nuevas naciones y del movimiento codificador del siglo XIX, un derecho de raigambre romano-germánica: nos formamos en él, y lo hemos seguido viviendo, independientemente de qué tan genuinamente”; la historia de nuestro derecho moderno se remonta al mismo momento del nacimiento de la tradición romanista, con los glosadores que estudiaron los códigos de Justiniano, y no a la recepción o influencia de los códigos europeos en el siglo XIX. La expresión derecho continental europeo es equivalente a la expresión derecho latinoamericano, expresiones que no describen otra cosa que un dato puramente geográfico: E. CORTÉS, “La influencia del derecho italiano en Colombia”, en E. González de Cancino, F. Navia Arroyo y E. Cortés (eds.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 21. Una versión de este texto se publicó también en italiano: E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, en S. Lanni y P. Sirena (eds.), *Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano fuori dell’Europa*, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 167-77.

4 En relación con la metodología del derecho comparado, se sugiere, entre muchos otros, el estudio de A. FERRANTE, “Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2, 2016, 601-18; J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015; P. G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative*

ordenamiento que tenga la misma raíz, fundamentalmente porque facilitaría la operatividad de las reglas que puedan emerger. Con esta afirmación no se quiere desconocer el mérito de una eventual comparación con sistemas distintos, como los de *common law* o de derecho islámico, pues un ejercicio en tal sentido podría dar muchas luces sobre aspectos que no se ven a primera vista, pero que podrían enriquecer el ordenamiento de referencia, dadas las diferencias propias del pluralismo jurídico⁵. Sin embargo, considerando la necesidad imperiosa de elegir para limitar, se ha decidido reunir los ordenamientos de derecho continental europeo no son solo por las raíces comunes, sino también por un recorrido de intercambio que aún tiene lugar, sobre todo en materias como la responsabilidad civil⁶.

Law, Research handbooks in comparative law, Cheltenham, U.K. - Northampton, MA, Edward Elgar Pub, 2012; M. ODERKERK, "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research", *Netherlands International Law Review* 48, n.º 3, 2001, 293-318, <https://doi.org/10.1017/S0165070X00001340>; M. ODERKERK, "The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research - Sense and Nonsense of 'Methodological Pluralism' in Comparative Law", *Rabels Zeitschrift Fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht* 79, n.º 3, 2015, 589-623, <https://doi.org/10.1628/003372515X14339403063927>; M. VAN HOECKE, "Methodology of Comparative Legal Research", *Law and Method*, 2015, 1-35, <https://doi.org/10.5553/REM/.000010>

- 5 "[L]a comparación no comporta, necesariamente, una valoración, positiva o negativa, favorable o crítica de las instituciones ajenas. [S]in embargo, se puede observar que la costumbre de reflexionar sobre la multiplicidad de modelos jurídicos lleva a no desconocer el carácter natural y legítimo del pluralismo cultural y jurídico; y a sanar al jurista del comportamiento (instintivo y espontáneo, pero anti-científico) de quien interpreta el universo a luz de la centralidad de la propia cultura. Este punto de vista engañoso lo han conocido (y se están curando) los europeos continentales, un tiempo convencidos de la superioridad de los sistemas romanistas, y los euroamericanos, convencidos de la inferioridad del derecho de los pueblos sin escritura": R. SACCO y P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, San Mauro Torinese, UTET, 2015, 5. Todas las traducciones de textos en idiomas extranjeros son propias.
- 6 Un buen ejemplo lo ofrece M. KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, quien dedica los primeros capítulos a describir la influencia del derecho de daños francés e italiano,

Sin embargo, hacer referencia a los ordenamientos del sistema continental europeo resulta una hipótesis tan amplia que no es posible agotarla en esta investigación. Por lo que resulta pertinente reducir el ámbito de la investigación a un solo sistema, pensando en un ordenamiento que tenga una tradición en materia de resarcimiento de los daños intrafamiliares, que enriquezca el estudio del problema en Colombia, ofreciendo soluciones que no sean tan evidentes a los ojos de los juristas y de los jueces colombianos. Dichas soluciones, valoradas de manera crítica a la luz de las diferencias entre los contextos, contribuirán a la construcción de una propuesta de reglamentación o de las reglas interpretativas para el ordenamiento colombiano.

En ese sentido, el estudio prevé al menos dos etapas. En un primer momento, el análisis de los ordenamientos escogidos, esto es, de los datos que emergen de la normativa, de la doctrina y de la jurisprudencia. Luego de ello, la comparación de estos y la eventual propuesta de solución del problema en Colombia, así como la investigación de posibles propuestas para el otro ordenamiento comparado. En este análisis entonces la comparación es, a un mismo tiempo, medio y fin, sirve para tomar conciencia de los instrumentos y de los límites del ordenamiento colombiano, para hacer una valoración crítica⁷, por lo que no se sugerirá la importación ciega de figuras, categorías o reglas de inter-

especialmente en relación con el daño no patrimonial, en la jurisprudencia colombiana. Ver también M. C. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, *Tipología y reparación del daño no patrimonial: situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- 7 Escuchando el llamado de CORTÉS, "La influencia del derecho italiano en Colombia", cit., 22-23, según el cual, el problema del jurista latinoamericano "no ha sido tanto uno de imitación de la cultura europea; el problema, más bien, ha sido la forma en que se ha asimilado esa cultura, si se entiende asimilación como comprensión de lo que se aprende para incorporarlo a los conocimientos previos, como aprendizaje fructífero de nociones y de conceptos. ¿Hay recepción o influencia sin asimilación?, ¿sin crítica? La asimilación requiere

pretación, sino que se utilizarán para tomar inspiración de lo que resulte coherente con el derecho colombiano.

En otras palabras, la propuesta inicial consiste en hacer un acercamiento a un problema no resuelto, aunque no por ello inexistente o no importante, a partir de la metodología comparada, cuyo mérito emerge con mayor decisión justamente cuando se utiliza con un espíritu crítico, pues conduce a cambiar la perspectiva de análisis de los problemas del propio sistema:

Las soluciones del propio sistema legal, que parecen naturales y evidentes, pueden aparecer bajo una nueva luz en comparación con las soluciones en otros sistemas; entonces es más fácil asumir una visión crítica de su verdad evidente y concebir sus debilidades y fortalezas con mayor prudencia. Además, la influencia extranjera en el propio sistema legal se hace visible y, por lo tanto, se puede enfrentar mediante una evaluación consciente y crítica. La comparación a menudo funciona como una revelación cultural legal, es decir, demuestra al comparatista algo crucial sobre el derecho de una manera sorprendente⁸.

De allí que para esta comparación no se parte de la idea de escoger los ordenamientos a comparar a partir de las similitudes, pues incluso escoger un ordenamiento que se reputa similar no impide reconocer también las diferencias. De hecho, dado que en principio no es posible saber lo que se encontrará, la tarea principal es la de recoger los datos de la comparación, para luego determinar cuáles son los elementos concordantes y cuáles los discordantes⁹, de ma-

de una fuerza cultural del receptor capaz de acoger o no conscientemente lo que le llega”.

8 J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., 59.

9 Como lo recuerdan SACCO y ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 6: “La comparación no debe preseleccionar aquello que encontrará. Podrá encontrar concordancias, principios (más o menos trascendentales) uniformes, podrá

nera que se establezca cuáles pueden ser las lecciones por aprender y tomar el camino solos, pero con la experiencia adquirida del ordenamiento comparado. En ese sentido, dichas diferencias se tomarán como elementos de contraste y comparación en la medida en que puedan resultar útiles e ilustrativas para valorar con espíritu crítico ambos ordenamientos, y así contribuir al conocimiento recíproco¹⁰. Este ejercicio es particularmente útil en el ámbito del derecho de familia, sobre el que se ha dicho que

Presuntamente, las diferencias siempre se pueden detectar, pero no deben verse solamente como conflictivas, incompatibles o irreconciliables, sino que, en vista del resultado final, también pueden clasificarse como casi iguales, como puentes de comunicación y como fuentes de inspiración. Al aventurarse en el derecho de familia comparativo, deben evitarse la mentalidad estrecha y los prejuicios. En cambio, se requiere apertura, neutralidad, curiosidad y flexibilidad¹¹.

Con esto se quiere afirmar, entonces, que la escogencia del ordenamiento de referencia no está orientada por la semejanza absoluta con el ordenamiento colombiano, pues sería imposible. En ese sentido, el ordenamiento al que se

encontrar núcleos comunes. Debe estar preparada a encontrar discordancias, principios contrapuestos, núcleos diversificados. O podrá encontrar reglas instrumentales no coincidentes, capaces de crear diferencias más o menos profundas en los estratos menos visibles del ordenamiento. Puede encontrar aspectos idénticos o diversidad. [L]a comparación presupone, evidentemente, una pluralidad de modelos jurídicos; busca y establece, en qué medida los modelos son uniformes, y en qué medida son distintos: visto que la uniformidad de dos modelos puede estar representada con la idea de una diferencia igual a cero, la comparación consiste en medir las diferencias que existen entre una multiplicidad de modelos jurídicos”.

10 Cfr. R. SEFTON GREEN, “Compare and Contrast: Monstre à deux têtes”, *Revue internationale de droit comparé* 54, n.º 1, 2002, 85-95, <https://doi.org/10.3406/ridc.2002.17849>

11 K. BOELE-WOELKI, “What Comparative Family Law Should Entail”, *Utrecht Law Review* 4, n.º 2, 2008, 24.

consideró preferible hacer referencia en materia de indemnización de los daños intrafamiliares es el ordenamiento italiano. Dicha elección responde a distintas motivaciones, algunas de carácter práctico, como se verá a continuación.

El primer motivo para escogerlo deriva de lo ya dicho, es decir, la compatibilidad y la afinidad naturales entre el derecho italiano y el colombiano. Estos comparten las raíces históricas, pero también el estilo de los ordenamientos, los principios que están en la base del derecho y de la sociedad misma, la concepción del Estado y del derecho, sus *afinidades electivas*¹².

Dichas afinidades han conducido a la creación y fortalecimiento de un constante y proficuo intercambio académico y legal entre los dos ordenamientos¹³, que constituye el segundo motivo que justifica una comparación entre ambos. Esa tradición ha arrojado como resultado una fuerte influencia de categorías jurídicas propias del derecho italiano en el colombiano desde la segunda posguerra y gracias, principalmente, a la promulgación del código civil italiano¹⁴. Es

12 Para tomar prestadas las palabras de Goethe de las que se vale CORTÉS, “La influencia del derecho italiano en Colombia”, cit., 26-27, para describir la *sintonía y simpatía* entre el derecho italiano y el colombiano

13 Intercambio que describe ampliamente tanto la doctrina italiana como la colombiana. Valga pensar, entre muchos otros, en los trabajos de S. LANNI, “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Milano, UTET Giuridica, 2016; S. SCHIPANI, “Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema”, en S. Lanni y P. Sirena (eds.), *Il modello giuridico -scientifico e legislativo-italiano fuori dell’Europa*, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 339-76; R. MÍGUEZ NÚÑEZ, “Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco”, *Revista chilena de derecho privado* 17, 2011, 193-226. En Colombia, además del trabajo ya referido de Cortés, F. HINESTROSA, “Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, 2008, Presentación de la traducción al español (de F. Hinestrosa y E. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009) de la obra *Diritto civile*, 3, *Il contratto* de C.M. Bianca. También F. HINESTROSA, “Notas sobre la historia del derecho de familia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 38, 2020, 5-14, <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.01>

14 CORTÉS, “La influencia del derecho italiano en Colombia”, cit., 23-25.

una influencia que se ha concretado de forma evidente en el libro IV del código de comercio colombiano, relativo a los contratos e inspirado en el libro IV del código civil italiano de 1942; pero también en materia de responsabilidad civil, con especial referencia a los daños no patrimoniales, ámbito en el que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido de manera explícita la fuente de inspiración de ciertas categorías de daño reconocidas e indemnizadas o de ciertas reglas de aplicación: el derecho italiano¹⁵. Siguiendo la ruta trazada por generaciones de juristas, esta investigación pretende justamente reiterar la compatibilidad en materia de responsabilidad civil, en este caso, referida a los daños que pueden causar los padres a sus hijos.

En ese sentido, la influencia en relación con los daños no patrimoniales se refleja en múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia colombiana que ya en la década de los sesenta hablaba de daño a la vida de relación, de daño a la persona y a los bienes de la personalidad. Más adelante, también en la jurisprudencia contencioso-administrativa se habló de daño biológico, daño existencial, daño a la salud y se consideró el cálculo de la reparación por medio de tablas jurisprudenciales como alternativa útil para la indemnización del daño a la persona. Si bien sobre este tema no se ha llegado a una respuesta pacífica o consensuada en la jurisprudencia colombiana, es innegable la influencia, concretada en la citación directa de jurisprudencia italiana o por referencia de la doctrina¹⁶. Adicionalmente, la influencia del derecho italiano de la responsabilidad civil en América

15 Esto lo destacan los trabajos de S. LANNI, "La diffusione dell'esperienza giuridica italiana di tutela del consumatore in America Latina", en S. Lanni y P. Sirena (eds.), *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dell'Europa*, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 279, 281; CORTÉS, "La influencia del derecho italiano en Colombia", cit., 29.

16 CORTÉS, "La influencia del derecho italiano en Colombia", cit., 29.

Latina y, en concreto, en Colombia la demuestran también la publicación de trabajos de derecho comparado y la realización de tesis doctorales que, mediante el análisis y estudio de la responsabilidad civil en Italia, han contribuido a la creación de una doctrina nacional, y que son citados siempre con mayor frecuencia en la jurisprudencia de casación y la contencioso-administrativa¹⁷.

El tercer aspecto que justifica una comparación entre Italia y Colombia se desprende del anterior: el contexto de evolución de los dos ordenamientos, con especial referencia al problema de la indemnización de los daños intrafamiliares. En Colombia faltan disposiciones normativas específicas; se perfila una tendencia a rechazar el reconocimiento de los daños causados por la conducta negligente o delictual de un familiar y, en consecuencia, a rechazar su indemnización. Se podría pensar, en términos generales, que el ordenamiento es reacio a admitir la responsabilidad civil por estos daños. Por su parte, en Italia, el reconocimiento de los daños intrafamiliares estuvo precedido por una situación similar, en la cual existía la idea de la inmunidad de la familia respecto de la aplicación de la responsabilidad civil, esto es, se trataba de una situación de *privilegio* vinculada al modelo de familia. La concepción jerárquica (institucional) está a la base del enfoque que considera innecesaria la compensación por el comportamiento incorrecto (intencionalmente tortuoso) de un familiar¹⁸.

17 De ello son ejemplo las tesis doctorales, luego publicadas, de E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; KOTTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, cit.

18 En Italia se ha dicho que el motivo de la resistencia al reconocimiento de la responsabilidad por los daños intrafamiliares obedeció a una “resistencia generalizada a la penetración de las reglas generales de la responsabilidad civil dentro del ámbito de la familia, cuya armonía habría sido puesta en peligro por los tribunales. La unidad de la familia se valoraba como más importante que los intereses de los miembros de la familia individualmente considerados y debía prote-

En ese sentido, tratándose de contextos similares, aunque desarrollados con tiempos distintos, en la evolución del derecho italiano se pueden encontrar algunas respuestas respecto a la modalidad de aplicación de las reglas indemnizatorias a los daños producidos en las relaciones familiares.

Un cuarto motivo que justifica la comparación es la facilidad de acceso a la literatura italiana que es abundante en relación con la responsabilidad por daños intrafamiliares. De una parte, porque muy temprano la más autorizada doctrina afrontó este problema y, también muy pronto, la jurisprudencia admitió la indemnización de estos daños. De otra parte, porque la jurisprudencia ha contribuido de manera importante a enriquecer el debate, con decisiones que con frecuencia son citadas por la doctrina, aunque controversiales, sobre la admisibilidad o no de este tipo de responsabilidad.

En fin, este marco ha influido en toda la cultura jurídica italiana, al punto que condujo a la adopción de disposiciones normativas específicas al respecto. Al contrario de lo que ha ocurrido en Colombia, donde un debate de este tipo no se ha abierto.

De hecho, el caso italiano demuestra la utilidad de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en las relaciones familiares. La discusión surgió en 1975 en el contexto de las relaciones de pareja, respecto de las cuales la jurisprudencia admitió, de manera implícita, que el cónyuge que viola el deber de fidelidad puede causar un daño patrimonial al otro por el descrédito causado, y que la

gerse de las demandas judiciales intrafamiliares. Por lo tanto, la inmunidad funciona *de facto*, no se proporciona *de iure*. [A]demás, se hizo énfasis en que condenar al infractor al pago de una suma de dinero no tendría sentido bajo el entendido de que la conducta ilícita no causó un daño solamente a la persona directamente afectada, sino también a toda la familia, incluido el infractor" (cursivas añadidas); B. ANDÒ, "Interspousal Claims at the Crossroads of Tort Law and Family Law: The Delicate Balance between Family and Individual", *Journal of Civil Law Studies* 4, n.º 1, 2011, 118-19.

indemnización define, junto a la prueba de la infidelidad, la demostración de la incidencia patrimonial concreta, o potencial, del ilícito¹⁹. En relación con el daño no patrimonial, nada se dice. Para entonces, la interpretación del art. 2059 c.c.it. era muy restrictiva porque estaba ligada de manera inescindible a la verificación de un hecho-delito. Interpretación derivada del hecho de que la disposición establece que el daño no patrimonial es resarcible solo en los casos previstos por la ley y, al menos en principio, la única norma que preveía de forma explícita la indemnización de los daños no patrimoniales era el art. 185 c.p.it.

No se pretende hacer una exposición de la evolución de la jurisprudencia italiana porque no es atinente a los objetivos propuestos y porque resultaría redundante si se considerara la abundante doctrina al respecto²⁰. Baste señalar que

19 Cas. civ., 19 de junio de 1975, n.º 2468.

20 La doctrina italiana se ha dedicado en los últimos años al estudio del problema de la responsabilidad civil por daños intrafamiliares; ha producido una abundante bibliografía y ha seguido muy de cerca la evolución de la jurisprudencia; entre muchas otras referencias, véase: A. ANCeschi, *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità*, Il diritto privato oggi, Giuffrè, 2007; ANDÒ, "Interspousal Claims at the Crossroads of Tort Law and Family Law: The Delicate Balance between Family and Individual", cit.; D. BIANCHINI, "Appunti e spunti in tema di responsabilità civile ed illecito endofamiliare", *Il diritto di famiglia e delle persone* 39, n.º 2, 2010, 963-80; G. CIPRIANI, *Il risarcimento del danno tra genitori e figli: Profili giurisprudenziali*, Key Editore, 2016; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Wolters Kluwer Italia, 2009; C. FAVILLI, "I danni da illecito endofamiliare", en *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 369-78; ID., *Rapporti familiari e regole risarcitorie*, Pisa, ETS, 2012; ID., *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit.; ID., "Responsabilità e diritto di famiglia", *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Giuffrè, 2017; L. GAUDINO, "Riconoscimento del figlio 'per compiacenza', impugnazione ex art. 263 c.c. e risarcimento del danno", *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.º 1, 2016, 189-204; F. GIARDINA, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'articolo 129-bis del codice civile*, Pisa, 1999; A. LORENA, "La responsabilità del genitore 'inadempiente': accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della L. n.º 219/2012", *Diritto di famiglia e delle persone*, n.º 3, 2013, 1133-70; M. R. MARELLA, "'Love Will Tear Us Apart'. Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada", *Comparative Law Review* 7, n.º 2, 2017, 1-35; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Principi, regole

en la década de los noventa la Corte de Casación admitió la posibilidad de que se configurara una responsabilidad civil entre familiares y, entonces, reconoció de manera expresa la responsabilidad por el daño intrafamiliar, siempre que se esté frente a todos los elementos del ilícito, y no de manera automática, como pretendieron los actores, por el solo hecho de que se hubiera verificado una culpa en la separación²¹.

e sistema. Sezione monografie 3, Torino, Giappichelli, 2013; A. C. NAZZARO, "Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra 'familiari'", *Giustizia Civile*, n.º 4, 2016, 827-47; A. NICOLUSSI, "Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile", *Persona e danno*, 2009, disponible en: <http://www.personaedanno.it/risarcimento-reintegrazione/obblighi-familiari-di-protezione-e-responsabilita-civile-andrea-nicolussi> [consultado el 12 de enero de 2016]; M. PALADINI, "La responsabilidad civil en la familia: ¿hacia los daños punitivos?", *IUSTA* 1, n.º 36, 2012, 143-53; M. PARADISO, "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Famiglia, Persone e Successioni*, n.º 1, 2011, 14 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Sassari. Serie giuridica, n.º 2, Milano, Giuffrè, 1984; G. RAMACCIONI, "Responsabilità civile e famiglia... un 'idillio' che continua", *Danno e Responsabilità*, n.º 8-9, 2005, 851-62; P. RESCIGNO, "Immunità e privilegio", *Rivista di Diritto Civile* I, 1961, 415-45; M. SESTA (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Nuova giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Torino, UTET, 2008.

- 21 Cas. civ., 22 de marzo de 1993, n.º 3367 y Cas. civ., 6 de abril de 1993, n.º 4108. En otro caso se reconoció que los deberes conyugales tienen la misma naturaleza de las obligaciones, razón por la cual su incumplimiento puede conducir a la indemnización. Cas. civ., 26 de mayo de 1995, n.º 5866: un esposo pretendía la declaración de responsabilidad civil de su compañera y del amante de ella (que además era un empleado suyo). El caso lo resolvieron en el terreno de la violación de los deberes conyugales. La Corte reconoció que dichos deberes (enumerados en el art. 143 c.c.it.) son legalmente vinculantes porque tienen la naturaleza de las obligaciones. En ese sentido, y considerando que el art. 1174 c.c.it. exige que la prestación sea susceptible de valoración económica, el deber de fidelidad tendría la naturaleza de una obligación, luego tendría fuerza ejecutiva y su violación podría producir un daño patrimonial. Sin embargo, la Corte niega el reclamo porque no se probó el daño. Ahora bien, en relación con la posibilidad de declarar la responsabilidad de un tercero por concurrir en la violación de un deber conyugal, la *inducción al incumplimiento* puede proceder solamente si se demuestra que la conducta del tercero ha tenido el efecto de aumentar la probabilidad de éxito de la infracción. Así las cosas, la violación del deber conyugal puede ser relevante para la responsabilidad civil, pero no de manera automática y la violación debe ser grave. El daño debe ser autónomo y distinto de aquel derivado de la disolución del matrimonio.

Un paso ulterior hacia una mayor tutela de la persona en el contexto familiar lo dio la jurisprudencia el 31 de mayo de 2003, mediante la interpretación constitucionalmente adecuada del art. 2059 c.c.it. por parte de la Corte de Casación con las llamadas sentencias gemelas n.º 8827 y 8828. Allí la Corte establece que el mencionado artículo tutela el daño no patrimonial, pero no solo el derivado de un delito, sino también aquel derivado de la lesión de derechos constitucionales. Así, además de haber extendido la tutela de la persona, la Corte abrió la puerta de manera definitiva a la responsabilidad civil en la familia. La jurisprudencia favoreció todo este proceso al destacar la ineficacia de los remedios ofrecidos por el derecho de familia²² y, en general, el fenómeno de la privatización del derecho de familia que determinó la valorización de los intereses del individuo dentro del grupo familiar²³. Una vez que se admitió que la indemnización de los daños intrafamiliares no se podía excluir *a priori*, el principal obstáculo al desarrollo de las acciones entre cónyuges tenía que ver con el reconocimiento

22 Trib. Milano, 24 de septiembre de 2002. En este sentido, M. SESTA y A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, vol. III, Trattato di diritto civile e commerciale. La crisi della famiglia, Milano, Giuffrè, 2016, 6.

23 Como el reconocimiento de la relevancia jurídica de las relaciones de hecho y de otras realidades afectivas reconocidas luego como formas de familia. Para un marco general de los cambios de la familia, también con perspectiva europea, véanse F. D. BUSNELLI y M. C. VIUCCI, "Frantumi Europei di Famiglia", *Rivista di Diritto Civile* LIX, n.º 4, 2013, 767-87; G. FERRANDO, "Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico", *Politica del diritto*, n.º 1, 2008, 3-44, <https://doi.org/10.1437/26551>; M. R. MARELLA, "Critical Family Law", *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, n.º 2, 2011, 721-54; M. R. MARELLA y G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma, Laterza, 2014; W. M. SCHRAMA, "Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children Born in Informal Relationships", *Utrecht Law Review* 4, n.º 2, 2008, 83-98; W. M. SCHRAMA, "The Dutch Approach to Informal Lifestyles: Family Function Over Family Form?", *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, n.º 3, 2008, 311-32, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebn010>

de los daños no patrimoniales y la calificación de la regla indemnizatoria.

Sin embargo, la jurisprudencia italiana y la extranjera dan cuenta de la factibilidad de la tutela indemnizatoria en las relaciones familiares²⁴ y reconocen distintos tipos

24 Para los ordenamientos de derecho continental europeo véanse, por ejemplo: AA. VV., *Le immunità nel diritto interno e comparato: Atti del convegno di Perugia, 25-27 maggio 2006*, Torino, Giappichelli, 2014; BIANCHINI, “Appunti e spunti in tema di responsabilità civile ed illecito endofamiliare”, cit.; CIPRIANI, *Il risarcimento del danno tra genitori e figli*, cit.; LORENA, “La responsabilità del genitore ‘inadempiente’”, cit.; G. FACCI, “Il danno da adulterio”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.º 5, 2012, 1481-1500; FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit.; J. FERRER RIBA, “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2001, 1-21; C. LABRUSSE, “Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique)”, *Revue internationale de droit comparé* 19, n.º 2, 1967, 431-56, <https://doi.org/10.3406/ridc.1967.14828>; MARELLA, “‘Love Will Tear Us Apart’. Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada”, cit.; M. MARTÍN CASALS y J. RIBOT, “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *ADC LXIV*, n.º II, 2011, 504-61; M. DE A. NOVALES ALQUÉZAR, “Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges”, *Revista Jurídica del Notariado* 60, 2006, 197-218; S. PONS, *La réception par le droit de la famille de l’article 1382 du code civil*, Centre Pierre Kayser, Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2007; A. M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009.

En el caso de América Latina, se destaca a la vanguardia en el continente el ordenamiento argentino, donde se discutió en los últimos años el problema de la indemnización de los daños intrafamiliares en el ámbito doctrinal y con evidente reflejo en la jurisprudencia. Resulta interesante el hecho de que este debate haya conducido a la consagración de la posibilidad de indemnizar el daño sufrido por el hijo no reconocido, en el art. 587 del Código civil y comercial de la Nación de 2014. Valga precisar que, según el art. 1737 c.c.arg., la existencia del daño depende de la lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento, cuyo objeto es la persona, el patrimonio o un derecho colectivo. Adicionalmente, el art. 1738 c.c.arg. señala que “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (cursivas añadidas). En la doctrina, se sugiere, entre otros, los trabajos de A. C. BELLUSCIO, E. A. ZANNONI, y

de daños pese a las dudas y posiciones contrarias a la indemnización²⁵. Una crítica proviene de la existencia de remedios a los daños en las relaciones familiares, previstos por el derecho *secondo*²⁶, en particular por el hecho de que

-
- A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Editorial Hammurabi, 1983; M. EICHLER, "Cambios familiares: Del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia", en R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (eds.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ONU, Unifem, 2009, 465-513; F. GONZÁLEZ CAZORLA, "Incumplimiento de deberes conyugales y acciones indemnizatorias: un análisis sobre su procedencia", *Derecho y Justicia* 4, 2014, 51-100; L. LEON, "Responsabilidad civil, libertad de procreación y derecho de nacer sano", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 3, 2013, https://works.bepress.com/leysser_leon/21/ [consultado el 24 de agosto de 2017]; C. LEPIN MOLINA y D. VARGAS ARAVENA (eds.), *Responsabilidad civil y familia*, Santiago, LegalPublishing, 2015; L. DE T. P. MARCONDES, "Dano moral nas relações Familiares", tesis de doctorado, Universidade de São Paulo, 2013, <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25112016-113142/> [consultado el 30 de agosto de 2017]; G. MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, 2.ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008; G. MEDINA, "Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 3, 2015, 15-46; M. C. B. MORAES, "A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil", *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 29, 2014, <https://doi.org/10.17808/des.29.295>; O. M. P. DE OLIVEIRA y J. F. S. MONTEIRO, "Responsabilidade Civil e Débito Conjugal: Breve Análise do Dano Imaterial pela Quebra do Dever Sexual no Direito Português e Brasileiro", *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado* 13, n.º 1, 2013, <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2331> [consultado el 30 de agosto de 2017]; M. A. TORRES MALDONADO (ed.), *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016; G. L. SOSA, "Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios", 2012, <http://thomsonreuterslatam.com/2012/02/01/derecho-de-familia-y-responsabilidad-civil-novedades-nacionales-y-extranjeras-y-una-dificil-compatibilizacion-de-principios/> [consultado el 24 de agosto de 2017].
- 25 Cfr. por ejemplo L. BALESTRA, "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", en *Trattato Bessone, IV, I, "Famiglia e matrimonio"*, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.; FERRER RIBA, "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", cit.; MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit.; y PARADISO, "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", cit.
- 26 Para un estudio sobre las relaciones entre el derecho común y los derechos *secondi*, cfr. C. CASTRONOVO, "Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema", *Europa e Diritto Privato*, n.º 2 (2006), 397-423. Esta clave de lectura aplicada al problema de la responsabilidad civil en las relaciones

en el código civil ya hay referencias explícitas a la responsabilidad en ciertas hipótesis que involucran las relaciones conyugales: la conducta de mala fe del cónyuge que induce a la celebración de un matrimonio nulo (art. 129-*bis* c.c.it.) y la infracción injustificada de la promesa de matrimonio (art. 81 c.c.it.).

En relación con la casuística, y siguiendo con el derecho italiano como punto de referencia, los daños producidos en el contexto familiar están delineados por la jurisprudencia que, gracias al llamado *daño a la persona* como hipótesis de responsabilidad aquiliana²⁷, permitió la proposición de acciones de responsabilidad civil entre cónyuges por la violación de los deberes conyugales, por los daños derivados del divorcio o del haber callado circunstancias destinadas

familiares se puede encontrar en FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit.

- 27 En el derecho colombiano son de ineludible consulta, para conocer esta categoría de daño, CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit.; KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, cit. En relación con la vasta doctrina italiana, véanse, entre muchos otros: C. AMATO, *Il danno non patrimoniale: guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, Giuffrè, 2009; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Catania, Milano, Giuffrè, 2008; M. BONA y P. G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Nuove frontiere della responsabilità civile 4, Milano, Ipsoa, 2004; F. D. BUSNELLI y S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2013; P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale: danno biologico, esistenziale e morale*, Torino, UTET, 2008; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Studi di diritto privato 3, Torino, Giappichelli, 1996; Id. (ed.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2004; Id., “I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale”, en Id. (ed.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 3-57; Id. (ed.), *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2010; S. PATTI y S. D. MONACHE (eds.), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, Trattati brevi, Torino, UTET, 2010. P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, Collana di scienze giuridiche e sociali. Sez. Ricerca, Lumsa Università 6, Torino, Giappichelli, 2014.

a determinar la nulidad del matrimonio²⁸, por el incumplimiento del ejercicio del derecho de visita a los hijos, por maltratos, por el ocultamiento de la paternidad o por la falsa representación de la paternidad.

En las relaciones entre padres e hijos se reconocen como fuente de responsabilidad aquiliana el abuso, el ejercicio negligente de las funciones de cuidado y vigilancia, negligencias o comportamientos desleales durante la procreación, natural o asistida, el incumplimiento de los deberes parentales (visitas, manutención, informar la verdadera paternidad, asistencia moral, cuidado), la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial o la impugnación del reconocimiento conscientemente falso²⁹, en violación de la regla según la cual *venire contra factum proprium non valet*³⁰.

28 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 50, resume estos daños en las hipótesis de “reticencia sobre la *impotentia coeundi* o sobre la infertilidad y el engaño sobre la responsabilidad de cara a la gestación de la compañera”.

29 Es el caso que en la literatura refieren con la expresión “reconocimiento por complacencia”, pero que, como se verá en el curso de este trabajo, resulta inadecuado para describirlo. En estos casos, relativos a la filiación, se reconoce la existencia de daños no patrimoniales por la lesión al derecho al nombre y, más en general, al derecho a la identidad (que tiene el estatus de derecho fundamental como parte esencial de la personalidad del sujeto) y la consiguiente afectación del aspecto biológico y de aspectos típicos de la psique. En algunos ordenamientos se concede también la indemnización por daños no patrimoniales por la violación del derecho a la verdad, reconocido en el ordenamiento interno en virtud del bloque de constitucionalidad. Este es el caso argentino, donde la jurisprudencia normalmente hace referencia a este derecho de manera más amplia, asociándolo con el derecho que tiene cada persona de conocer la propia filiación y los propios orígenes. Cfr. A. C. BELLUSCIO, E. A. ZANNONI y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, cit.; M. EICHLER, “Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”, cit.; G. MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, cit.; G. L. SOSA, “Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios”, cit.

30 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 58. Cfr. Trib. Civitavecchia, 23 de febrero de 2009, en *Giurisprudenza italiana*, 2009, 2205 ss., con nota de CARBONE, *Abuso del diritto e filiazione naturale. Osservazioni sul riconoscimento di compiacenza*. En esta sentencia se declara inadmisibile la acción dirigida a obtener la caducidad del reconocimiento por complacencia por defecto de

Valga señalar en este punto una situación que, no obstante no ser objeto de estudio en este libro, asume cada vez mayor relevancia por sus implicaciones en el plano de la responsabilidad civil, pero también desde el punto de vista constitucional y del derecho de familia: los daños causados a los hijos cuando estos padecen algún tipo de condición o trastorno que compromete su capacidad física o mental. En este caso, es claro que la provocación de un daño resulta aún más odiosa, porque puede tener origen o derivar en una discriminación que, en cuanto tal, está proscrita por los ordenamientos.

En estos casos, además de las normas en relación con la responsabilidad civil y el derecho de familia, es imperativo acudir a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, además de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el orden nacional, se debe dar aplicación a la Ley 1996 de 2019, según la cual se presume la capacidad legal de todas las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos” (art. 6.). Los niños, niñas y adolescentes con discapacidad también son destinatarios de esta ley, razón por la cual “tendrán derecho a los mismos apoyos” establecidos por la ley “para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del” niño, niña o adolescente (art. 7).

En Italia, en cambio, la ley que regula esta materia es anterior a la Convención sobre los Derechos de las Per-

veracidad. El fundamente es que, de conformidad con el abuso del derecho, no es posible actuar en contra de los propios actos. Cfr. también GAUDINO, “Riconoscimento del figlio ‘per compiacenza’, impugnazione ex art. 263 c.c. e risarcimento del danno”, cit.

sonas con Discapacidad; razón por la cual no recoge los principios que la inspiraron; sin embargo, la Ley 104 de 1992 consagra los principios en relación con los derechos, integración y asistencia de las personas con discapacidad. También está la Ley 6 de 2004, que introdujo la disciplina de la administración de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que, sin suprimir el régimen de interdicción e inhabilitación, asemeja al sistema de apoyos introducido en Colombia en 2019. En todo caso, el Parlamento italiano (en 2009) y la Unión Europea (en 2010) ratificaron la Convención, con lo cual sus principios irradian todo el ordenamiento italiano en esta materia y deben orientar la interpretación de todas las normas en relación con la discapacidad, pero también la interpretación de las hipótesis de daño al hijo con algún tipo de discapacidad.

La razón de la obligatoriedad radica en que, en los casos en los que la víctima sea una persona con discapacidad, los efectos lesivos de la conducta pueden resultar amplificados, provocando un mayor número de daños, por ejemplo, porque con ella se lesionen otro tipo de derechos, también fundamentales, o por la mayor gravedad de la conducta misma. Bajo esta premisa, también podrían ser constitutivas de daño, además de ya las señaladas en relación con los hijos: el desinterés en la custodia tras la crisis de la pareja, que también puede causar daño al titular de la custodia quien, por ello, debe asumir de manera exclusiva todos los deberes y obligaciones en relación con el hijo, así como todos los gastos de manutención que, justamente en virtud de la discapacidad, pueden ser más altos³¹. También podría com-

31 Al respecto es importante una decisión del Trib. Milano, 13 de marzo de 2017, n.º 2938, en relación con un padre que por 30 años se rehusó a asumir los costos de manutención y a establecer relación con el hijo con discapacidad por una grave parálisis cerebral. En ella se condenó al padre a pagar € 60.000 a la demandante (que fue quien asumió el cuidado del hijo) por los gastos de manutención, más € 25.000 por los gastos médicos para hacer frente a

prometerse la responsabilidad de los padres por la violación del derecho del hijo a ser escuchado en todas las decisiones que le afecten, con lo cual se lesiona su derecho de autodeterminación; el sometimiento a prácticas de esterilización forzada; el incumplimiento de los deberes tendientes a garantizar su autonomía o la falta de apoyos para realizarse de conformidad con la autonomía progresiva, entre otras. Sin embargo, estas hipótesis no se estudiarán aquí porque su estudio merece una atención concentrada no solo en los aspectos de la responsabilidad civil y de derecho de familia, sino también de tipo constitucional en relación con las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia respecto de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, que excede las pretensiones de este trabajo.

De esta sucinta lista se puede concluir que hay hipótesis de daño que se pueden considerar como típicas de las relaciones familiares. En función de los objetivos propuestos, y dado que es necesario establecer límites, se preferirán los casos de los daños en las relaciones entre padres e hijos, causados por los padres a los hijos, por considerarlos de mayor complejidad e interés. Con ello, se excluyen los casos de responsabilidad por la violación de los deberes conyugales.

la patología que sufría el hijo; y € 100.000 en favor del hijo por el daño no patrimonial por la privación total de la figura paterna. La liquidación de este último daño se hizo en equidad (*ex art. 1226 c.c.it.*), con base en las tablas del tribunal de Milán para la liquidación del daño no patrimonial por pérdida de la relación parental, y considerando que, pese a haber reconocido al hijo, el padre siempre lo rechazó, en virtud de lo cual no contribuyó a su manutención, se rehusaba a visitarlo, a cuidarlo y a establecer cualquier tipo de contacto con él, con fundamento, justamente, en la discapacidad. El tribunal concluyó que en este caso se presentó una gravísima violación de los deberes de asistencia moral, de educación y de cuidado de los hijos, agravada por la discapacidad y por el comportamiento “particularmente odioso” del padre. Adelante se analizarán, aunque no en casos en los que la víctima tiene alguna discapacidad, los elementos aquí señalados en relación con la atribución de la responsabilidad civil y la configuración del daño.

En ese sentido, el punto de partida es la consideración de los cambios en el concepto de parentalidad y sus proyecciones en la disciplina de la familia.

Actualmente, con el desarrollo de la ciencia, de las técnicas de reproducción asistida y de los métodos anticonceptivos, la parentalidad aparece cada vez más ligada a una decisión de convertirse en padre/madre, decisión en la cual no participa el hijo, obviamente, no obstante padezca todas y cada una de las consecuencias a ella vinculadas. Por ello, el rol de padre/madre implica *per se* una responsabilidad³². Pero, al margen de la decisión, la procreación constituye la fuente de una especial responsabilidad, como algo jurídicamente relevante. De hecho, recientemente la doctrina ha acuñado el concepto de *procreational responsibility*³³, que podría ser clave para hablar de una nueva manera de entender la parentalidad, y que podría justificar el reconocimiento de la responsabilidad civil en las relaciones paternofiliales. Este concepto se refiere al deber de quien decide concebir un

32 "La primera y más general condición de responsabilidad es el poder de la causa, es decir, que actuar tiene un impacto en el mundo; la segunda, que tal actuación está bajo el control del agente; y tercera, que el agente puede prever sus consecuencias hasta cierto punto. En estas condiciones necesarias, puede haber 'responsabilidad', pero en dos sentidos muy diferentes: (a) la responsabilidad de rendir cuentas 'por' las propias acciones, sean cuales sean; y (b) responsabilidad 'por' objetos particulares que comprometen a un agente a acciones particulares relacionadas con él. Uno es un concepto formal, el otro es sustantivo, y realmente hablamos de dos cosas diferentes cuando decimos que alguien es responsable de lo que sucedió (que no es ni alabanza ni culpa), y que alguien es una persona responsable, es decir, que honra sus responsabilidades (lo cual es un elogio)": H. JONAS, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago, The University of Chicago Press, 2000, 90. En español, H. JONAS, *El principio de responsabilidad*, Barcelona, Herder, 1995.

33 M. VONK, "Towards a New Concept of Parenthood: Procreational Responsibility", *European Challenges in Contemporary Family Law*, European Family Law 19, Antwerp, Intersentia, 2008, 131-55; FAVILLI, "Responsabilità e diritto di famiglia", cit.

hijo de asumir todas las responsabilidades debidas, sobre todo durante la minoría de edad³⁴.

Pero fundamentar la responsabilidad por la violación de deberes parentales solamente en el hecho de la procreación podría resultar reductivo considerando la acepción común del verbo procrear³⁵. La duda proviene de la consideración de otras fuentes de la relación de filiación en las cuales la procreación es del todo irrelevante, como en la adopción o cuando se reconoce falsamente al hijo. En dichas hipótesis, el rol parental se asume de manera voluntaria, y con él también se asumen los deberes parentales, tal como ocurre con el matrimonio y los deberes matrimoniales³⁶, con la diferencia de que, por lo menos así se presume, en el matrimonio las dos partes otorgan su consentimiento para iniciar la relación, lo que no sucede respecto al hijo. Este no solo no ha participado del proceso de decisión de conformar una familia, es decir, la relación con los padres le es 'impuesta'; sino que, si es menor de edad o tiene alguna discapacidad, no está en posición o condición de velar por sus propios intereses³⁷.

34 M. VONK, *Children and Their Parents: A Comparative Study of The Legal Position of Children with Regard to Their Intentional and Biological Parents in English and Dutch Law*, European Family Law Series 20, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2007, 253; 270 ss.

35 La definición del Diccionario de la Real Academia de la lengua reza: del lat. *procreāre*. 1. tr. Dicho de una persona o de un animal: Engendrar un individuo de su misma especie. <https://dle.rae.es/procrear>, [consultado el 18 de noviembre de 2019].

36 De hecho, la lectura de MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., 10, se antoja imprecisa cuando señala que es justamente esta la nota distintiva entre la violación de los deberes conyugales y la responsabilidad de los padres: "en el primer [ilícito relacionado con la responsabilidad parental], la fuente de responsabilidad es la inobservancia de deberes impuestos por la ley frente a un 'hecho' jurídicamente relevante, o sea el evento procreativo. En el segundo [ilícito por violación de los deberes matrimoniales], descende de la violación de deberes asumidos de manera voluntaria".

37 Esto justifica, de una manera u otra, el llamado, primero a la potestad parental, luego a la responsabilidad parental: *cfr.* P. STANZIONE, "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1980, 447.

Por su parte, reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el derecho de familia colombiano comporta un análisis detenido para determinar con precisión los daños que se pueden indemnizar sin perjudicar la armonía que debe gobernar las relaciones familiares, y si, en tal caso, se debe aplicar la cláusula general de responsabilidad, sin considerar la relación entre el agente que causa el daño y la víctima, o si es menester crear una normativa específica de sector. De igual manera, se debe identificar cuáles hipótesis son tan particulares que no puedan ser reparadas según dicha cláusula general y, entonces, requieran reglas especiales; cuáles son hipótesis de daño a la persona; o cuáles se concreten en la violación de los deberes de ley. Todo ello para contribuir a la solución del problema de la aplicabilidad o no de las reglas generales. No se trata de crear nuevas categorías de daños indemnizables, sino de la concreción del objetivo de justicia material para quien haya sido dañado injustamente.

Visto esto, y considerando el caso colombiano, en principio se puede decir que la cláusula general de responsabilidad y las disposiciones constitucionales de protección de la familia, si se interpretan de forma armónica y sistemática, permiten reconocer la existencia de eventos dañinos en el escenario familiar, susceptibles de reparación. Esta perspectiva pone en crisis el argumento de la inmunidad de la fami-

Para profundizar la reflexión sobre la naturaleza de las relaciones que se establecen, su naturaleza y características, véanse C. LIND y T. HEWITT, "Law and the Complexities of Parenting: Parental Status and Parental Function", *Journal of Social Welfare and Family Law* 31, n.º 4, 2009, 391-406, <https://doi.org/10.1080/09649060903430249>; C. PARENT, *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, <http://site.ebrary.com/id/10316165> [consultado el 15 de marzo de 2017]; SCHRAMA, "Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children Born in Informal Relationships", cit.; P. E. ZINI HARAMBOURE, "De la *patria potestas* romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP* 12, n.º 45, 2015, 340-358.

lia y de sus miembros como impedimento para la reparación de los daños injustos. Dichos eventos son relevantes porque normalmente causan un daño que deriva en una lesión a los derechos de la personalidad, particularmente graves si involucran sujetos de especial protección constitucional, como los niños, niñas, adolescentes y ancianos. Además, en el caso colombiano hay que anotar que no existen disposiciones normativas que limiten la reparación de los daños sobre la base de que exista una relación familiar entre la víctima y el victimario.

Por todo ello resulta esencial y útil la comparación con el derecho italiano a efectos de hacer una propuesta de aplicación de la responsabilidad civil en el escenario de la familia, que se estructure a partir de las particularidades del ordenamiento colombiano, pero tomando como elementos de referencia las múltiples, variadas y profundas reflexiones que suscita la experiencia italiana.

En ese sentido, y justamente en virtud de esta metodología, el libro se desarrolla con la siguiente estructura:

El primer capítulo analiza ciertas premisas para la aplicación del remedio indemnizatorio en las relaciones de familia. Ello, porque existen situaciones no contempladas por el legislador en el momento de creación de la ley, por cuanto son imprevisibles. Se hablará de la naturaleza mutable de la familia y del derecho de familia, que justifica la configuración de remedios no específicos que contribuyan a la discrecionalidad del juez dentro de los límites constitucionales. Otra premisa para justificar la aplicación del remedio indemnizatorio se refiere a los intereses en juego, por lo que se discutirá sobre el aparente conflicto entre la solidaridad (que excluiría la responsabilidad civil) y el individualismo (que privilegiaría la indemnización). En fin, se valorarán las posibilidades para el derecho de intervenir con miras a proteger los intereses que se consideran relevantes para la responsabilidad civil.

En el segundo capítulo se analizarán los daños intrafamiliares en el ordenamiento italiano. Se valorarán los remedios ofrecidos por el derecho de familia a las hipótesis de daño elegidas. Luego se intentará demostrar, con fundamento en el análisis de la jurisprudencia, la legislación y la doctrina inherentes al tema, la mayor eficacia de la responsabilidad civil para tutelar los intereses de la víctima, en contraste con los remedios ofrecidos por otras áreas del derecho, como el derecho penal o el derecho de familia mismo. En fin, se analizarán las reglas de aplicación de la responsabilidad civil por los daños intrafamiliares.

En el tercer capítulo se hará el mismo análisis en el ordenamiento colombiano. Tomando en consideración las mismas hipótesis de daño, se estudiarán la jurisprudencia, la legislación y la doctrina referidas al tema, para luego ver el modo en que efectivamente interactúan la responsabilidad civil y el derecho de familia. En este capítulo se intentará demostrar, de una parte, la ineficacia o insuficiencia de los remedios del derecho de familia y, en contraste, la utilidad de la tutela indemnizatoria. En ese sentido, se harán las sugerencias sobre las posibles aplicaciones de la regla indemnizatoria para abrir la puerta a la responsabilidad en el ámbito de la familia a partir de las normas existentes.

En el cuarto y último capítulo se hará el análisis comparado y la valoración de los dos modelos escogidos. Se extraerán los elementos de semejanza y de diferencia que servirán a la elaboración de una propuesta de interpretación de las reglas existentes y de una propuesta de las líneas guía en la aplicación de la responsabilidad civil por daños intrafamiliares. En la formulación de este planteamiento se buscará considerar las funciones de la responsabilidad en el contexto familiar y de los cambios en el modo de concebir la familia y la parentalidad. De igual manera, se señalarán los principios que, considerando dichos cambios, pueden ser útiles a determinar el rol parental en clave de responsabilidad, no solo civil; en particular, la responsabilidad por

el hecho de la concepción, la buena fe y la autorresponsabilidad, pero también la solidaridad. Dicha propuesta partirá de la identificación de los elementos críticos de ambos ordenamientos en la tarea de remediar las situaciones de daños intrafamiliares.

CAPÍTULO I.
**SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA
Y RESPONSABILIDAD CIVIL. ALGUNAS IDEAS PARA EL
DERECHO COLOMBIANO**

De manera preliminar resulta útil y necesario reflexionar sobre la concepción de la familia, sobre su naturaleza y sobre sus proyecciones en el derecho. Esto permitirá construir una base de la cual partir para argumentar, y eventualmente justificar, la aplicación de las reglas de responsabilidad civil entre familiares en la realidad colombiana, o el recurso a otros remedios idóneos.

Dado que “la concepción de la familia influye [...] en la reglamentación de los hechos ilícitos que le conciernen”³⁸, a continuación se expondrán las reflexiones relativas a la noción jurídica de familia, bajo el entendido de que es difícil identificar una lectura unívoca, pues se trata de una categoría mutable y en perenne tensión entre la solidaridad del grupo y la autonomía de sus miembros (aunque, como se verá, se trata de una tensión solo aparente). Del mismo modo, para identificar la base sobre la cual fundar la relevancia de los daños intrafamiliares, se estudiarán las posibilidades de reglamentación y se verificarán las distintas posiciones en la doctrina.

38 PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 4.

Estas consideraciones, que para un lector italiano pueden ser evidentes o repetitivas, considerando la abundante doctrina al respecto, revisten en cambio una importancia fundamental para el estudioso colombiano. El principal motivo, como se pondrá en evidencia, es que los intérpretes no han mostrado mayor interés por este problema, y tampoco la jurisprudencia, que solo en 2017 y de manera marginal se ocupó de esto³⁹; además de una decisión de tutela de la Corte Constitucional (SU-080 de 2020) donde, pese a que el resultado es el reconocimiento de la posibilidad de indemnizar los daños por violencia de género en la relación conyugal, se ignora completamente el principio general de reparación, buscando erróneamente el fundamento de la reparación en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belem do Pará”, lo que conduce a afirmar que se trata de una sentencia más concentrada en la reparación de la violencia de género que en la reparación de los daños por violencia intrafamiliar. Por su parte, el legislador no parece haber tenido interés en regular la materia, cosa que puede cambiar en el futuro próximo, gracias al exhorto de la Corte Constitucional en esta última sentencia⁴⁰.

39 Se trata de dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pero que no son de casación sino en virtud de una acción de tutela. Por lo mismo, la interpretación de la Corte se limitó a un problema de eventual violación de derechos fundamentales por parte del juez de instancia, quien no declaró la responsabilidad civil por los daños causados: en un caso, a la esposa por la conducta violenta del esposo (CSJ, Cas. civ., 25 de julio de 2017, ref. STC10829-2017); y en otro, al hijo falsamente reconocido luego de la pretensión de impugnación por parte del falso padre (CSJ, Cas. civ., 19 de octubre de 2017, ref. STC16969-2017). Para un análisis más detallado, permítase el reenvío a N. RUEDA, “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 48, n.º 128, 2018, 193-217.

40 Desde el punto de vista legislativo son importantes, de una parte, la iniciativa que buscaba regular en materia de violencia intrafamiliar la indemnización de los daños, ya desaparecida con la reforma de la Ley 575 del 2000; y de otra, la inclusión de la posibilidad de indemnizar los daños que se prueben dentro del proceso de nulidad del matrimonio, por parte del cónyuge que

Al existir este aparente “vacío”, con estas reflexiones se busca contribuir al debate mediante la identificación de los aspectos problemáticos derivados del “encuentro” entre la responsabilidad civil y el derecho de familia, tomando como punto de referencia la evolución italiana, que en las últimas décadas ha experimentado distintas soluciones, tanto con participación de la jurisprudencia como con reformas legislativas. En ese sentido, se partirá de los problemas asociados a las distintas concepciones sobre la familia, y a la manera en que estas influyen en el derecho de familia y en el derecho en general.

1.1. UNA PRIMERA MIRADA A LOS PROBLEMAS QUE RODEAN A LA FAMILIA EN COLOMBIA

1.1.1. El caos de las definiciones y su incidencia en la determinación de los intereses relevantes

La familia es una categoría que, desde el punto de vista jurídico, no refleja un modelo unitario⁴¹. Por lo tanto, no es

haya actuado de mala fe al momento de celebrar el matrimonio (art. 389 c.g.p.), aunque esta posibilidad ya estaba prevista en el código civil (art. 148) y en el de procedimiento civil (art. 443, num. 3).

41 Como advierte de manera explícita M. SESTA, “La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 71, n.º 2, 2017, 576, describiendo el art. 29 de la Constitución italiana como un fósil de un organismo que ya no existe: “el término ‘familia’ no designa un modelo unitario, sino que se refiere a una pluralidad de relaciones cuya naturaleza familiar proviene de la subsistencia de vínculos de distinto género, como: vínculos jurídicos, como el matrimonio, la unión civil, la convivencia estable que prevé el art. 1, inc. 36 de la Ley 76 de 2016, la afinidad, la adopción; vínculos jurídicos, como la filiación dentro y fuera del matrimonio, siempre que sea reconocida o declarada, y la parentela; vínculos puramente biológicos, como la filiación no reconocida. En fin, también las relaciones de hecho, como la convivencia que no cabe en el supuesto de hecho previsto por el art. 1, incs. 36 y 37 de la Ley 76 de 2016, o las relaciones que se crean en la familia recompuesta –en la cual los compañeros, cónyuges o convivientes, cohabitan junto a los hijos nacidos de relaciones precedentes y a eventuales hijos en común–, al menos en relación con algunos aspectos, gozan de tutela

susceptible de ser descrita mediante un concepto unívoco⁴², aunque existan algunos intentos de definición en los

y, por lo mismo, pueden estar comprendidas en las relaciones familiares jurídicamente relevantes”.

En el mismo sentido, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2013, 7: “En la disciplina normativa el modelo de referencia sigue siendo la familia conyugal. Sin embargo, en el tejido social los ‘tipos de familia’ son mucho más numerosos y evolucionan rápidamente, a veces se basan en vínculos jurídicos, pero no conyugales [...], otras veces en relaciones de convivencia [...], o en relaciones de procreación no tradicionales [...], otras veces por necesidades existenciales de sobrevivencia [...]”.

- 42 A esta conclusión han llegado tantos juristas en las distintas tradiciones jurídicas. Para mencionar solo algunos ejemplos véase T. A. AULEITA, *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1: “El concepto de familia no es unívoco ni estático, sino que evoluciona gracias a las mutaciones sociales y culturales que recogen las normas”. “Hoy más que antes, la familia se declina en plural. De un país a otro, e incluso en una misma sociedad, no existe ‘una’, sino “las [varias]” maneras de fundar, de vivir y de deshacer el vínculo familiar”: C. CLÉMENT y O ROY, “Avant-propos”, en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, 13, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.668>. “La familia y su derecho hoy son plurales. Frente a la diversidad de hecho de distintos tipos de vida en familia el legislador respondió con la pluralidad de las reglas de derecho. Frente a la singularidad de las aspiraciones individuales, al estallido de aspiraciones colectivas, estableció un principio: el pluralismo. Ya no pretende imponer un modelo de familia: ofrece un cierto número de posibilidades a elección de los sujetos”: H. FULCHIRON, “Pluralisme et rupture familiale”, en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 183, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.695>. “A la escala del mundo más que a la escala de una misma sociedad, la familia se declina en plural. No existe un modelo familiar universal, ya que existen grandes diferencias en la manera de tratar las formas de vida familiar o las concepciones de filiación”. P. GUEZ, “Pluralisme familial et ordre public international”, en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 197, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.699>. “No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones”: A. C. BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 8.ª ed. actualizada y ampliada, vol. 1, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2006, 3. Hace años se decía que “la familia no puede reducirse a una construcción jurídica, ni a célula política, ni a estructura económica. Estos son solo algunos aspectos, pero nunca sus características esenciales: aspectos que pueden cambiar, que pueden asumir, en los distintos periodos o países, configuraciones muy distintas, que aun en la unidad de espacio y tiempo no se presentan nunca homogéneos”; por ello “las disposiciones del *codice civile* –y también las pocas de los demás códigos– no se inspiran a un único concepto. Se advierte en ellas un contraste entre ideas tradicionales y

ordenamientos jurídicos, probablemente infructuosos pues, pese a los esfuerzos, los resultados de este ejercicio no necesariamente son satisfactorios⁴³. Sin pretender desarrollar un

nuevas concepciones sociales, entre la familia concebida en otro tiempo y la familia de hoy. La misma jerarquía de vínculos, que permite presumir la graduación de los afectos y la intensidad de los ligámenes, no es uniforme en las varias disposiciones”: A. C. JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Catania* III, 1949, 4. Hay quien intenta definir la familia, pero reconociendo el carácter reductivo de la propia definición porque “no permite recoger ciertas formas de ‘vida familiar’ contemporáneas fundadas solo en la vida en común” y entonces se identifica la familia como un “grupo de personas unidas por relaciones de parentela y alianza. La parentela es la relación que nace de la filiación y el vínculo entre descendientes de un autor común (relación de sangre); la alianza y la relación creada con el matrimonio, que une los cónyuges y la familia de los cónyuges”: P. MALAURIE y H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Defrénois, 2011, 6. En Colombia permítase el reenvío a N. RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, tesis de grado 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, 20, donde se concluyó que en la investigación en relación con la construcción de un concepto de familia es difícil “lograr un consenso que surja de las diversas realidades y visiones culturales, sociales y políticas sobre la institución familiar bajo una sola idea comprensiva de todas ellas, a partir de la cual el derecho pueda garantizar una protección jurídica coherente con las exigencias de orden constitucional. Sobre el particular es preciso anotar que la tarea de reconciliar visiones, algunas incluso contradictorias, aunque se logre por la vía del consenso, comporta en todo caso una decisión política reveladora de una ideología, al tiempo que representa unos determinados valores sociales y del Estado mismo”. Véase también BUSNELLI y VITUCCI, “Frantumi Europei di Famiglia”, cit., 771, quienes, valiéndose de la conocida metáfora de Jemolo sobre la familia como la isla que el derecho puede solo rozar, definen la familia como un archipiélago justamente para referir la idea de pluralidad de formas de vida familiar.

- 43 De lo cual es ejemplo el ordenamiento jurídico colombiano, pues con la Constitución Política de 1991 le dio relevancia constitucional a la familia, como objeto de protección, mediante una ‘definición’ en virtud de la cual, desde entonces, la familia sería reconocida como la institución de base de la sociedad, con la disposición de una protección especial y eficaz por parte del Estado, dirigida a garantizar la salvaguarda y el desarrollo de los intereses involucrados (por lo menos en teoría era lo que se habría podido esperar). En el derecho italiano, el art. 29 constitucional define la familia como la “sociedad natural fundada en el matrimonio”, de la cual M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2013, 1, afirma que se trata de una “verdadera y real definición de la familia”, sin que por ello se deba tomar al pie de la letra, porque “la calificación como sociedad natural se puede entender como referencia a las formas concretas que la realidad familiar asume en un determinado contexto social;

análisis de filosofía del lenguaje, piénsese, por ejemplo, en el problema de la incompletitud de todas las definiciones, en relación con el hecho de no poder recoger todas y cada una de las características del objeto definido⁴⁴. Además, también está el problema de la pluralidad de significados que se pueden atribuir a un concepto: bien sea porque el contexto resulte relevante en la significación, bien porque el lenguaje de la definición, por falta de claridad, resulta incomprensible⁴⁵.

Un ejemplo concreto de estos defectos se puede encontrar en la ‘definición’ de familia de la Constitución colombiana⁴⁶.

se podría decir que la Constitución pretende que el ordenamiento –en vez de adoptar normativamente un modelo rígido de familia– se relacione con el comportamiento concreto de las relaciones familiares”.

- 44 Cfr. P. CABALLERO ELBERSCL, “Notas introductorias. 1. Comentarios sobre el método de la filosofía analítica del derecho: distinguir y conectar”, en *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 35 s. Para considerar los estudios de filosofía analítica ver L. WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y C. U. Moulines, México y Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas, y Crítica, 2008; y en el derecho: H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge, Mass, Belknap Press of Harvard University Press, 1995; R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel derecho, Barcelona, Ariel, 1999. Para una crítica a los intentos de definición legislativa, permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia*, cit., 21 ss.
- 45 Como señala ARISTÓTELES, *Tratados de lógica: el organon*, trad. Francisco Larroyo, México, Porrúa, 2011, 65. De allí deriva la conclusión según la cual las palabras no se podrían juzgar verdaderas o falsas, hasta tanto no se les atribuya una existencia: “§ 5. Del mismo modo que hay en el alma, así pensamientos que pueden no ser ni verdaderos ni falsos, como pensamientos que necesariamente han de ser lo uno o lo otro, lo propio sucede con la palabra; porque el error y la verdad sólo consisten en la combinación y división de las palabras. § 6. Los nombres mismos y los verbos se parecen, por tanto, al pensamiento sin combinación ni división, por ejemplo: hombre, blanco, cuando no se añade nada a estas palabras. Aquí efectivamente nada es aún verdadero ni falso. He aquí una prueba de ello: un hipocentauro, por ejemplo, significa ciertamente alguna cosa; pero no es aún ni verdadero ni falso, si no se añade que este animal existe o que no existe, sea de una manera absoluta, sea en un tiempo determinado”.
- 46 Art. 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.

Esta es, en realidad, una descripción de las distintas fuentes de constitución de la familia, con la cual se elabora una tipología cerrada de modelos. Por ello, se puede afirmar sin temor a equivocarse que el ordenamiento termina creando un espacio de ‘imposición de afectos’ que, visto desde la perspectiva de quien no se ve reconocido, se traduce en un déficit de protección y en una posible discriminación.

Dicho déficit es contrario al mismo art. 42 constitucional, si se interpreta de manera sistemática, porque uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y de la familia es el pluralismo. Además, no considera el hecho indiscutible de que el derecho no puede, o difícilmente puede, anticipar la realidad, lo que explica por qué normalmente reconoce situaciones de hecho preexistentes. En consecuencia, “el derecho debe basarse en el mundo que le rodea, pero al mismo tiempo es el lugar donde una multiplicidad de impulsos, a veces incluso contradictorios, encuentra un momento de selección y unificación de acuerdo con métodos no arbitrarios”⁴⁷.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico debería sentar las bases para poder gestionar las relaciones en la realidad social, en lugar de imponer modelos mediante definiciones cerradas o arbitrarias que desconocen el contexto en el que deberían aplicarse. En otras palabras, el problema emerge del hecho de que la incorporación de definiciones rígidas en las disposiciones jurídicas, como ocurre en Colombia, se traduce en definitiva en la determinación del ‘uso’ de las palabras⁴⁸ por parte de la ley, en abierta contradicción con

47 S. RODOTÀ, *Solidarietà: un’utopia necessaria*, I Robinson, Letture, Roma, Laterza, 2014, 43.

48 “El uso general del lenguaje consiste en trasponer nuestros discursos mentales en verbales: o la serie de nuestros pensamientos en una serie de palabras, y esto con dos finalidades: una de ellas es el registro de las consecuencias de nuestros pensamientos, que siendo aptos para sustraerse de nuestra memoria cuando emprendemos una nueva labor, pueden ser recordados de nuevo por las palabras con que se distinguen. Así el primer uso de los nombres es

la naturaleza esencialmente social de dicho ‘uso’, es decir, sin una mínima consideración del contexto.

En este escenario el lenguaje juega un poderoso rol de institucionalización, por lo que una definición legal cerrada de familia comporta la convención social sobre lo que significa pertenecer a ella, pues el lenguaje permite la constitución de hechos institucionales, que se concreta en la “existencia de dispositivos simbólicos, como las palabras, que por convención *signifiquen* o *representen* o *simbolicen* algo más allá de sí mismas [...], *de una manera que es públicamente comprensible*”⁴⁹. Sin embargo, considerando que la familia es una formación que precede al derecho, difícilmente se puede reducir a un concepto que pueda recoger todos sus matices y sus particularidades o características esenciales, dificultad que podría desincentivar la eventual intervención del legislador⁵⁰, pero que también explicaría algunos vacíos de las definiciones de familia.

En el caso específico de los intentos de definición de la familia que pueden conducir a pensar en la existencia de un modelo cerrado, el problema se complica si se considera

servir como marcas o notas del recuerdo. Otro uso se advierte cuando varias personas utilizan las mismas palabras para significar (por su conexión y orden), una a otra, lo que conciben o piensan de cada materia; y también lo que desean, temen o promueve en ellos otra pasión”: T. HOBBS, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, 23.

49 J. R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi, 2011, 71 s. En español, J. R. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

50 Así explica JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, 4 s., que en el código civil italiano no se haya incluido una definición de familia: “los juristas decimos familia, y constatamos un poco sorprendidos que nuestro código no la define. Y también esto no sucede sin una razón o sin un por qué. El legislador no se ha sentido capaz de definir un instituto que es prejurídico, que surgió antes que el concepto de derecho se aislara de otros conceptos afines, un instituto que no es suyo, que no puede dominar, del cual puede regular solo ciertos aspectos”. Aunque para otros la disposición sí contiene una definición en todo el sentido de la palabra: SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 1.

que el razonamiento de los intérpretes, condicionado por definiciones cerradas de la ley, corre el riesgo de “poner a los interlocutores frente a un *aut-aut*: quien no acepta la definición está pura y simplemente en error”⁵¹, conduciendo a una inevitable petrificación de los conceptos jurídicos⁵², haciendo del todo marginal el rol creador de la jurisprudencia⁵³ y de la doctrina⁵⁴ en la interpretación de un texto.

51 V. CALDERAI, “L’eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell’epoca del diritto post-nazionale”, *Rivista di Diritto Civile*, 2016, 1640.

52 Al respecto, *cfr. ibid.*, 1640, quien reflexionando sobre el debate que suscitó en Italia Castronovo con su propuesta sobre la obligación sin prestación, llama la atención sobre los defectos de “cerrar en fórmulas demasiado rígidas el significado de los institutos”, enfoque que debería reemplazarse por uno que deje “espacio a la elaboración de nueva información, con miras a que no se limite a preconstituir la base de razonamientos demostrativos, sino que cumplan la función, incluso más importante, de permitir el ejercicio de un control crítico sobre las propuestas de la jurisprudencia práctica y teórica”. De este modo, la autora señala que es justamente “el contraste de las opiniones y de los argumentos lo que ha permitido rendir frutos a una gran cantidad de información ya ignorada y perdida”, para concluir que el resultado no puede ser otro que llegar a un mayor equilibrio y conciencia.

53 Sobre todo, si se considera que las decisiones de la jurisprudencia muchas veces trascienden las particularidades del caso concreto para irradiar todo el sistema jurídico, influenciando el debate de la doctrina y del mismo legislador. Señala N. LIPARI, “Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 70, n.º 4, 2016, 1156, que “la jurisprudencia, aunque sea perfectamente consciente de la incidencia de la decisión concreta en un específico conjunto de intereses, también sabe que la solución de ese caso tendrá un valor más amplio. Al ser, por definición, las personas incomparables, es necesario encontrar el punto de soldadura de la igualdad en la diversidad, admitiendo implícitamente el valor normativo del caso concreto; pero entonces la jurisprudencia asume inevitablemente un alcance que trasciende la especificidad de una cuestión procesal. Esta es la razón por la cual los jueces sienten cada vez más la necesidad de ‘rellenar’ sus decisiones con *obiter dicta* (una expresión que era completamente desconocida en la estación de nuestros ejercicios universitarios sobre casos jurisprudenciales), para permitir comprender las conexiones del caso decidido, las interrelaciones de principios que de esa decisión desciendan. Y aunque se dice que los *obiter dicta* no producen precedente, el debate suscitado por la sentencia a menudo se centra en ellos”.

54 Al respecto son interesantes las consideraciones de *ibid.*, 1160 e 1161, quien describe la convergencia entre doctrina y jurisprudencia como “la comunidad interpretativa” que permite un “control de racionalidad de tipo intersubjetivo”.

Esto es particularmente grave porque en el caso específico de la familia, frente a la deficiencia o suficiencia de criterios puramente normativos para determinar qué es la familia, es tarea de los intérpretes reconstruir dicho concepto partiendo de la elaboración de parámetros empíricos⁵⁵ que legitimen los parámetros legales como reales instrumentos de tutela de los sujetos. Por lo tanto, los intérpretes deben utilizar distintos medios, entre ellos: los estudios de otras disciplinas útiles para comprender la naturaleza de la familia, el caso concreto, la jurisprudencia, la doctrina nacional, el derecho extranjero y la comparación jurídica.

Un enfoque en estos términos reenvía a una idea más democrática del derecho, concebido como fuente de garantía de los derechos subjetivos con una perspectiva de solidaridad, sobre la que adelante se detendrá el análisis: en virtud de esto, la noción de familia, en lugar de resultar impuesta, emerge a partir del debate interpretativo con atención a los cambios culturales y sociales. De todas maneras, el jurista debe prestar atención a la “efervescencia prodigiosa” y a la “vitalidad inexhausta” propias de la necesidad inagotable de cambios, para no caer en la “nuda artificialidad del producir”⁵⁶.

En contraste, algunas interpretaciones se dirigen a considerar la familia como una estructura política producida por el derecho positivo⁵⁷ y, por lo mismo, instrumento de control

55 Así lo sugiere SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 2.

56 Las expresiones son de N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, edición Kindle, Roma, Laterza, 2014, preámbulo “Un libro ancora da scrivere”, n.º 4.

57 “Lejos de ser una formación prejurídica y, de alguna manera, ahistórica, la familia es producto del derecho positivo de los Estados y, en conjunto, de una tradición jurídica común que ha evolucionado en los últimos dos siglos en todo Occidente. En este contexto determinada histórica y políticamente, la familia con su régimen jurídico ha representado y representa un instrumento extraordinario de gobierno de la sociedad: esta disciplina las relaciones interpersonales, sexuales e intergeneracionales, estructurando así relaciones precisas de poder entre los géneros y construyendo identidades y roles sociales que involucran a los individuos y grupos hasta incidir en la fisonomía de las

social⁵⁸. No obstante, también bajo esta lógica la familia se concibe como impuesta, aunque critiquen igualmente las

comunidades nacionales. La idea misma de la familia como una articulación necesaria y distinta de la sociedad civil es una idea que toma forma plenamente en el siglo XIX y es el fruto de una cultura política y jurídica determinada, cuya genealogía explica los desarrollos posteriores y las razones de la especialidad del derecho de familia; de la elevación, es decir, del régimen jurídico de la familia a una rama específica del derecho, distinta, porque intrínsecamente diferente, del derecho común”: MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 3. Cfr. L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale: tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 35; MARELLA, “Critical Family Law”, cit., 727.

- 58 Para una reflexión sobre la instrumentalización del derecho como una forma de control social, incluso con claves históricas, véase M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2017. El autor, en su descripción de las sociedades disciplinadas, hace una comparación entre las diferentes instituciones que concretan el control social, concentrando todos los medios coercitivos del comportamiento humano, incluyendo: la familia, que representa un modelo en el esquema de Foucault, como sucede en otros modelos (como el del ejército, la escuela, el taller o el sistema judicial), es un grupo fuertemente jerárquico dirigido a canalizar la conducta. La superposición de modelos hace que el “modelo de autoridad” reúna a jueces, profesores, jefes, oficiales, padres, por lo que siempre se trata de “ingenieros de la conducta, ortopedistas de la individualidad”: M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, 301. Partiendo del análisis de Foucault, pero con la pretensión de criticar el modelo de mercado, G. DELEUZE, “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, *Polis. Revista Latinoamericana*, n.º 13, 2006, <http://polis.revues.org/5509> [consultado el 15 de julio de 2018], advertirá la crisis de estos modelos, incluida la familia, en cuanto “no son medios analógicos distintos que convergen en un mismo propietario, ya sea el Estado o la iniciativa privada, sino que se han convertido en figuras cifradas, deformables y transformables, de una misma empresa que sólo tiene administradores. Incluso el arte ha abandonado los círculos cerrados para introducirse en los circuitos abiertos de la banca”; señalando que hoy se asiste a la decadencia de la sociedad disciplinar, para ver nacer una sociedad de control, donde el poder de controlar a los sujetos ya no se ejerce en los centros de reclusión (como lo describe ampliamente Foucault), sino en espacios abiertos, sin asumir una naturaleza objetiva: se refiere ciertamente al mercado, que controla de manera impersonal, “mediante los psico-fármacos, el consumo televisivo, el marketing, el endeudamiento privado, el consumo, entre otras modalidades”.

A propósito de esta referencia al mercado, es interesante la visión de este como una especie de enemigo que debe alejarse de cuestiones relacionadas con la familia o los derechos fundamentales, lo que justificaría el carácter especial del derecho de familia y, a su vez, su sustracción del derecho común, así

deficiencias de cualquier intento de definirla. La diferencia consiste en el hecho de que, según esta visión, existiría “un interés público de regular la familia y, antes, de definir qué es la familia”⁵⁹, por lo que pareciera entenderse que existe casi la obligación de definirla. Esta conclusión es válida en el sentido de que para regular un objeto es necesario entender en qué consiste, pero, frente a la imposibilidad de reducirlo a un concepto preciso, no parece coherente leer en dicha necesidad la manifestación de un interés público en relación con su reglamentación.

De todas maneras, esta concepción es interesante porque revela otro riesgo, asociado al hecho de que la determinación del concepto de familia puede tener también una fuerte carga ideológica. Ciertamente, las categorías jurídicas no pueden escapar a la influencia ideológica. En particular, la familia, siempre en un lugar de privilegio y fuente de las pulsiones más vivaces, resulta el caballo de batalla ideal en la lucha partidaria por el poder: por ejemplo, la visión institucional de la familia responde a una visión que privilegia el modelo patriarcal jerárquico de la sociedad familiar. Por ello, es posible afirmar que la familia sufre la influencia de los cambios ideológicos y sociales dentro de una sociedad⁶⁰

como su marginalidad respecto del derecho constitucional. Cfr. MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, 8 ss. Para un análisis más general sobre la indisponibilidad de los derechos fundamentales, con especial referencia al mercado, véase S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2009, 38. En español, S. RODOTÀ, *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*, Madrid, Trotta, 2010.

59 MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 5.

60 Interesante la descripción de los cambios de la familia en relación con las transformaciones sociales de la segunda posguerra y de la manera en la que el derecho las acogió en las reformas de los años setenta en adelante, de G. FERRANDO, “Il diritto di famiglia oggi: c’è qualcosa di nuovo, anzi d’antico”, *Politica del diritto*, n.º 1, 2008, 6 ss., <https://doi.org/10.1437/26551>. Más recientemente, la misma FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 1, resumió el influjo que los cambios sociales tienen en la familia, describiéndola como “un instituto histórica y socialmente condicionado: sus funciones y su estructura cambian en las distintas sociedades y evolucionan de la mano con transformaciones

y, viceversa, que la concepción de la familia se convierte en un termómetro bastante preciso de la sociedad. Bajo esta lógica, el derecho debe considerar necesariamente dichos cambios⁶¹ y, con ello, la regulación de la familia se impregna de la carga ideológica del objeto regulado⁶², volviéndose cada vez menos neutral⁶³, aunque, a veces, deje espacios de autonomía a los sujetos. En realidad, a veces dicha acción es considerada como sinónimo de neutralidad⁶⁴. Sin embargo, la asociación ‘autonomía’ es igual a ‘neutralidad’ no parece muy precisa porque, como se verá adelante, la decisión de

económicas, sociales, culturales, están influenciadas profundamente por el factor religioso”.

- 61 Cfr. M. BENOÎT, “Culture et droit de la famille: de l’institution à l’autonomie individuelle”, *McGill Law Journal* 54, 2009, 272.
- 62 Cfr. K. BOELE-WOELKI, “La famille et le droit international”, *International Law Forum du droit international* 7, 2005, 146-52. En Italia se advierte que, en los años sesenta y setenta, el derecho de familia “refleja las transformaciones de la familia en la realidad social, las nuevas relaciones de género y de generaciones que, en esos años, entre mil dificultades y contrastes, se van afirmando”: FERRANDO, “Il diritto di famiglia oggi”, cit., 3 s.
- 63 De hecho, MARELLA, “Critical Family Law”, cit., 727, destaca el carácter político del derecho de familia, que resulta influenciado por convicciones morales y tradiciones culturales, con la consecuencia de convertirse en un derecho principalmente local: “el carácter político del derecho de familia, su contigüidad con las creencias morales y religiosas y la posterior falta de esos tecnicismos que, por el contrario, hacen de la ley del mercado el sitio de elección de la ciencia jurídica. La influencia afirmada de los motivos políticos, las actitudes morales y las costumbres tradicionales sobre el régimen legal de la familia lo hace inevitablemente local, y el localismo yuxtapone el derecho de familia al derecho de las obligaciones y su aspiración universalista”.
- 64 Así, FERRANDO, “Il diritto di famiglia oggi”, cit., 4 s., considera la ampliación del espacio de autonomía en las relaciones de familia como sinónimo de neutralidad del derecho. En tal sentido, con las reformas al derecho italiano de familia de los setenta “hubo un aumento en la neutralidad del derecho respecto del comportamiento concreto de las relaciones conyugales. El derecho no prefigura ya un modelo de familia dado, centrado en la autoridad del padre y caracterizado por deberes fuertemente sancionadas por el derecho. La igualdad alcanzada y el aumento de los espacios de autonomía permiten hoy a los cónyuges modelar las propias relaciones de pareja según su propio estilo de vida, actividad laboral, capacidad económica, distribución de las tareas domésticas, en fin, según las circunstancias concretas y de la concepción propia sobre la familia”. Posición que luego confirma en FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 4.

no regular un determinado aspecto de la realidad puede ser también una elección de política del derecho que, dependiendo del contexto, puede corresponder al deseo de mantener el *statu quo*, o a la exigencia de respeto de las libertades individuales, lo que representa, justamente, una toma de posición liberal.

En definitiva, volviendo al problema de las definiciones en el derecho, una definición, aunque se pretenda muy precisa, corre el riesgo de ser vaga o incierta⁶⁵, lo que conduce a que de una misma definición puedan derivar una pluralidad de interpretaciones, aun contrastantes entre ellas. Dichos defectos ponen en dificultad a los operadores jurídicos porque en cierta medida las definiciones terminan por reducir el espacio a la interpretación, pero, al mismo tiempo, su eventual vaguedad puede generar caos en la solución de los casos. A su vez, dicha confusión puede abrir las puertas a la influencia de otros factores, por ejemplo, el poder concreto de las partes o su astucia en el desarrollo del proceso⁶⁶.

65 Problema subyacente en el derecho y que parte de la definición misma de derecho. La cuestión sobre la definición del derecho ha ocupado un lugar relevante en el debate de la teoría general del derecho y está a la base de importantes ensayos y obras monográficas como H. HART, *The Concept of Law*, 2.^a ed., reimpr, Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1998; H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, A. H. Campbell (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2014; J. RAZ, *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*, 2.^a ed., Oxford, New York, Clarendon Press - Oxford University Press, 1980; A. ROSS, *On Law and Justice*, Clark, N.J., Lawbook Exchange, 2004. Cfr. En la doctrina en español C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; G. R. CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973; C. S. NINO, *Introducción al Análisis Del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

66 Al respecto, G. CALABRESI y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review* 85, n.º 6, 1972, 1090, describen las consecuencias de la titularidad de un derecho señalando que las decisiones pueden tomarse sobre la base de que 'el poder es derecho', pues cuando "se presentan unos intereses en conflicto de dos o más personas, o dos o más grupos de personas, [el Estado] debe decidir qué lado favorecer. En ausencia de tal decisión, el acceso a los bienes, servicios y la

En conclusión, en relación con la familia no parece posible construir una ‘definición’ para circunscribir y simplificar la complejidad social y empírica del instituto. Justamente en Colombia se puede detectar esta tensión gracias a las incontables sentencias de todos los niveles que, con fundamento en el control de constitucionalidad, algunas veces han extendido el ámbito de protección de la familia⁶⁷, mientras que otras han mantenido un sistema cerrado fundado en las restricciones con base en la ‘moral social’⁶⁸.

Sin embargo, existe consenso en relación con el hecho de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, en cuanto tal, debe ser objeto de la más cuidadosa atención por parte de los ordenamientos jurídicos⁶⁹. Pero dicha

vida misma se decidirá sobre la base de ‘el poder hace el derecho’, el que sea más fuerte o astuto ganará. Por lo tanto, lo fundamental que hace el derecho es decidir cuál de las partes en conflicto tendrá derecho a prevalecer”.

- 67 Al respecto, permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, 38 ss. y *passim*, en particular el primer capítulo, donde se presenta la evolución de la jurisprudencia en relación con la familia en Colombia. Baste aquí señalar que el caso paradigmático es el del reconocimiento de los derechos derivados de las relaciones de pareja, también para las personas homosexuales.
- 68 Para los ejemplos en la jurisprudencia se reenvía a *ibid.*, *passim*, especialmente 74 ss., donde se reflexiona sobre las disposiciones y la jurisprudencia en materia de adopción, para señalar que allí tiene lugar una intervención estatal que, sin ser siempre admisible o necesaria, permite justificar limitaciones a los derechos a tener una familia y a la autonomía familiar, con base en criterios sospechosos de discriminación. En un discurso más general referido al efecto de la costumbre en el derecho, aparece la Sentencia C-224 de 1994, que mantuvo la expresión “moral cristiana” del art. 13 de la Ley 153 de 1887, según la cual la costumbre, general y conforme a la moral cristiana, es derecho, y duramente criticada por cuatro de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, quienes expresaron su disenso a la referencia a la moral cristiana por ser irrelevante desde el punto de vista jurídico. *Cfr.* Salvamento de voto de E. Cifuentes Muñoz, A. Martínez Caballero y F. Morón Díaz; y salvamento de voto de C. Gaviria Díaz.
- 69 Así lo exigen también los instrumentos de derecho internacional como el art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo. 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o el Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Desde un punto

atención podrá ser adecuada solamente cuando responda a los intereses sociales y a las necesidades de protección de la familia y de sus miembros. Pero si es cierto, como ya se dijo, que la familia cambia al ritmo que la sociedad le impone y que, al mismo tiempo, el derecho cambia de acuerdo con los cambios sociales y de la familia, la naturaleza mutable de la familia se tendría que predicar también del derecho de familia⁷⁰, que se refiere y depende de la familia misma. Sin embargo, esto no es descontado; por ello se hace necesario determinar si el derecho de familia sí ha recibido la renovación propia de la familia misma.

1.1.2. La revolución jurisprudencial en materia de familia en Colombia

Colombia ofrece un buen ejemplo de un derecho de familia que cambia de manera continua y que, en relación con la

de vista histórico, esta perspectiva de la familia como tesoro de la sociedad tiene una larga tradición; ya M. T. CICERONE, *De officiis: quel che è giusto fare*, Torino, G. Einaudi, 2012, Libro I, § 55, 49, se refería al carácter fundamental de la familia en la sociedad: “[D]e todas las formas sociales, ninguna es más importante, ninguna es más estable que la que surge cuando los hombres decentes, de hábitos similares, están vinculados por la familiaridad; esa dimensión moral, de la que hemos hablado a menudo, incluso si la distinguimos en otra persona, sin embargo, nos urge y nos hace amigos de aquel en quien nos parece que se encuentra [la dimensión moral]”.

70 En la doctrina italiana, FERRANDO, “Il diritto di famiglia oggi”, cit., 3, se encarga de describir la evolución del derecho de familia en Italia, del cual afirma que “ha cambiado profundamente en los años sesenta y setenta del siglo pasado. En esa fase histórica se introdujeron importantes reformas que marcaron la superación del modelo familiar que, en los países de derecho civil, tiene su origen en la codificación napoleónica de 1804”. También SESTA, “La famiglia tra funzione sociale e tutela individuali”, cit., 577, se refiere a la mutabilidad del derecho de familia como un reflejo de la imposibilidad de comprender la realidad: “el derecho no tiene la fuerza para ajustar la realidad social que intenta disciplinar a un modelo predeterminado, en vez de ello, el derecho -especialmente el derecho vivo, tal como se aplica y, a veces, es creado por los jueces- se comporta más bien como un espejo que termina reflejando la imagen de lo que la realidad social cambiante pone delante de él: en resumen, en lugar de ajustar, este resulta ajustado por la realidad de los hechos”.

noción de familia, ha facilitado el reconocimiento de nuevas formas de vida familiar, extendiendo así los márgenes del derecho de familia. Por ello, es posible afirmar, sin temor a equivocarse, que el derecho de familia colombiano protege en la actualidad grupos de sujetos que antes eran ignorados por el ordenamiento, por lo que no estaban reconocidos como titulares de un determinado *status* familiar⁷¹. Pero como el cambio no es necesariamente sinónimo de perfección y, en tantos casos, de bondad, ampliando el ámbito de protección se recorrió un camino de restricciones. Por ejemplo, a menudo el reconocimiento de la familia se ha hecho depender de la existencia de una relación de pareja formalizada mediante el matrimonio, o de la existencia de una relación de filiación genética, reduciendo así la posibilidad de configuración de la familia a la familia nuclear⁷².

Por esta razón, en el estudio del derecho de familia, como en ninguna otra área del derecho, en Colombia asume relevancia poner el lente de la Constitución Política de 1991. No para desconocer la relevancia de normas preexistentes, y aún vigentes, ni para ‘ajustar’ el análisis a un esquema formal positivista de las fuentes del derecho, sino porque la Constitución ha marcado de manera indeleble un ‘antes’ y un ‘después’ de su promulgación. Con ella, el ordenamiento se ha transformado de manera radical hacia una mayor inclusión de todos los miembros de la sociedad, y gracias al Estado social de derecho. De esta manera, la Constitución ha dado luz verde a una serie de reformas en todo el sistema, necesarias para ajustarlo al esquema constitucional,

71 Dado que “el ordenamiento garantiza un reconocimiento particular a las posiciones de los sujetos en el ámbito de la familia nuclear. Cada una se define comúnmente como *status* familiar; se identifican así los estados de cónyuge, de padre, de hijo”: AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 5.

72 Compuesta por “los cónyuges, los miembros de una unión civil, los convivientes y, si los hay, también sus hijos (incluidos los adoptivos) [...]. [P]uede estar constituida también por un solo padre y los hijos (llamada familia monoparental)”: *ibid.*, 3.

a la manera de un director de orquesta que se asegura de reunir todos los instrumentos musicales para reproducir una sola melodía.

Una de las revoluciones más importantes provocadas por la Constitución tuvo lugar en la familia, que asumió entonces una relevancia sin precedentes en el marco de una norma dedicada a definirla y a establecer las líneas guía para su protección, esto es, el art. 42 que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, “constituida 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”. Tratándose de una definición constitucional, y respetando la lógica de interacción de las fuentes del derecho, ella orienta la interpretación de todas las normas que se refieren a la familia. Sin embargo, reiterando lo ya dicho en relación con los problemas de toda definición, no puede menos que decirse que se trata de una descripción desafortunada. Su indeterminación ha provocado las más variopintas interpretaciones por parte de los jueces⁷³, lo que bien puede redundar en un déficit de protección de los sujetos, cuya situación concreta no sea compatible con los estándares predominantes, de manera que no vean reconocido su estatus familiar, y por lo mismo queden en posición de vulnerabilidad⁷⁴. Esto porque hay

73 De ello es ejemplo el derecho a formalizar las relaciones de pareja entre personas homosexuales mediante el matrimonio. El artículo 42 sirvió de base tanto para negar este derecho como para reconocerlo en 2016, dependiendo de la interpretación imperante y, con frecuencia, de acuerdo con la ideología de los magistrados de la Corte Constitucional. Para obtener más información sobre las diferentes interpretaciones planteadas por la jurisprudencia, permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, especialmente el primer capítulo.

74 “Los estatutos, códigos y decisiones judiciales proporcionan definiciones legales que reconocen algunos usos de ‘familia’, mientras ignoran otros. La función definitoria del derecho aporta coherencia a un término en disputa, pero no siempre satisface a quienes sienten que su tipo de relación íntima debería recibir reconocimiento con igualdad”: L. D. HOULGATE, *Philosophy*,

derechos que dependen de dicho estatus, como los derechos sucesorales, en materia de salud, pensiones y alimentos.

En ese sentido, la falta de un mínimo de certeza sobre los principios que gobiernan la familia puede conducir a discriminaciones⁷⁵ por el desconocimiento de ciertos derechos. En este punto se hace indispensable debatir sobre las competencias en relación con la creación del derecho: si el legislador no establece dichos principios y la doctrina es indiferente, ¿qué puede hacer el juez, quien tiene la obligación de producir la sentencia?

Respecto a esta duda, hay quien critica la mayor discrecionalidad que caracteriza al juez colombiano que, sin mayores dificultades, impone deberes de conducta en el ámbito privado⁷⁶, institucionaliza formas de vida como tipos de familia constitucionalmente protegida e incluso exhorta

Law and the Family: A New Introduction to the Philosophy of Law, New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2017, 5.

75 “[N]uevas influencias han demostrado que tal conjunto de valores [que tienen implicaciones en la identidad nacional, como la autonomía personal, masculinidad, maternidad, reproducción] en ocasiones podrían basarse en premisas discriminatorias y reaccionarias y/o producir consecuencias inaceptablemente duras para quienes no se ajustan a la regla predominante”: M. BONINI BARALDI, “Family vs Solidarity. Recent Epiphanies of the Italian Reductionist Anomaly in the Debate on de facto Couples”, *Utrecht Law Review* 4, n.º 2, 2008, 175.

76 Para un análisis crítico del amplio papel “creativo” del derecho por parte del juez colombiano en la esfera contractual, incluso al margen del acuerdo de las partes, y gracias al cual la jurisprudencia abre la puerta a una especie de tolerancia al incumplimiento del deudor, ver P. MORENO CRUZ, “Freedom of Contract and Constitutional Values. Some Exceptional Cases from The Colombian Constitutional Court”, en P. G. Monateri (ed.), *Comparative Contract Law*, Research Handbooks in Comparative Law, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, 216-41. Un análisis del papel creativo del juez civil colombiano desde un punto de vista histórico, con referencia a los ejemplos del error de derecho, la causa como requisito de validez de los contratos y la responsabilidad por actividades peligrosas se puede encontrar en J. PADILLA, N. RUEDA, y M. ZAFRA SIERRA, “Labor creadora de la jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”, *Revista de Derecho Privado* 26, 2014, 105-56.

al legislador a cumplir con su deber primario: legislar⁷⁷. Para los críticos, esta es una peligrosa forma de usurpación del poder legislativo por parte del poder judicial, peligrosa, entre otras, porque el carácter político de los tribunales puede incidir, de manera que las decisiones dependan, al menos en parte, de su composición plural y, de esa manera, respondan a sus conflictos de intereses⁷⁸. Con ello, la certeza y estabilidad del derecho serían solo ideales irrealizables para los juristas.

Sin embargo, saltar a conclusiones de este tipo podría resultar apresurado, pues con relación a la familia sería necesario considerar otros aspectos antes de valorar negativamente las competencias que asume el juez.

En primer lugar, hay que señalar que existen ejemplos del rol creativo de los jueces como fuente de una mayor protección de los derechos de los sujetos⁷⁹, lo que no es necesariamente problemático, sobre todo si se considera que las leyes sin una efectiva protección judicial o, cuando menos, sin la posibilidad de cumplirse aun haciendo uso de recursos judiciales, son solo *letra muerta*. En ese sentido, el juez debe poder interpretar con libertad, aunque dentro de los límites de sus competencias, pero siempre con la

77 Es el caso de la Sentencia C-577 de 2011 en la que la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que creara el vínculo jurídico con el que las parejas de personas homosexuales podrían formalizar su unión, so pena de que luego de dos años, en caso de que el Congreso no legislara, dichas parejas pudieran hacerlo mediante un contrato de unión solemne. Un análisis crítico de esta decisión y sus consecuencias se puede encontrar en RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 37 ss., o en M. PÁEZ RAMÍREZ, "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia", *Revista Derecho del Estado* 31, 2014, 231-57.

78 Por ejemplo, P. MORENO CRUZ, "El estilo del juez del *civil law*: el caso de la tolerancia (al menos) temporal del incumplimiento", en Seminario de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho "Luis Villar Borda", Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2014, critica que el juez construya razonamientos para presentar 'normas nuevas' como si ya hicieran parte del sistema jurídico.

79 Cfr. PADILLA, RUEDA y ZAFRA SIERRA, "Labor creadora de la jurisprudencia de la 'Corte de Oro'...", cit.

idea de proteger y garantizar el ejercicio respetuoso de los derechos, bajo el entendido de que:

La idea de los derechos no es más que la virtud introducida en el mundo político. Con la idea de los derechos, los hombres han definido qué son la licencia y la arrogancia; iluminados por ella, todos han podido mostrarse independientes sin arrogancia y dóciles sin bajeza. El hombre que obedece a la violencia se inclina y rebaja; pero cuando se somete al derecho de mando que reconoce a su prójimo, de alguna manera se eleva por encima de quien lo comanda. Como no hay grandes hombres sin virtud, no hay grandes pueblos sin respeto por los derechos, de hecho, se puede decir que no hay sociedad; es más, ¿qué es una colección de seres razonables e inteligentes unidos solo por la fuerza?⁸⁰.

De igual manera, es necesario considerar el hecho de que, así como el legislador no puede prever todos los supuestos de hecho, es el juez quien debe hallar las soluciones a los conflictos que se le presentan. Algunos tan nuevos que, no pudiendo resolverlos con los recursos dispuestos por el legislador, requieren soluciones innovadoras, aunque, de hecho, ello comporta la creación de nuevas reglas⁸¹. De no ser así, la actividad del juez sería parasitaria y no se compadecería con la pretensión de justicia material.

En fin, emerge otro aspecto asociado al proceso de creación del derecho. Bajo la lógica del principio democrático, aunque el juez no sea un representante del pueblo, a la ma-

80 A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Giorgio Candeloro (ed.), Milano, Rizzoli, 2011, 245. En español, A. de Tocqueville, *La democracia en América*, E. Nolla (ed.), 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2018.

81 Con referencia al *common law*, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il mulino, 2010, 130, señala que hay casos que "plantean preguntas tan nuevas que no pueden decidirse ampliando o reinterpretando las reglas existentes. Por lo tanto, los jueces a veces se ven obligados a crear una nueva ley, abierta o encubierta". En español, R. M. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

nera del legislador, en relación con la familia es justamente esa característica la que lo hace más *objetivo* o, si se quiere, más democrático, visto que, por lo menos en principio, no responde a intereses de grupos de presión. Ciertamente, el legislador representa el sentir de las mayorías, pero es esa característica la que lo puede llevar a una visión distorsionada sobre las necesidades de todos y, sobre todo, de las minorías. Por ello, el juez actúa también como un muro de contención a la tiranía de las mayorías: de hecho, “es evidente la persistencia de la función del derecho no sólo como una defensa contra la violencia individual y colectiva, sino también contra la violencia institucional”⁸².

Por todo esto, no se comparte la idea de la creación del derecho por parte de los jueces como una patología del ordenamiento. Sin embargo, es claro que no se trata de que actúen con discrecionalidad ilimitada, pues ciertamente el juez debe responder al derecho y a su pretensión de justicia material. De hecho, en el caso particular de la determinación sobre lo que es la familia hay toda clase de interpretaciones, pero del estudio de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la materia emergen algunos elementos de consenso relacionados con la familia constitucionalmente protegida: por ejemplo, está ampliamente reconocida la existencia de una pluralidad de formas de vida familiar, sin que ninguna de ellas pueda calificarse como única y privilegiada⁸³.

82 RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 20.

83 Para ver la evolución de la jurisprudencia y un análisis del derecho constitucional sobre las formas de familia reconocidas constitucionalmente en Colombia, permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., especialmente el primer capítulo. En los Estados Unidos, ya desde inicios de la década de 1980, se reconoció el cambio del antiguo modelo patriarcal de familia, por lo que la familia nuclear representaba el paradigma, allí el esposo proveía y tomaba las decisiones, mientras que la mujer se quedaba en casa para hacer sus tareas domésticas y cuidar a los hijos y al marido, para comenzar a hablar de “múltiples modelos de intimidad”, como padres solteros, esposas trabajadoras, esposos amos de casa, acuerdos de convivencia sin matrimonio,

Sin embargo, en el contexto de las relaciones de pareja, desde el inicio se distingue el matrimonio como categoría indiscutida de vínculo jurídico, aunque no única⁸⁴. Motivo por el cual la imposibilidad de acceder al matrimonio comportaba una discriminación de las personas homosexuales⁸⁵, quienes debían soportar una restricción de tal magnitud que bien podría afirmarse que se les impedía el ejercicio del derecho a formar una familia. En resumen, era necesario garantizar la protección y la formalización de las relaciones de pareja entre personas homosexuales mediante la institución matrimonial, garantizando así el derecho fundamental al matrimonio y, por exclusión, también el derecho a la soltería⁸⁶. De igual manera, el ordenamiento

matrimonio en serie e hijastros: M. M. SCHULTZ, "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy", *California Law Review* 70, 1982, 207.

- 84 SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., 574 s., advierte, con respecto a la evolución del derecho de familia, sobre el declive del matrimonio como la única fuente de relación familiar: "las nuevas reglas han cambiado radicalmente la noción de una familia legal, que ahora ya no parece necesariamente basada en el matrimonio, considerando que los vínculos jurídicos entre sus miembros prescinden de este de manera explícita, de modo que, como se ha escrito, 'parece haber una tendencia cada vez más fuerte a superar el matrimonio como un lugar constitutivo de estatus'. Esto da lugar a todas las disposiciones que han dado cada vez más autonomía a los cónyuges para definir y dar forma a sus relaciones, hasta el punto de permitir también la decisión de poner fin a la relación, con la consiguiente menor intervención del juez".
- 85 "Cuando el valor de la vida familiar de tales parejas (de personas homosexuales) se reduce a una mera cuestión de competencia para el registro de la población, o una vez más se ignora a través de la segregación en esquemas legales híbridos, significa que hay una brecha severa en la capacidad de cuestionar seriamente la reiteración de conceptos de 'familia' y 'naturaleza' que refuerzan la exclusión o marginación social y legal": BONINI BARALDI, "Family vs Solidarity...", cit., 176.
- 86 Reconocido de manera marginal como derecho subjetivo susceptible de protección por parte del poder público en las sentencias de la Corte Constitucional C-814 de 2001, C-482 de 2003, C-101 de 2005, C-577 de 2011; y de manera expresa en la SU-214 de 2016. La Corte en ocasiones se ha referido al matrimonio como un derecho fundamental vinculado al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental al matrimonio tendría dos formas de expresión: una positiva, entendida como el derecho a decidir si casarse o no;

constitucional protege las uniones de hecho como fuente de conformación de familia, con características similares a las del matrimonio⁸⁷.

En lo que tiene que ver con las relaciones entre padres e hijos, la familia encuentra una fuente en vínculos biológicos y en la adopción. Ciertamente, con respecto a estas relaciones no hay duda de que son de naturaleza familiar; de hecho, aparecen como una justificación casi obvia de la responsabilidad parental y, además, del carácter perpetuo del vínculo familiar en virtud de la filiación. Sin embargo, desde el punto de vista del pluralismo, típico de la sociedad actual y de los sistemas basados en el constitucionalismo, no es posible reducir la noción de familia solo a la existencia de la relación de filiación basada en la procreación⁸⁸,

y uno negativo, entendido como una limitación para el sistema legal, ya que no podría imponer consecuencias negativas a quienes deciden permanecer solteros. En Italia, “mientras que la mayoría de los académicos e intelectuales reconocen que la cultura jurídica de nuestros tiempos concibe el matrimonio principalmente como una prerrogativa individual, una elección libre que refleja un plan de vida imaginado, construido, conquistado para celebrar los propios afectos y proyectos, para superar las muchas dificultades que una vida juntos siempre presenta, dentro y fuera de la pareja, pocos admitirían que la sociedad tiene poco interés en mantener a algunos de sus miembros alejados de él”: BONINI BARALDI, “Family vs Solidarity...”, cit., 177.

87 Ley 54 de 1990. Corte Constitucional, sentencias C-278 de 2014, C-577 de 2011, C-1033 de 2002, C-533 de 2000, C-014 de 1998, C-114 de 1996, C-239 de 1994. La unión marital de hecho y el matrimonio se distinguen por las formalidades para su conformación, ya que el matrimonio requiere celebración formal, mientras que la unión marital de hecho exige solo la convivencia. Además, con el matrimonio la sociedad conyugal se constituye automáticamente, mientras que en la unión de hecho son necesarios dos años de convivencia. También se diferencian en que la disolución de la sociedad conyugal está determinada por el divorcio, mientras que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes ocurre con la interrupción de la convivencia, pero en esta los miembros de la pareja tienen hasta un año para iniciar la acción para la liquidación de la sociedad, después de lo cual pierden todos los derechos patrimoniales. En el matrimonio, en cambio, los sujetos pueden divorciarse en cualquier momento y, después del divorcio, la liquidación puede comenzar en cualquier momento, bajo el entendido de que ya está disuelta.

88 Como pareciera sugerir SESTA, “La famiglia tra funzione sociale e tutela individuali”, cit., 578, aunque concentrado en la indisolubilidad.

porque incluso si es indisoluble, resulta en la exclusión de otras formas de vida familiar, independientemente de la procreación.

Otro ejemplo interesante en Colombia, gracias al cual emergen ciertos elementos de reflexión que socavan la aparente centralidad de la procreación en la definición de la familia, es el de la familia de crianza, una familia reconocida y protegida, aun en ausencia de vínculos biológicos. Valga precisar que dicho reconocimiento ha tenido lugar en la jurisprudencia refiriéndose a supuestos de hecho concretos, sin que se haya reflejado en la legislación y sin que se entienda que la crianza es una fuente de filiación.

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha establecido que en estos casos debemos considerar el hecho de que hay una persona que, motivada por el altruismo y la solidaridad, ofrece cuidar a otra en una situación de vulnerabilidad; por lo tanto, el Estado debe respetar los lazos creados entre ellos después de un periodo considerable de convivencia. Dicha obligación se refuerza si el Estado es responsable de la prolongación injustificada de la medida, cuya vocación es eminentemente temporal y, por lo tanto, de la convivencia, ya que favorece la consolidación de las relaciones. Esta conclusión se ha propuesto en casos donde existe un conflicto entre la familia de acogida y la familia biológica, debido a un retraso negligente por parte del Estado para declarar el estado de adoptabilidad del menor de edad, lo que permite la creación y el fortalecimiento de un vínculo de afecto⁸⁹.

89 *Cfr.*, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-041 de 1996; T-495 de 1997; T-049 de 1999; T-586 de 1999; T-715 de 1999; T-941 de 1999; T-893 de 2000; T-510 de 2003; T-292 de 2004; T-836 de 2004; T-497 de 2005; T-572 de 2009; T-671 de 2010; T-403 de 2011; T-502 de 2011; T-580A de 2011; T-844 de 2011; T-689 de 2012; T-606 de 2013; T-070 de 2015; T-233 de 2015; T-074 de 2016; T-354 de 2016; T-525 de 2016; C-107 de 2017; T-177 de 2017; T-316 de 2017; C-359 de 2017; T-281 de 2018; C-085 de 2019. El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias 16 de marzo de 2008, exp. 18846; 2 de septiembre de 2009, exp. 17997; 11 de julio de 2013, exp. 31252, también ha

Además, la familia de crianza se ha protegido también en casos de reconocimiento de la sustitución pensional o de reconocimiento de perjuicios no patrimoniales por daños causados por el Estado. De hecho, más recientemente la misma Corte ha establecido que los presupuestos de existencia de la familia de crianza son: la solidaridad; el reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas); la dependencia económica; vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección; reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo; existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos; afectación del principio de igualdad⁹⁰.

Como se mencionó, este proceso de extensión de las formas de vida familiar ha llevado al reconocimiento progresivo de los derechos de las personas que antes no los tenían. Pero la determinación de los derechos también implica la existencia de ciertos deberes y obligaciones correlativos⁹¹

señalado que la familia puede tener origen en fuentes distintas a la consanguinidad, al menos en relación con la posibilidad de reconocer la existencia de perjuicios no patrimoniales. También la Corte Suprema de Justicia ha reconocido de manera expresa la crianza fundada en la solidaridad, el amor, la protección y el respeto como un fundamento de la familia. La misma lógica se puede encontrar en el ordenamiento italiano que, en la Ley 173 de 2015, se refiere al derecho a la continuidad afectiva del niño bajo custodia de una familia de acogida. De hecho, esta ley impone la obligación, para el tribunal que decide sobre la adopción, de evaluar el estado de los lazos emocionales y las relaciones del menor con la familia de acogida.

90 Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 2016; estos criterios los reitera la jurisprudencia posterior.

91 Cfr. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 48 ss. “[C]onvencionalmente, los puros *obblighi* tienden a referirse a los deberes que carecen de contenido económico y/o de acción (en juicio) para hacer valer la pretensión de cumplimiento”: FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 380. (ver *infra* nota 283 para comprender los usos de *dovere* y *obbligo* que en italiano pueden reenviar a la noción de *deber* en español). En todo caso, la autora excluye la posibilidad de reenviar los deberes con contenido patrimonial a la categoría de obligaciones, sugiriendo que “si, en lugar de separar y aislar las diversas situaciones, uno elige observar las relaciones familiares en su integridad y complejidad, como un tejido de componentes personales y patrimoniales destinados a la valorización constitucional de la persona. De hecho, bajo esta óptica, y examinadas a la luz de la interacción entre las posiciones individuales, las relaciones familiares

revelan una serie de discrepancias adicionales con respecto al modelo de referencia que termina excluyendo cualquier posibilidad de asociar los deberes familiares a las obligaciones": *Ibid.*, 386. Para un análisis sobre la diferencia entre el deber y la obligación en el contexto de las relaciones familiares, véase A. SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Studi di diritto privato 38, Torino, Giappichelli, 2010, 39 ss.

Por el contrario, P. RESCIGNO, "Obbligazioni (dir. priv.)", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1979 (consultado en DeJure, disponible en <https://www.iusexplorer.it> [todas las voces de la *Enciclopedia del diritto* fueron consultadas allí, donde aparecen sin numeración de página, razón por la cual, en adelante, solo se reportarán las páginas de las voces consultadas en papel, para las demás se reenvía al banco de datos]), considera que ciertos deberes pueden ser atribuibles a la categoría de 'obligación' donde resulta "cierta la patrimonialidad de la prestación (piénsese en la manutención de los hijos, en el deber de contribución de los cónyuges, en la respectiva manutención por la participación a la empresa o el desarrollo del trabajo familiar, en la contribución que a la familia debe hacer el hijo conviviente) y, por lo tanto, estaría justificado configurarlos en términos de 'obligación' (en el sentido y según la disciplina del art. 1173 ss.)", justificando el uso del término 'deber' por parte del legislador en la medida en que "se presta para comprender una serie de posiciones pasivas que no necesariamente se pueden reducir a la 'obligación' en sentido técnico y algunas que carecen incluso del carácter de juridicidad [... como los deberes personales]. Por otro lado, existe la innegable persistencia de un componente 'ideológico' del término, en sus vínculos con una doctrina de la familia que establece la conexión estrecha y asidua entre el deber y el poder, y ambos se consideran, respectivamente, impuestos y reconocidos al servicio de un interés que trasciende a los individuos". Estas consideraciones las reiteró en relación con la noción de *obbligo*. En el mismo sentido, MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., 32.

Valga la aclaración de G. DI GIANDOMENICO, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo", en ID. (ed.), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, 35, quien critica la teoría de la obligación sin prestación, a propósito de la extensión que de ella hace Castronovo a todas las situaciones derivadas del contacto social con fundamento en el deber general de buena fe y de protección, con fundamento en que "la obligación constituye una relación jurídica entre dos situaciones jurídicas subjetivas, una activa (de crédito), la otra pasiva (de débito). Objeto de la obligación es la prestación: es decir, si el objeto falta no existe siquiera la obligación", con lo que lo defendido por Castronovo es una noción engañosa que distorsiona el concepto mismo de obligación, haciendo entrar en ella cualquier hipótesis de ilícito en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento, "volviendo cada acción prohibida por el art. 2043 c.c.[it.] una violación de una regla de conducta (ex art. 46 c.p.)" y dejando en el ámbito de la responsabilidad aquiliana solo los casos de responsabilidad objetiva. En el mismo sentido, I. MARINELLI, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: attualità di un'antica dicotomia", en G. Di

y, en consecuencia, la existencia de sanciones frente a su incumplimiento⁹². Considerando esto, surge la pregunta que orienta esta investigación y que se refiere justamente al incumplimiento de los deberes de comportamiento en las relaciones familiares y las consecuencias que de ello se derivan.

El motivo es que, cuando la ley impone sanciones de cualquier tipo, establece barreras de tolerancia que permiten determinar cuándo hay un incumplimiento o una violación de los deberes jurídicamente relevantes. En otras palabras, al sancionar una determinada situación, en el fondo, el ordenamiento establece un límite de (in)tolerabilidad de la conducta. Estos límites pueden imponerse en todas las áreas del derecho⁹³, pero en las relaciones familiares son

Giandomenico (ed.), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, cit., 70, quien advierte que “la aplicación concreta de esta teoría [referida a la idea de que la prestación comprende también deberes de protección que reenvían al esquema de la obligación sin prestación] conduciría, sin lugar a duda, a un debilitamiento gradual de los límites entre las dos formas de responsabilidad, logrado con la progresiva ‘contractualización’ de la responsabilidad. [En definitiva ...] operando en el sentido de la teoría del contacto social, inevitablemente habría una extensión *sine limine* del área de aplicación de la responsabilidad por incumplimiento”.

92 Cfr. SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, cit., 173 ss.

93 Por ejemplo, en el derecho penal, la clasificación como delito implica la prohibición de ciertas conductas; las sanciones disciplinarias de los funcionarios públicos representan el límite para el ejercicio de la función administrativa; en el derecho contractual colombiano, la graduación de la culpa, según el tipo de acuerdo contractual, permite determinar la asunción de cierto tipo de responsabilidad. Más precisamente, el artículo 63 de la c.c.co. define los diferentes grados de culpa según un modelo de comparación con el hombre medio, estableciendo así la división tripartita de la culpa que el código evoca para determinar la responsabilidad contractual de acuerdo con el tipo de contrato y la utilidad que reporta a las partes (art. 1604 c.c.co.). Para un análisis profundo y crítico del esquema de responsabilidad por culpa en Colombia ver F. MANTILLA ESPINOSA, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, *Revista Opinión Jurídica* 6, n.º 11, 2007, 131-50; y L. C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 30, 2016, 287-335, <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.10>

más complejos y se rigen por una pluralidad de intereses que van más allá del mero cálculo económico: esto puede conducir a una mayor tolerancia de ciertos comportamientos, aun lesivos⁹⁴. De esta manera, lo que puede dañar a un tercero no necesariamente perjudica a un miembro de la familia⁹⁵. A su vez, los conceptos de obligación y deber (familiares) están condicionados por esta mayor tolerancia, y pueden adoptar una naturaleza diferente de la que tienen en otras áreas.

Quizá lo anterior podría explicar la variedad de remedios que ofrece el derecho frente al incumplimiento de los deberes de conducta entre familiares; por lo tanto, como se verá adelante, una conducta censurable puede ser castigada con sanciones de distinto tipo, atribuibles tanto a la ley civil como a otras regulaciones. Sin embargo, el derecho de familia en Colombia tradicionalmente ha excluido la indemnización como un instrumento de protección de los intereses de los miembros de la familia. Los remedios corresponden principalmente a soluciones penales o civiles, pero con un propósito puramente declarativo. A primera vista, surge la duda sobre la idoneidad de estas soluciones

94 Al respecto resulta interesante la perspectiva más general ofrecida por D. KENNEDY, *Abuso sexual y vestimenta sexy: cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación masculina*, trad. G. Moro, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, 28, quien refiriéndose al caso concreto del abuso sexual afirma que en cierta medida este puede ocurrir y ser aceptado en virtud de la tolerancia, pues lo que él llama “residuo tolerado” del abuso, que “se atribuye plausiblemente a decisiones sociales discutibles sobre qué es abuso y cuán importante es evitarlo. El derecho define asesinato con bastante claridad y el ‘sistema’ asigna sustanciales recursos a atrapar y castigar a los perpetradores. La violación la define de un modo mucho menos claro y le asigna menos recursos que a otros crímenes menos importantes”.

95 NICOLUSI, “Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile”, cit., § 3, describe la tolerancia en términos de *obblighi*. Mientras que P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?”, *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 629, va más allá al señalar que la tolerancia es “necesaria expresión de la voluntad de comunión, de aquella comprensión que es ciertamente parte integral del deber de asistencia recíproca”.

frente a la naturaleza particular de las relaciones familiares y, sobre todo, ante la necesidad de proteger los intereses de aquellos que resultan lesionados por un familiar.

Pero y entonces ¿por qué si la concepción sobre la familia cambió, y otros intereses han adquirido relevancia constitucional, los remedios del derecho parecen haberse congelado en la disciplina penal o en aquella de familia exclusivamente? Ciertamente, frente a la falta de una doctrina que se empeñe por estudiar el problema, no produce perplejidad que todavía no haya más previsiones normativas o un acervo de decisiones judiciales al respecto. Otra explicación podría asociarse a la, aún imperante, concepción patriarcal e institucional de la familia, pero sobre esto se volverá luego. De todas maneras, siendo posible actualizar el ordenamiento a la visión pluralista introducida por la Constitución de 1991, los remedios a las conductas jurídicamente reprochables deben ponerse al día, de manera que consideren los intereses de la víctima que, en muchas ocasiones, está en posición de vulnerabilidad.

1.1.3. La revolución que no fue: una primera mirada a la incapacidad de los derechos penal y civil para remediar ciertos daños

Para construir una justificación preliminar a la necesidad de buscar alternativas que permitan actualizar el ordenamiento jurídico colombiano, baste por ahora pensar en algunos ejemplos en los que el derecho penal no remedia de manera efectiva los eventuales daños que se pueden presentar en las relaciones familiares: la inasistencia alimentaria y el reconocimiento conscientemente falso.

En el primer ejemplo, el sentido común lleva a la conclusión de que la falta de pago de los alimentos se resuelve con el cumplimiento efectivo de la obligación. Sin embargo, el derecho colombiano prevé el tipo penal de *inasistencia alimentaria* para sancionar a quien no cumple con la obli-

gación⁹⁶. Esta solución aparece a primera incompatible con la necesidad efectiva del acreedor, pues de esta manera se obstaculiza el cumplimiento, impidiendo al deudor la posibilidad de procurarse los medios para cumplir con la obligación.

Un estudio de 2012 del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad⁹⁷, que recoge el análisis de los proyectos de reforma a la ley y las demandas de constitucionalidad contra la norma que prevé el tipo penal de inasistencia alimentaria, afirma que la penalización de esta conducta estaba justificada en la segunda mitad del siglo xx, por la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad mediante una medida intimidatoria. De igual manera, se justificó considerando la ineficacia de las acciones civiles, la importancia de detener los nocivos efectos sociales de la falta de asistencia porque, entre muchos otros, constituye una forma de violencia contra la mujer; y, en fin, que el alto número de procesos demostraban la ineficacia del derecho penal⁹⁸.

En relación con las críticas, según el mismo estudio, se podría resumir en: la inconstitucionalidad que comporta penalizar el incumplimiento de las deudas; la violación de los principios del derecho penal; la alta congestión judicial

96 Art. 233 c.p.co.: “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.

97 DEJUSTICIA, “El delito de inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia”, United States Agency for International Development, 2012, disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf [consultado el 25 de agosto de 2019].

98 *Ibid.*, 20 s.

del sistema penal, penitenciario y carcelario⁹⁹; la posible criminalización de la pobreza; la inidoneidad del derecho penal para proteger al acreedor; la agravación del conflicto social subyacente; y la utilización inadecuada de la denuncia como instrumento de venganza emotiva.

Con posterioridad, la Fiscalía General de la Nación también se pronunció en relación con los desafíos que impone la existencia de este tipo penal¹⁰⁰. En ese sentido, y como la primera encargada de adelantar el proceso e imputar a los deudores incumplidos, señala, por ejemplo, que ocurre con frecuencia que los denunciantes no hayan iniciado el cobro ejecutivo antes, lo que, en su criterio, hace nugatoria la garantía de cumplimiento, pues no hay ninguna medida cautelar sobre los bienes del denunciado. Además, como dificultades específicas, se tienen, entre otras, la dificultad para probar la capacidad económica del indiciado; la reincidencia en el incumplimiento del pago, que en muchos casos se ha probado que ocurre como un mecanismo de manipulación de los denunciantes; la poca efectividad en los mecanismos que permiten vincular formalmente al indiciado; y la aplicación indebida de la conciliación.

99 En mayo de 2017 ya se habían presentado veinte mil denuncias ese año, estadísticas expuestas con motivo de la presentación de un proyecto por parte del fiscal general de la nación, que buscaba la despenalización del delito de inasistencia alimentaria, y tomadas de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/inasistencia-alimentaria-debe-dejar-de-ser-delito>. A junio de 2019, ya se habían presentado 32.184 denuncias ese año, lo que significa un promedio de 5.364 denuncias mensuales. Tomado de: <https://noticias.canalrcn.com/nacional-justicia/justicia-ha-recibido-mas-30000-denuncias-inasistencia-alimentaria-durante-2019> [consultado el 15 de noviembre de 2019].

100 Fiscalía General de la Nación, “Caracterización cualitativa de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria”, s/f, 54-80, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Pol%C3%ADtica-sobre-violencia-intrafamiliar.pdf> [consultado el 25 de enero de 2020].

Adicionalmente, llama la atención una de las observaciones de la fiscalía, relacionada con el desgaste de la administración de justicia cuando el procesado paga antes de que se produzca la decisión del juez, causal de preclusión del proceso penal por la antijuridicidad de la conducta. Esto tiene una importancia mayúscula a la hora de justificar la impertinencia de la sanción penal como remedio a la inasistencia alimentaria, que se relaciona con el señalamiento de DeJusticia respecto de la congestión del sistema.

En efecto, si el temor a la imposición de la medida privativa de la libertad lleva a que los indiciados paguen, se podría estar tentado a afirmar su efectividad; sin embargo, esto representa en realidad un desperdicio inútil de una serie de recursos del Estado, pues el proceso se adelanta, pero no conduce a nada, y en ninguna medida previene la reincidencia. De hecho, la propia Fiscalía recomienda en el mismo informe el fortalecimiento de los procesos ejecutivos y administrativos, así como la despenalización de la inasistencia alimentaria.

Ciertamente, las distintas posiciones en relación con este espinoso tema dependen de una determinada concepción del derecho y de sus pretensiones. Sin embargo, de hecho, el ordenamiento colombiano sanciona con pena de prisión y multa la no satisfacción de la obligación alimentaria. Esto, en mi opinión, no está justificado. No parece verosímil que la pena de prisión o el pago de una sanción administrativa protejan de manera efectiva o, mejor, respecto a otros remedios, la unidad y la armonía de la familia, y mucho menos la solidaridad. Adicionalmente, por su contenido punitivo, no propenden a una reparación real de los daños.

Un problema similar se presenta en el caso en que un sujeto pretenda impugnar la paternidad luego de haber reconocido a otro como hijo a sabiendas de que no lo es. El código penal prevé el tipo penal de *supresión, alteración o suposición del estado civil*, en virtud del cual se debe imponer

una pena privativa de la libertad¹⁰¹. Como consideraciones preliminares, valen las mismas consideraciones para sostener la ineficacia de la existencia de este tipo penal, especialmente en relación con su inidoneidad para satisfacer los intereses de la víctima del daño.

Esto se estudiará con mayor detenimiento en el capítulo relativo a los remedios en Colombia; por ahora baste señalar que, considerando que el bien jurídico protegido es la familia, podría pensarse que la aplicación de esta medida no garantiza la tutela efectiva de los derechos del hijo que vería modificado su estado civil, que es quien podría ver lesionado su derecho a la intimidad y a tener una familia, además de los eventuales daños no patrimoniales por el rechazo de quien tuvo por padre y por la privación de la relación parental respecto de su padre biológico.

En el mismo sentido, también el derecho civil puede resultar insuficiente para remediar eventuales daños intrafamiliares. Siguiendo con los ejemplos ya señalados, en ambos casos existe igualmente un remedio en el derecho civil. En el primero, se puede adelantar el procedimiento declarativo para obtener el reconocimiento de la existencia y el monto de la obligación (arts. 397 c.g.p.co. y 448 c.p.c.co), así como el proceso ejecutivo para obtener el pago efectivo de los alimentos (arts. 305 ss. c.g.p.co. y 488 ss. c.p.c.co). En el segundo existe la acción de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad (art. 386 c.g.p.co.).

Sin embargo, ninguna de estas acciones prevé la declaración de la responsabilidad civil y la consiguiente indemnización del daño causado, lo cual deja los intereses de la víctima de un eventual daño en la irrelevancia desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

101 Art. 328 c.p.co.: “El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses”.

Adelante se hará un análisis detenido de estos y otros eventos, pero, a los efectos de este discurso, se debe señalar que las soluciones del ordenamiento se concentran, de manera no del todo justificada, en la punición del agente que causa el daño y, en consecuencia, no consideran los daños sufridos por la víctima o sus derechos lesionados. Desde el punto de vista civil, estos remedios buscan el cumplimiento efectivo de la obligación, o hacer coincidir la filiación legalmente reconocida con la filiación efectiva. Sin embargo, pese a que ambos son objetivos deseables, ninguno repara los daños no patrimoniales que pueda sufrir la víctima durante el tiempo en que se incumpla la obligación, o por la alteración de su estado civil.

Justamente por ello la responsabilidad resulta, al menos a primera vista, más eficaz: está concentrada en la reparación del daño, permite ofrecer una protección adecuada y efectiva de la víctima; declarada respecto de quien produce el daño, impone una obligación patrimonial idónea a cumplir con la función compensatoria; y en el contexto familiar comporta la responsabilización de quien, estando en posición de privilegio, actúa de forma negligente en perjuicio de un familiar¹⁰². Además, se trata de una solución que, aun cuando no conduce necesariamente a la ruptura definitiva de la relación, contribuye a una gestión de la crisis, sin consecuencias insuperables. Por todo ello, la responsabilidad

102 Se hace referencia al concepto de *responsabilidad moral*, que se tratará adelante. Por ahora se reenvía a las reflexiones de JONAS, *The Imperative of Responsibility*, cit. Véanse también J-S. GORDON y H. BURCKHART (eds.), *Global ethics and moral responsibility: Hans Jonas and his critics*, Farnham Surrey, England; Burlington, VT, Ashgate, 2014; J. LENMAN, "Compatibilism and Contractualism: The Possibility of Moral Responsibility", *Ethics* 117, 2006, 7-31; D. M. KAPLAN (ed.), *Readings in the Philosophy of Technology*, 2.^a ed., Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2009; U. MELLE, "Responsibility and the Crisis of Technological Civilization: A Husserlian Meditation on Hans Jonas", *Human Studies* 21, n.º 4, 1998, 329-45, <https://doi.org/10.1023/A:1005405310169>

puede verse como un remedio secundario, útil para llenar los vacíos de la disciplina del sector¹⁰³.

1.2. EN LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS: LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO HERRAMIENTA DE RECONOCIMIENTO DE NUEVOS INTERESES RELEVANTES

Pensando solo en el remedio indemnizatorio, visto en abstracto y más allá de las interferencias con las relaciones de familia, se cree que el derecho colombiano no es el ejemplo por excelencia de una protección efectiva de los derechos subjetivos por parte del Estado, de lo cual es prueba el cada vez mayor número de procesos judiciales. De hecho, podría pensarse en la sociedad colombiana como una sociedad proclive al conflicto, en un contexto de incompetencia estatal, y de los mismos sujetos, para encontrar soluciones extrajudiciales y pacíficas a sus controversias¹⁰⁴.

103 En todo caso, la responsabilidad civil es un instrumento idóneo para interactuar con otras áreas del derecho. “Un investigador que se enfrenta a una intersección entre el derecho de daños y cuestiones que involucran a la unidad familiar puede ver instintivamente el derecho de daños como un remedio secundario, una herramienta para llenar los vacíos que deja el derecho familiar en varios campos. La responsabilidad civil puede compensar a la víctima los daños ‘*consolatory*’ en casos en los que los recursos del derecho de familia son insuficientes por razones legales o técnicas”: B. SHMUELL, “What Have Calabresi and Melamed Got to do with Family Affairs? Women Using Tort Law in Order to Defeat Jewish and Shari’a Law”, *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice* 25, n.º 1, 2009, 129.

104 De conformidad con la información oficial, los procesos de familia que ingresaron entre 2016 y 2018 representaban el 7 % de la demanda de justicia en la jurisdicción ordinaria, que representaba un promedio de 2.700.000 procesos por año. Sin embargo, ese 7 % no considera eventuales procesos de familia iniciados frente a los juzgados promiscuos, ni las acciones de tutela cuya resolución se relaciona directamente con la familia. Información del Consejo Superior de la Judicatura disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Resumen+Ejecutivo+-+Informe+al+Congreso+de+la+Rep%C3%BAblica+2018.pdf/5aed54bb-0816-4328-abb7-2681303d441b> [consultado el 15 de octubre de 2018]. En Estados Unidos se afirma que “cuando los matrimonios se rompen o las familias no cumplen con los estándares mínimos que rigen la negligencia infantil, existe un uso

Una realidad tan propensa a las disputas sugiere la oportunidad de introducir reglas heterónomas que establezcan el radio de acción y, por lo tanto, los límites del ejercicio de los derechos individuales. Sin embargo, ello implica la identificación de los intereses merecedores de protección y, por tanto, al final, esto también se convierte en una elección de política del derecho expuesta a influencias ideológicas, ya que determina el alcance de los intereses en juego.

Al margen de la discusión ideológica, el reconocimiento de la relevancia jurídica de cualquier interés se puede hacer con distintos instrumentos, entre los cuales está la responsabilidad civil, sobre todo por su particular idoneidad para actuar en los campos legislativo y jurisdiccional. En el legislativo están las reglas generales del código civil, pero también aquellas más específicas que, en la consideración de determinados supuestos de hecho, reconocen el derecho a la indemnización¹⁰⁵.

En el ámbito jurisprudencial, en cambio, es interesante el proceso de ampliación de la tutela de los intereses, aunque de la legislación no se desprendiera de manera expresa una protección. De hecho, con la injusticia del daño a un interés que, a primera vista, no está protegido por el ordenamiento, los jueces en los procesos de responsabilidad civil determinan si dicho interés es digno de tutela o no, sin que sea necesario intervenir desde el plano puramente positivo. En otras palabras, si un juez acoge una solicitud de indemnización, legitima nuevas conductas e instancias,

intensivo de los tribunales locales para la resolución de disputas y respuestas a las intervenciones reguladoras. Algunos han estimado que hasta el cincuenta por ciento del tiempo y del esfuerzo legal en algunos tribunales civiles se dedican a resolver disputas intrafamiliares": HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit., 2.

105 Se está haciendo referencia a las normas que regulan la responsabilidad civil (arts. 2341 ss.) y a los arts. 148 c.c.co y 389 c.g.p.co., en materia de daño causado por el silencio sobre una posible causal de nulidad del matrimonio.

de los individuos o de los grupos¹⁰⁶. Viceversa, no reconocer la responsabilidad jurídica, allí donde corresponda, deja los daños en una zona de irrelevancia jurídica¹⁰⁷.

En ese sentido, si se parte de la observación según la cual en la familia se puede asistir a la lesión de intereses dignos de tutela, pero sin protección efectiva, la exigencia de adaptación del derecho de familia conviene predicarla también con relación a la responsabilidad civil. Y la actualización, que puede ocurrir con la creación de nuevas normas, pero también en el terreno interpretativo, debería referirse tanto a las hipótesis de daño indemnizable como a eventuales formas de indemnización.

Sin embargo, visto que el derecho colombiano no prevé reglas indemnizatorias específicas para la familia, se debe valorar si estas nuevas hipótesis pueden resolverse siguiendo las cláusulas generales o si es necesario modificar las 'fronteras' de la responsabilidad civil¹⁰⁸ y sus límites. Esto se pregunta porque se ha dicho que, al menos desde un punto de vista histórico, la extensión de los límites de la responsabilidad civil no ha hecho otra cosa que alejarla del derecho de familia¹⁰⁹.

106 CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., 13.

107 Pues "de hecho, tutelar al ciudadano mediante una de las dos formas de responsabilidad significa conceder o negar una disciplina sustancial e indemnizatoria específica, que se concreta también en una serie de concesiones procesales, de las cuales el sujeto podrá valerse en sede judicial": MARINELLI, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale...", cit., 52. Cfr. S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 3 s.

108 Para usar la terminología propuesta en Italia a finales de los años ochenta. Cfr. F. GALGANO, "Le mobili frontiere del danno ingiusto", *Contratto e impresa*, 1985, 159 ss.; F. D. BUSNELLI, "Le nuove frontiere della responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 469 ss.; M. LIBERTINI, "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contratto e impresa*, 1989, 85 ss.; C. CASTRONOVO, "Le nobili frontiere della responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1989, 539 ss.

109 "El área de intereses protegidos por el sistema de responsabilidad civil se extiende, pero esta extensión solo aumenta la distancia que la separa del derecho de familia. La tutela aquiliana pierde cada vez más, y finalmente

Dicho esto, y considerando dos áreas del derecho que están en constante cambio, emerge una serie de preguntas relacionadas con los remedios que el derecho de familia predispone frente a las conductas consideradas reprobables en las relaciones entre familiares. Por ejemplo, ¿la regla resarcitoria es incompatible con la familia? ¿Cuáles pueden ser los motivos de una eventual incompatibilidad? En las relaciones familiares, ¿cuáles son los intereses susceptibles de tutela por parte del ordenamiento? ¿Cuál es la normativa aplicable? ¿Cuáles son los objetivos y las funciones de dichos remedios? ¿Cuáles principios deben gobernar la imposición de sanciones a conductas negligentes en contra de un familiar?

Teniendo en cuenta estas dudas, y considerando la necesidad de actualizar el derecho de familia con respecto a los remedios por la violación de los deberes de conducta, esta investigación pretende demostrar la ineficacia o insuficiencia de los remedios de derecho de familia colombiano al problema del daño intrafamiliar. Como ya se dijo, hasta ahora el derecho colombiano ha apelado a soluciones ineficaces que no consideran los intereses de las víctimas.

Esta situación, referida a las relaciones entre padres e hijos, pone al jurista frente al reto de encontrar el mejor modo de reparar dichos daños, lo que hace surgir otras preguntas: ¿cuáles comportamientos lesivos de los padres deben tolerar los hijos? ¿Cuáles de estos comportamientos

para siempre, su antiguo cuño de moneda de compensación de los daños a las cosas –y a las personas, debido a su capacidad de producir riqueza– para convertirse en una regla general con valor amplio y flexible, sensible a múltiples y distintas necesidades de protección; pero este camino no lo acerca ni un paso hacia el núcleo impermeable de las relaciones que reúne la familia. Si bien la responsabilidad civil excede sus estrechos límites de origen, abriéndose a la búsqueda de un renovado rigor, el derecho de familia se cierra sobre sí mismo, defendiendo la inmutabilidad que le permite no conocer lo ilícito”: GIARDINA, *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia...*, cit., 15 s.

son dignos de reparación? ¿Cómo se puede determinar el daño? ¿Qué daños puede reclamar un hijo contra sus padres? ¿Qué tipo de indemnización se puede pagar por los daños a un hijo? ¿Cuál es la función de responsabilidad en estos casos? Si un hijo puede reclamar la reparación de un padre, ¿cuál es el término de prescripción y desde cuándo comienza a contarse? ¿El monto de la reparación debe considerar las condiciones económicas del causante del daño?

Para responder a estas preguntas, resulta indispensable entender cuáles son los intereses que protege el ordenamiento en el contexto de la familia. Como ya se ha dicho, la familia, aun al margen de los esquemas de la visión institucional y patriarcal, reclama una especial atención por parte del ordenamiento. Esta se traduce en la intervención del derecho dirigido a la protección del núcleo, pero también en la tutela de los intereses de los sujetos que pertenecen a ella.

Este doble escenario hace pensar en la existencia de una zona de conflicto para la protección de distintos tipos de intereses en tensión: por ejemplo, esto es evidente cuando la protección del interés familiar comporta un desconocimiento de los derechos del individuo.

1.2.1. Intereses protegidos en la familia: entre individualismo y solidaridad

En consideración a todo lo dicho, los intereses que se pueden tutelar en el contexto familiar se podrían agrupar, por lo menos, en dos extremos, quizá en tensión entre ellos: de una parte, los derechos subjetivos, aquellos reconocidos de manera individual, al margen de su pertenencia a una familia (aunque algunos pueden tener relación directa con ello y, por tanto, son comunes a todos los miembros de la familia, como los derechos patrimoniales que dependen de la relación de filiación); y, de otra, el interés público en mantener la unidad y armonía de la familia en cuanto tal y como el núcleo fundamental de la sociedad, interés que

está a la base de las reglas de orden público que gobiernan las relaciones familiares, y de las cuales no pueden disponer los miembros de la familia¹¹⁰. De hecho, se ha dicho que

La cuestión de la justiciabilidad generalmente depende de cuál de los dos enfoques, a veces contradictorios –el enfoque individualista y el enfoque familiar (que se deriva del enfoque colectivista)–, predomina dentro de las instituciones legales. El enfoque individualista trata al individuo como autónomo y separado del grupo al que pertenece. El objetivo de este enfoque es permitir que el individuo se dé cuenta de su autonomía [...], ningún grupo define completamente su identidad o su comportamiento. [E]l enfoque familiar, por otro lado, se enfoca en lo colectivo e intenta determinar de manera paternalista qué es lo mejor para la familia en su conjunto. [L]a principal preocupación del enfoque familiar es que la intervención legal pueda dañar los asuntos familiares, la autonomía y la privacidad. Este enfoque considera la restauración de la santidad, la privacidad y la armonía de la unidad familiar como un valor supremo que la intervención legal puede dañar o perjudicar. [...] De acuerdo con este enfoque, la unidad familiar es una esfera separada y única, en cuyos asuntos uno no debe intervenir, incluso si los derechos del individuo lesionado por

110 “Los principios de organización social implícitos en un derecho de familia nacional tenderán a definir la moralidad en términos de responsabilidad individual y de un concepto tradicional de la familia o, alternativamente, enfatizarán el colectivismo y la igualdad”: D. BRADLEY, “Family Law”, en *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2.^a ed., Edward Elgar Publishing, 2012, 314. Según PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 4, “la protección de la persona también dentro del grupo familiar y, por otro lado, la validez continua de la idea de solidaridad familiar con terceros, reforzada de alguna manera por la reforma, constituyen los principios y, al mismo tiempo, las necesidades que informan al sujeto y guían la investigación” sobre la conexión entre familia y responsabilidad civil. Cfr. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit.; ID., “Responsabilità e diritto di famiglia”, cit.; GIARDINA, *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia...*, cit.; SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit.

un daño deben ser puestos a un lado para el beneficio de la familia como un todo¹¹¹.

Esta tensión ha sido evocada por la doctrina italiana en la que se ha descrito la evolución de la familia como un recorrido de cambios en la dimensión en la cual resulta protegida. Se dice, entonces, que la familia constitucionalmente reconocida “ahora pierde la dimensión unificadora de la solidaridad para convertirse en un simple perfil de la privacidad de cada individuo”¹¹², revelando así el sabor agrídulce que produce la entrada en escena del derecho europeo, de carácter más exclusivamente individualista, y en particular de la Carta de Niza que, estudiada de manera sistemática, termina por fragmentar a la familia en los miembros que la componen y cuya protección consiste en el respeto¹¹³.

Por ello, frente a la encrucijada de intereses protegidos en el contexto familiar, la doctrina identifica una tensión entre una visión solidarista, que hace prevalecer los intereses de la familia, y otra, según la cual, aunque la familia sea el núcleo de la sociedad, es necesario lograr la concreción de los valores del individualismo, que exigen una protección más fuerte de los sujetos, aun en contra de la familia¹¹⁴. De hecho, “el interés de la familia no es otra cosa que el interés de los individuos que de ella hacen parte, [...] por lo tanto, no se puede considerar superior y distinto del de sus componentes”¹¹⁵.

111 B. SHMUELL, “Tort Litigation Between Spouses: Let’s Meet Somewhere in the Middle”, *Harvard Negotiation Law Review* 15, 2010, 199-200.

112 F. D. BUSNELLI, “Il principio di solidarietà e ‘l’attesa della povera gente’, oggi”, *Persona e Mercato*, n.º 2, 2013, 103.

113 Esta es la conclusión de *ibid.*, 106.

114 Cfr. F. HINESTROSA, “Hacia un Derecho de Familia del siglo XXI”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, 1999, 3-11.

115 SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 8.

Según la posición adoptada, se puede llegar a soluciones contradictorias: dado que la solidaridad exige la protección de los intereses de la unidad familiar, la posibilidad de indemnización quedaría excluida; en cambio, si se considera que el principio individualista prevalece, se abre la puerta a la posibilidad de admitir la responsabilidad civil como un remedio efectivo frente el daño causado en una relación familiar, sin consideraciones particulares por la unidad y armonía de la familia.

Pero, más allá de esta afirmación casi automática, ¿por qué no reflexionar sobre el contenido y alcance de la solidaridad y del individualismo en el seno de la familia?

Quizás el fundamento que la doctrina ha identificado tradicionalmente como una zona de conflicto podría superarse con un cambio de concepción sobre la solidaridad, para ver la responsabilidad civil como un instrumento de protección también de la familia y su armonía, y no solo del sujeto considerado individualmente. O también se podría considerar la relevancia del individualismo bajo un perfil de ejercicio responsable de los derechos, a la manera de la *función social de la propiedad*, y tomando inspiración de la prohibición del abuso del derecho. La doctrina que contribuyó a la introducción de estos conceptos ya había esbozado la idea de ‘solidaridad social’ que partía de la premisa de que la conducta de los individuos se debe gobernar dentro de los límites derivados de la convivencia en sociedad¹¹⁶.

Bajo la lógica propuesta, es posible afirmar que el concepto de solidaridad tiene distintas facetas, con una proyección peculiar en las relaciones familiares, si se considera el ca-

116 Se hace referencia a la elaboración de L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Conférences faites à l'école des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1908, 8, según el cual “en la solidaridad veo solo la interdependencia entre aquellos que están unidos por las necesidades y la división del trabajo entre los miembros de la humanidad y particularmente los miembros de un mismo grupo social”.

rácter institucional que siempre ha tenido la familia. Desde un punto de vista histórico, la solidaridad aparece desde la antigüedad vinculada al derecho de obligaciones¹¹⁷ y a la noción de comunidad, la cual fue punto de referencia de los deberes que surgían en virtud de la pertenencia a ella. Este criterio orientó la interpretación de la solidaridad en el derecho privado, que se entendió en un sentido genérico hasta que aparecieron los trabajos de los autores franceses de finales del siglo XIX, quienes, influenciados por el espíritu revolucionario y las ideas nacientes socialistas, comenzaron a introducir la idea de los derechos sociales; aunque antes el concepto de solidaridad tuviera una acepción visiblemente religiosa, con una clara referencia a la caridad cristiana¹¹⁸.

Sin embargo, solo con el constitucionalismo de la segunda posguerra la solidaridad emerge como categoría fundamental del derecho, porque gracias a su reconocimiento como deber¹¹⁹, o como principio de los ordenamientos

- 117 Así lo señala R. CIPPITANI, "Solidaridad", en M. I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (eds.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma; Perugia; México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Gioacchino Scaduto", 2013, 642. Según el autor, la noción de obligación solidaria *in solidum* del derecho romano permite la comprensión de la solidaridad como "un conjunto de deberes que derivan de la pertenencia a un grupo", y luego contribuyó, durante la ilustración, a la construcción del concepto de solidaridad como vínculo 'social' surgido por la pertenencia al grupo (la nación). En el mismo sentido, M. LOSANO, "La questione sociale e il solidarismo francese: attualità d'una dottrina antica", 4, disponible en: <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Solidarismo.pdf> [consultado el 1 de julio de 2018].
- 118 Para un análisis detallado sobre la contribución de la doctrina revolucionaria francesa, véase por todos a LOSANO, "La questione sociale e il solidarismo francese...", cit., 3. Para comprender la influencia del solidarismo francés en la posmodernidad ver C. BIANCO, *Solidarietà. Un approccio simbolico-politico*, Il limnisco, Cultura e scienze sociali, Milano, FrancoAngeli, 2015.
- 119 Un ejemplo, más reciente, está en la Constitución Política colombiana, que prevé entre los deberes de la persona y del ciudadano "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (art. 95.2).

constitucionales, o traducida en un conjunto de deberes¹²⁰, las libertades y los derechos individuales adquieren una nueva y diversa perspectiva. Así, la solidaridad aparece en el contexto de la desigualdad y actúa como una especie de tacón para elevar a los sujetos débiles y, así, puedan nivelarse con los demás y que las diferencias respecto a los ‘más afortunados’ sean menos evidentes¹²¹.

Se habla entonces de solidaridad como un noble “principio dirigido precisamente a romper barreras, a unir, a exigir un reconocimiento mutuo, y a permitir así la construcción de lazos sociales en la dimensión propia del universalismo. Se puede agregar de lazos fraternos, porque la solidaridad se une a la fraternidad, en un juego de referencias lingüísticas que empuja hacia raíces comunes”¹²². Por lo tanto, parece que la solidaridad puede tener una lectura diferente en el contexto de las relaciones familiares, actuando como una fuente de reconocimiento de derechos e inspirando la fraternidad propia de dichas relaciones. Por esta razón, no parece existir un punto de conflicto entre los derechos subjetivos y los deberes impuestos por la solidaridad, sino un punto de conjunción asegurado por una lectura y una aplicación sistemática de conformidad con los principios constitucionales¹²³.

Dicho esto, en los ordenamientos hay ejemplos en los que la solidaridad emerge en las relaciones familiares como un motivo de excepción a las reglas generales de otros ámbitos del derecho.

120 RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 4.

121 La metáfora es de F. HINESTROSA quien, en las clases de negocio jurídico en el pregrado de derecho en la Universidad Externado de Colombia (2011), explicó el funcionamiento de la autonomía privada, sus limitaciones y cargas como un baile, afirmando que, con el orden público de protección como límite, el derecho ofrece a las partes débiles de la relación una especie de tacón para hacerlas bailar a la misma altura de la contraparte.

122 RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 4.

123 *Ibid.*, 49.

Por ejemplo, en el derecho penal italiano se prevé la no punibilidad de quien comete el delito de encubrimiento “por haber sido constreñido por la necesidad de salvarse a sí mismo o a un familiar cercano de un daño grave e inevitable de la libertad o del honor” (art. 384 c.p.it.); o la no punibilidad de quien, “al margen de los casos de concurso en el delito o de encubrimiento, da refugio o provee comida, hospitalidad, medios de transporte, instrumentos de comunicación a [...] un pariente próximo”¹²⁴ que participe en una asociación por conspiración política o en una banda armada (art. 308, inc. 3). De igual forma, la solidaridad justifica la existencia de delitos contra la familia (Lib. II. Tít. XI, arts. 556 a 574-ter), justamente porque constituyen un atentado a la armonía familiar.

Del mismo modo, el derecho penal colombiano prevé la “influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” como una circunstancia de menor punibilidad (art. 55 c.p.co.). Y, por otro lado, incluye la pertenencia de la persona que comete el delito a la familia de la víctima como una circunstancia de agravación punitiva, por ejemplo, en casos de tortura (artículos 178 s. c.p.co.), constreñimiento ilegal (artículos 182 s. c.p.co.), fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (art. 186 c.p.co.), trata de personas (art. 215 s. c.p.co.), el estímulo a la prostitución de menores (art. 217 c.p.co.), la pornografía con personas menores de 18 años (art. 218 c.p.co.). Como en el caso italiano, el de-

124 A los efectos del derecho penal, se entiende que los siguientes parientes son los ascendientes, descendientes, cónyuge, la parte de una unión civil entre personas del mismo sexo, hermanos, parientes del mismo grado, tíos y nietos: sin embargo, la denominación de los parientes cercanos no comprende a los parientes por afinidad, cuando el cónyuge haya muerto y no haya descendencia (art. 308, párrafo 4, modificado por el artículo 1, párrafo 1, letra a), del Decreto Legislativo n.º 6 del 19 de enero de 2017, que incluyó, después de las palabras: ‘el cónyuge’, lo siguiente: ‘la parte de una unión civil entre personas del mismo sexo’.

recho penal colombiano establece un título que recoge las conductas constitutivas de delitos contra la familia (Lib. II. Tít. VI, arts. 229 a 238).

Desde un punto de vista altruista, la solidaridad actúa en las relaciones familiares para permitir la donación de órganos de una persona viva, como una excepción a la prohibición de la donación a extranjeros no residentes si son miembros de la misma familia (en Colombia, Ley 1805 de 2016, artículo 10). Además, en la pretensión de justificar la legitimidad de la llamada gestación por sustitución, el principio de solidaridad se trae a colación cuando se trata de un acuerdo libre y gratuito entre mujeres que pertenecen a la misma familia¹²⁵. Bajo la misma lógica, la solidaridad en la familia es una fuente de deberes vinculados al cuidado y la asistencia –moral y material– recíproca que se deben los compañeros; o la debida a los hijos con respecto a los cuales se agregan los deberes de educación, instrucción y manutención; o respecto de los padres ancianos u otros parientes en una posición de discapacidad o en alguna otra

125 Esto porque se critica la onerosidad de los contratos celebrados por la llamada gestación por sustitución, por lo que se considera que estos contratos enmascaran ‘una compraventa de niños’ y que implican la explotación de la pobreza de la mujer que se ve obligada a aceptar dichos contratos sin tener poder contractual y sin la conciencia de los efectos del acuerdo. Muestran algunos puntos críticos de esta problemática: S. CATANOSI, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, Jovene, 2013; M. R. MARELLA y S. CATANOSI, “Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale”, en G. Rojas Elgueta y N. Vardi (ed.), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Studies in Law and Social Sciences 1, Roma, Roma Tre-Press, 2014, 163-89. A propósito de dos casos en la jurisprudencia italiana, *cfr.* V. CALDERAI, “Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 7-8, 2017, 986-1000, y también en relación con las implicaciones del orden público M. TOMASI, “Towards an Emerging Notion of European *ordre public*: A Comment on The Case-Law about International Surrogacy in Europe”, en R. Toniatti y D. Strazzari (ed.), *Legal Pluralism in Europe and the ordre public Exception: Normative and Judicial Perspectives*, Jurisdiction and Pluralisms, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, 83-105.

situación para la cual la persona no puede satisfacer de manera independiente sus necesidades diarias¹²⁶.

Esta última descripción permite ver la actuación de la solidaridad vinculada a la autonomía, precisamente porque ante una situación de necesidad la familia es la primera llamada a brindar apoyo, tanto material como emocional¹²⁷, y esta es una forma de reconocimiento de la autonomía familiar. Solo cuando esta solución sea inadecuada, por la falta objetiva de medios o por el hecho de que pudiera causar daños a la familia o a un solo miembro, la autoridad podría hacerse cargo¹²⁸. La razón de este encargo radica en el papel de la familia como escenario natural para el desarrollo de la personalidad de sus miembros¹²⁹, sumado a la consideración de una especie de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado¹³⁰. Lo que se destaca es

126 En Colombia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la solidaridad en la familia en la Sentencia T-413 de 2013.

127 Sobre este doble reflejo del apoyo en la familia véase M. N. BUGETTI, "La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani", *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.º 3, 2017, 315, donde afirma que el aspecto relacional y afectivo "constituye [en ciertos casos] un elemento imprescindible de la asistencia a la persona débil, en cuanto permite interpretar la asistencia ya no como instrumental a la sobrevivencia, sino como una garantía de la plena promoción de la persona no autónoma".

128 Cfr. V. TONDI DELLA MURA, "Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia", en M. Gorgoni (ed.), *Modelli familiari tra diritti e servizi*, Napoli, Jovene, 2005, 330 ss.

129 De hecho, señala TONDI DELLA MURA, 346 que "se incluyen como tareas de la familia, satisfacer las necesidades de cada miembro; estas varían históricamente según el contexto, especialmente en lo que respecta al desarrollo y enriquecimiento de la personalidad de cada uno. Esta es una legitimidad reconocida a la familia en su conjunto, que deriva tanto del deber de solidaridad, que une a cada familia conjuntamente, como del derecho correspondiente del individuo a proporcionar la asistencia material y moral de los demás miembros de acuerdo con sus propias capacidades". En el ámbito normativo, la ley 328 de 2000 (Ley marco para la realización del sistema integrado de intervenciones y servicios sociales) relleva justamente el rol especial de la familia "en la formación y cuidado de la persona, en la promoción del bienestar y la persecución de la cohesión social".

130 Por ejemplo, en Colombia esta es la lógica del derecho de infancia y adolescencia. Cfr. en la doctrina italiana P. DURET, "Valorizzazione e sostegno

el poder que la solidaridad ejerce sobre los miembros de la familia al involucrarlos en una responsabilidad compartida de ofrecer apoyo mutuo entre ellos¹³¹.

1.2.2. La faceta ‘excluyente’ y ‘pretextuosa’ de la solidaridad

Pese a lo ya señalado, justamente en el ámbito familiar surgen dudas sobre la proyección altruista del principio de solidaridad, porque se refiere a la pertenencia¹³² de sus miembros a la misma familia, delimitando los deberes de solidaridad¹³³; lo que a su vez depende del reconocimiento que previamente ha tenido que hacer el derecho de aquella realidad como familiar. De este modo, emerge la faceta ‘excluyente’ de la solidaridad que aparece en un contexto de *privilegio*, quizá en contradicción con la igualdad:

¿Regresa la familia como refugio en un mundo sin corazón, donde ejercer plenamente las virtudes de la solidaridad? Esto puede parecer así, pero esta connotación específica de la solidaridad puede aparecer como un privilegio cuando se reserva solo para la familia fundada en el matrimonio, con la exclusión de las uniones de hecho y, en general, de cualquier otra forma de organización familiar. Estamos ante una solidaridad ‘excluyente’, casi una contradicción con su naturaleza

delle responsabilità familiari”, en E. Balboni *et al.* (eds.) *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n.° 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, 381.

131 En este sentido, F. D’AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2003, 92.

132 Así, M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, trad. T. Gargiulo, Milano, Feltrinelli, 2010, 248, cuando afirma que “los deberes de solidaridad son exigencias morales derivadas de la pertenencia a una comunidad”.

133 Una visión crítica es la de BUSNELLI, “Il principio di solidarietà e l’attesa della povera gente”, *oggi*”, cit., 111, quien sostiene la falta de un vínculo entre la solidaridad y la noción de ciudadanía.

más íntima, que sacrifica su actitud para producir o fortalecer los lazos sociales con una lógica completamente formal¹³⁴.

Considerando esto, pareciera que la solidaridad no pudiera actuar por sí misma, sino que necesita de otros puntos de referencia –probablemente el contexto social u otros principios como la dignidad, la libertad o la igualdad– de manera que se configure una especie de red que limite la actuación de los sujetos y del Estado, pues “la solidaridad no puede ser aislada ni separada, su ofuscación se une a los límites de la libertad material y con un aumento de las desigualdades que afectan la dignidad de la persona misma”¹³⁵.

Bajo esta lógica, se reclama una lectura más amplia que permita “salir de las solidaridades *parciales* para llegar a aterrizar en una solidaridad *general*, reconocida como principio constitutivo del orden constitucional”¹³⁶ y entendida como una convención para impedir la agresión entre los hombres¹³⁷. Esta comprensión de la solidaridad impediría su restricción a un único modelo que privilegie su ideologización y, al mismo tiempo, evitaría la adaptación maniquea de la solidaridad según voluntades particulares¹³⁸.

134 RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 52.

135 *Ibid.*, 39.

136 *Ibid.*, 33.

137 Se reenvía a J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica un'arringa per la solidarietà europea*, trad. L. Ceppa, Roma; Bari, Laterza, 2014, quien describe la solidaridad como la única posibilidad para resolver la crisis financiera que ha visto un choque abierto entre países acreedores y deudores. En español, J. HABERMAS, *En la espiral de la tecnocracia: pequeños escritos políticos XII*, trad. D. Hereza Modrego y F. García Mendivil, Madrid, Trotta, 2016.

138 A este respecto es interesante la crítica de IRIT, *Nichilismo giuridico*, preámbulo “un libro ancora da scrivere”, cit., n.º 2, para quien “el derecho moderno (o, si se prefiere, la modernidad jurídica) se entregó por completo a la voluntad de los hombres. Ya no hay un conocimiento de la verdad del derecho –dada desde arriba, y dada de una vez por todas– sino una voluntad incesante y atormentadora. ‘Volo, ergo sum’ es el uniforme del derecho. Esta voluntad es la elección de objetivos y medios: la norma jurídica, orientada a perseguir un propósito, determina el medio adecuado, es decir, la conducta capaz de lograrlo. La intención del propósito no está sujeta a ningún criterio externo,

La tarea de comprender la solidaridad por fuera de los esquemas ideológicos, económicos o políticos exige del jurista una superación de las fronteras del derecho, partiendo de la premisa de que “es necesario que los juristas se despidan de la metafísica fundacional y del problema de la verdad, que acepten el hecho de que su trabajo está ‘fundado’ en la nada”¹³⁹, para luego servirse de las reflexiones surgidas en otras disciplinas, que permitan hacer una lectura de la solidaridad armónica con la concreción de los intereses de los sujetos.

Esta amplitud de la reflexión sobre la solidaridad permitiría ver la responsabilidad civil como una respuesta solidaria a la víctima del daño, especialmente considerando que la defensa ciega de la solidaridad como un fin en sí misma, vista como un obstáculo insalvable para la aplicación de las normas de compensación entre los miembros de la familia, no toma en cuenta el hecho de que el daño en sí ya ha desgastado la unidad y la armonía familiar.

Piénsese, a modo de ejemplo, en el caso del incumplimiento de los deberes de asistencia y manutención respecto de los hijos, que es una conducta que en sí misma viola el principio de solidaridad, tanto frente al hijo como frente al otro padre, o quien tenga la custodia. Por lo tanto, la pretensión aparentemente solidaria de defender la unidad familiar como un fin en sí mismo y, por lo tanto, no compensar el daño sufrido por el hijo porque es abrumador de la armonía

a ningún control de admisibilidad. Su racionalidad tiene un carácter técnico y radica en la consistencia recíproca de los objetivos y en la precisión instrumental de los medios”.

139 P. BARCELLONA, “Introduzione”, en ID. (ed.), *Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, Strumenti / scenari 16, Bari, Dedalo, 2001, 6, con referencia a una crítica de G. VATTIMO respecto de la “fragmentación especializada del saber jurídico”.

del grupo, no sería más que un llamado hipócrita a mantener un estatus de negación de protección de la persona¹⁴⁰.

Por esta razón no se comparte la visión de la indemnización del daño intrafamiliar como una forma de traición de la armonía y de la unidad familiar. Por el contrario, esta podría ser un instrumento eficaz para garantizar los valores del ordenamiento jurídico, sobre todo la igualdad, sobre la que se hará una reflexión detenida adelante, y de la solidaridad misma, considerada equivocadamente como un obstáculo para la reparación.

Ciertamente, no se propone aquí una extensión sin restricciones de los límites de la responsabilidad civil, por lo que es necesaria una reflexión sobre las reglas para su aplicación, pero el primer paso ineludible para garantizar una tutela efectiva de los derechos de las víctimas es el de admitir la posibilidad de reparar los daños intrafamiliares, también como una forma de concretar la solidaridad en las relaciones familiares.

De hecho, algunos ordenamientos demuestran una mayor apertura a la posibilidad de reparar los daños en este contexto, como una forma de evitar la discriminación que comportaba no hacerlo¹⁴¹. Esta iniquidad ponía a la víctima

140 A este respecto son útiles las reflexiones de E. NAVARRETTA, "Diritti inviolabili e responsabilità civile", *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Giuffrè, 2014, 349, en relación con el art. 2059 c.c.it.: "la insuficiencia del art. 2043 c.c. para recoger en la injusticia del daño una lógica selectiva de intereses y una función reparatoria distinta de la compensación y, al mismo tiempo, la insatisfacción con la respetabilidad hipócrita, que invoca la inconmensurabilidad de la persona para negarle una protección adecuada, ha inducido al jurista hacia el humilde reconocimiento de que el dinero, a pesar de su escasez con respecto a los valores de la persona, puede y debe ofrecer a la parte perjudicada una respuesta solidaria dirigida a todos los derechos humanos".

141 Por ejemplo, en América Latina el nuevo código civil y comercial argentino prevé en el art. 587 la reparación del daño al hijo extramatrimonial por el no reconocimiento por parte del padre. El art. 414 del código civil peruano dispone la reparación de los daños morales a la madre en los casos de abuso de autoridad, promesa de matrimonio, cohabitación delictiva o minoría de edad en el momento de la concepción. En fin, el art. 250 del código de fa-

en una posición desfavorable porque, en virtud de la existencia de una relación familiar con el causante del daño, no

milia de Honduras establece, frente al matrimonio celebrado de mala fe, la posibilidad de reconocer la reparación de los daños en favor del cónyuge de buena fe. Adelante se verán las disposiciones del derecho colombiano. En Europa, son relevantes los ejemplos de Italia, que se estudiará en este libro; Francia, para la que se reenvía a L. ENGEL, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité: Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit* (1940-) 192, n.º 6, 1993, 5-31; PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil*, cit.; R. TORINO, "La responsabilità endo-familiare in Francia", en ID. (ed.), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Familia, Quaderni 10, Milano, Giuffrè, 2006, 121-30; I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée: rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice*, Odile Jacob, 1998; ID., "Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?", *Esprit* (1940-) 180, n.º 3/4, 1992 5-30. Portugal, *cfr.* OLIVEIRA Y MONTEIRO, "Responsabilidade Civil e Débito Conjugal", cit. Reino Unido, *cfr.* N. FERREIRA, *Fundamental rights and private law in Europe: the case of tort law and children*, London, Routledge, 2011, y España, *cfr.* E. ABAD ARENAS Y M. F. MORETÓN SANZ, "Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: Acción de resarcimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esposales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 739, 2013, 3496-3521; A. MARÍN MARTÍNEZ, "La responsabilidad por daño moral en las relaciones conyugales", tesis de máster, Universidad de La Rioja, 2015; J. A. MORENO MARTÍNEZ Y E. ALGARRA PRATS (eds.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid, Dykinson, S.L., 2012; M. de A. NOVALES ALQUÉZAR, "Amor y Derecho: Matrimonio y Responsabilidad Civil", *Anales de la Real Academia de Doctores de España* 16, n.º 1, 2012, 129-43; ID., "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges", cit.; ID., "La compensación económica como derecho de familia matrimonial, ¿Cuál es el objeto de la compensación?", *Revista Chilena de Derecho de Familia* 1, 2009, 35-72; A. M. RODRÍGUEZ GUTIÉR, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Monografías, Cizur Menor, Navarra, Spain, Civitas, Thomson Reuters, 2009; ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la Responsabilidad Civil*, cit.; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE Y P. CHAPARRO MATAMOROS, "Responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio", en J. R. De Verda y Beamonte (ed.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial 28, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 211-96; ID., "Responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales", en J. R. De Verda y Beamonte (ed.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, cit., 103-74; I. VIVAS TESÓN, "Daños en las relaciones familiares", en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, xv Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, Servicio de Publicaciones de

veía reparado el daño injustamente sufrido¹⁴², privilegiando así la protección de la unidad y de la armonía familiar.

Estas reflexiones ponen en evidencia otro problema, esto es, si frente a la provocación de un daño a un pariente debe intervenir el derecho necesariamente o si se puede dejar a la familia, en su autonomía, la tarea de encontrar una solución. Ciertamente, la respuesta a esta problemática exige encontrar un punto de equilibrio que permita a la familia desarrollarse como espacio para el ejercicio de los derechos y las libertades individuales de modo que favorezca el ple-

-
- la Universidad de Murcia, 2011, 333-42; ID., “La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares”, *Revista de Derecho Patrimonial* 26, 2011, 335-47.
- 142 Aquí resulta relevante la idea, desarrollada en Italia, de la injusticia del daño como criterio de valoración de la conducta lesiva que determina *ab initio* su reparabilidad. A propósito de esta categoría y de sus reflejos en otros ordenamientos, véanse, entre muchos otros AA. VV., *Valore della persona e giustizia contrattuale: scritti in onore di Adriano de Cupis*, Pubblicazioni del dipartimento di teoria dello stato dell’Università degli Studi di Roma ‘La sapienza’, n.º 8, Milano, Giuffrè, 2005; AMATO, *Il danno non patrimoniale: guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, cit.; BARCELONA, *Il danno non patrimoniale*, cit.; BUSNELLI y PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit.; CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit.; ID., “El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H.”, *Revista de Derecho Privado* 12-13, 2007, 307-23; J. L. DIEZ SCHWERTER, “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho Privado* 9, 2005, 177-204; J. C. HENAO, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; M. KOTTEICH, “El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias”, *Revista de Derecho Privado* 10, 2006, 161-94; ID., “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. ‘daño existencial’”, *Revista de Derecho Privado* 15, 2008, 145-62; ID., “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del ‘daño corporal’) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado* 18, 2010, 159-204; ID., *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, cit.; NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, cit.; ID., “I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale”, cit.; ID., “Diritti inviolabili e responsabilità civile”, cit.; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit. ID., *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, cit.; PATTI y MONACHE, *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, cit.

no desarrollo de la personalidad de los sujetos según los dictados de su propia autonomía.

Para resolver esto, y considerando el vacío existente en el derecho colombiano, en materia de daños intrafamiliares, se hace necesario analizar las posibilidades de interacción entre el derecho de familia y la responsabilidad civil. En ese sentido, se propone una reflexión en abstracto, pero teniendo en mente la premisa relativa a la subsistencia de una necesidad efectiva de hacer interactuar estas dos áreas en Colombia, con el propósito de ofrecer protección integral a las víctimas de un daño intrafamiliar, bajo el entendido de que la disciplina especial conduce a una forma de inmunidad de quien causa un daño, por lo menos desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Por ello, a continuación, se valorarán las distintas posibilidades de intervención por parte del ordenamiento.

Ahora bien, la pregunta sobre las posibilidades de interacción entre la responsabilidad civil y el derecho de familia no es nueva en otros ordenamientos. Por ejemplo, en el derecho italiano parece existir una solución ‘mixta’¹⁴³, con la existencia de disposiciones particulares, pero también con reenvío a normas generales.

Las opciones pueden ser entonces regular los aspectos relativos a la indemnización de los daños intrafamiliares siguiendo las reglas generales o, en consideración al carácter especial de estas relaciones, excluir la posibilidad de aplicación del derecho común¹⁴⁴; y una tercera alternativa es la de no hacer nada desde el punto de vista normativo.

143 Como la define PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 5.

144 Estas posibilidades ya las intuía la doctrina italiana de los ochenta, con *ibid*, 2 s.: “A pesar de que la combinación del tema de la familia con la responsabilidad civil no sea usual [...] páginas aisladas, pero a veces extremadamente significativas, tenues datos normativos y, sobre todo, decisiones jurisprudenciales más o menos numerosas en las diferentes hipótesis, inducen, sin embargo, a pensar que la pertenencia de los protagonistas del ilícito a un grupo familiar determina una forma diferente de operar de las reglas sobre

Valga aclarar que no se pretende hacer un profundo análisis de filosofía del derecho porque excedería los objetivos de este trabajo; más bien, se busca exponer algunas alternativas y sus implicaciones, reconociendo los límites del derecho colombiano.

1.3. ¿CÓMO ARMONIZAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE FAMILIA?

1.3.1. El *no derecho* y la autonomía de la familia como alternativa que puede enmascarar intereses

La primera alternativa que se propone analizar es la que implicaría que el ordenamiento no intervenga, lo que en el escenario de los daños intrafamiliares implicaría dejar a la autonomía de la familia la solución de eventuales problemas asociados a la provocación de este tipo de daños. La teoría general del derecho en Italia describe esto como el *no derecho*¹⁴⁵, entendiéndolo como la opción más idónea para que el derecho se acerque a los afectos, porque

Debemos reconocer que, si la ley quiere acercarse al amor, debe abandonar no solo la pretensión de apoderarse de él, sino también transformarse técnicamente en un discurso abierto, capaz de comprender y aceptar la contingencia, la variabilidad e incluso la irracionalidad, dejando el lugar a la derecha [...porque de todas maneras] es sobre todo a la esfera de los afectos a la cual la palabra [familia] inmediatamente reenvía¹⁴⁶.

responsabilidad civil, o la no aplicación de las mismas reglas o la aplicación de una regla particular”.

145 El no derecho en el sentido en que lo entienden RODOTÁ, *La vita e le regole*, cit.; ID., *Diritto d'amore*, Roma, Laterza, 2015, 1; JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, cit., 3; o J. CARBONNIER, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10.ª ed., Paris, L.G.D.J., 2001.

146 JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, cit., 3.

Seguir este camino implica que ciertas áreas de la vida de los sujetos quedarían excluidas de la competencia de regulación del derecho y, en cambio, se confiarían a la autonomía privada y familiar, en respeto de la intimidad de la familia, como un derecho protegido por el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del art. 8 de la Carta de Niza.

Sin embargo, esta opción conduce al problema de determinar algunos límites al ejercicio de la autonomía privada y familiar, lo que riñe con el carácter público de algunos de los intereses involucrados en las relaciones familiares. Esta es, sin duda, una tarea muy compleja porque implica entrar en el escenario de la política pública y, en ese sentido, mucho más variable respecto de lo que sería deseable por la exigencia de certeza del derecho.

De hecho, en el caso específico de los daños intrafamiliares no parece la elección correcta, principalmente debido al riesgo de eventuales abusos del *status familiae* y, en consecuencia, en defensa de la autonomía, posibles daños o conductas atentatorias contra un familiar podrían resultar impunes¹⁴⁷. En ese sentido, este camino, en apariencia respetuoso de la libertad y la autonomía individuales, podría tener una fuerte carga ideológica si se pretende reforzar la idea institucional de la familia patriarcal y, por lo tanto,

147 “En su forma fuerte, el principio [de intimidad familiar] prohíbe la intervención estatal coercitiva en la familia en todos los casos, incluidas aquellas situaciones en las que un miembro de la familia ha causado o amenaza causar daño a otros miembros. El principio era consistente con la temprana doctrina de la cobertura y la consiguiente idea de que con el matrimonio una mujer perdía su identidad legal y se convertía en una sola cosa con su esposo, haciendo difícil, si no imposible, quejarse del trato abusivo a sus hijos. Una versión moderna débil (y más defendible) del principio de intimidad permite intervenciones para prevenir daños, pero prohíbe que el Estado intervenga en otros comportamientos que se consideran privados”: HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit., 8.

conducir a mantener el *statu quo*¹⁴⁸, en el que la defensa de las libertades terminaría maquillando las violaciones a las libertades ajenas¹⁴⁹.

Ciertamente no se trata de desconocer el valor de la privacidad familiar. Por el contrario, al menos en lo que respecta a la conformación de la familia, se cree que el sistema legal debe respetar las decisiones tomadas por los individuos, siempre que sean el resultado de un proyecto concebido responsable y libremente para compartir la vida en común¹⁵⁰, debiendo el derecho reconocer una realidad *ex*

148 Ya S. RODOTÀ, "La riforma del diritto di famiglia", en ID. (ed.) *Il diritto privato nella società moderna*, 2.ª ed., Bologna, Il Mulino, 1977, 184, refiriéndose a la discusión sobre el poder que la reforma del derecho de familia de 1975 daba a los jueces, critica las pretensiones de la derecha de negar "la legitimidad de la intervención judicial partiendo de la premisa según la cual el poder de decisión de los conflictos debe, necesariamente, encontrar su lugar en la familia: lo que, en palabras más claras, quería decir dejar sustancialmente inalterada la posición de supremacía del marido".

149 Para MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 7, la elección de concebir a la familia como un lugar privado cerrado a cualquier intervención del Estado representa una elección ideológica porque "dada la separación entre el Estado y la sociedad civil, las interferencias del poder público y de la misma legislación en la segunda requieren una legitimidad que deben ofrecer las elecciones de política del derecho que el Estado asume de vez en cuando. Pero el carácter ideológico que connota la idea de la privacidad y/o naturalidad de la familia incide fuertemente en la forma en que se interpreta la relación con el derecho. De hecho, la no injerencia del Estado en nombre de la prejudicialidad de la familia puede significar la preservación del *statu quo* (por ejemplo, mantener la desigualdad entre los cónyuges) y presentarse como funcional a una visión autoritaria del Estado, la sociedad y la familia misma, exactamente como, por el contrario, la intrusión del Estado en lo sagrado de la esfera familiar (por ejemplo, la imposición de un régimen igualitario entre los cónyuges) puede aumentar la tasa de libertad que disfruta cada miembro dentro de la familia, y así favorecer una liberación progresiva de la familia misma respecto de las elecciones de fondo del Estado". Antes, la misma M. R. MARELLA, "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Rivista critica del diritto privato* 28, n.º 2, 2010, 236, había puesto en evidencia que la lógica de la privacidad había hecho del derecho de familia "un derecho autorrestrictivo que, a diferencia del derecho de las obligaciones, no regula la relación, sino solo su crisis".

150 *Cfr.* RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 83.

ante y garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Vista de este modo, la elección de no intervenir en la familia se convierte en una forma de intervención.

De hecho, hay quien considera esta como una forma de intervención en la familia, porque también la decisión de no legislar o reglamentar uno o más aspectos de la vida familiar representaría una elección de intervenir, justamente dirigida a reconocer la autonomía de los sujetos y de la familia como fuente de reglamentación de las propias relaciones; bajo esta lógica se afirma que

“Lo personal es político”. En el contexto actual esto se dice para significar que la familia misma es política, es decir, derecho y política social juntos determinan cuáles grupos de personas cuentan como familia y cuáles no, y cuáles derechos y deberes tienen las personas dentro de los grupos familiares. De ello se deduce que *la noción de una esfera privada de la vida familiar que es inmune a la intervención estatal es ‘incoherente’*. Los términos ‘intervención’ y ‘no intervención’ no tienen sentido. No existe una ‘base lógica para considerar un conjunto particular de políticas como de no intervención’. Una decisión legislativa de no obligar legalmente a cumplir con los deberes parentales es una elección política tanto como lo es la decisión de hacerlos cumplir. Ambas opciones pueden caracterizarse como ejemplos de intervención en la familia. ‘Mientras el Estado exista y aplique cualquier ley, tomará decisiones políticas’. Dado que el Estado define y redefine constantemente a la familia y ajusta y reajusta los roles dentro de ella, no puede existir la no intervención. El sistema legal debe intervenir en la familia¹⁵¹.

Ahora bien, reconocer la existencia de la familia o la tarea de definirla es un ejercicio distinto al de reconocer los daños intrafamiliares y ordenar su reparación, pues el ilícito madura cuando la familia ya existe, por lo que no se está reconociendo una realidad *ex ante*. Es más, considerando

151 HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit., 95. Cursiva no original.

que probablemente los daños pueden ser la fuente de destrucción de la familia, una intervención tempestiva podría prevenir su digresión. Además, el daño en sí mismo constituye una violación de los derechos de la víctima, razón por la cual es inconcebible la indiferencia del ordenamiento.

Esto conduce a concluir que en este caso es deseable la intervención del ordenamiento jurídico para garantizar el respeto de los derechos de las personas, aun frente al grupo familiar. Sin embargo, en este punto surge el problema de determinar si frente a la ausencia de normas precisas y particulares se deben crear nuevas reglas o si se puede apelar a las reglas generales ya existentes. Estas serían las otras dos opciones.

Valga señalar que no se puede perder de vista la necesidad de equilibrar la intervención estatal, bajo la lógica de que siempre que esta se presente se reconozcan las capacidades organizativas de la familia. En otras palabras, no se puede tratar de una intervención paternalista y vigilante de la familia por sus incapacidades, porque ello reflejaría la ideología de la tutela jerárquica, antes en cabeza del *pater*, ahora en cabeza del juez¹⁵².

1.3.2. Redacción de nuevas normas *ad hoc* como alternativa que reproduce el caos

La alternativa de crear nuevas normas para regular una hipótesis nueva es válida si se piensa nuevamente en la necesidad de que el derecho de familia se renueve en función de los cambios en la familia. La pretensión sería la de que las normas aplicables estén lo más cerca posible de la realidad prefigurada por las relaciones familiares.

152 Cfr. RODOTÀ, "La riforma del diritto di famiglia", cit., 184, quien criticaba la pretensión de la izquierda, para la reforma de 1975, de confiar de manera excesiva ciertos poderes al juez como "el fruto de un temor perenne a la libertad".

Evidentemente, el derecho de familia está ampliamente regulado por la legislación especial que, sin embargo, no necesariamente mantiene el ritmo de los cambios sociales que normalmente ocurren en la familia y en la forma como se relacionan los sujetos. Por ello, la cuestión que aquí se está planteando se refiere a la hipótesis en la que surgen nuevas situaciones que no están previstas ni reguladas por la legislación vigente.

Uno de los escenarios más interesantes es justamente el de la responsabilidad civil como mecanismo de tutela de la persona y la eventual aparición de nuevos daños, pero también, por mencionar otro ejemplo, el caso de la atribución de la paternidad o de la maternidad en virtud del recurso a las nuevas tecnologías. Ahora bien, en relación con el tema que se discute, en este caso se trata de determinar los posibles espacios para reconocer la existencia de daños intrafamiliares causados por los padres y su eventual reparación directa.

Al respecto, la elección de elaborar normas especiales implicaría entonces la configuración de un régimen que parta de reconocer que estos daños se producen, para definir cómo deben ser valorados y reparados, las eventuales causales de exoneración, así como la determinación de todos los elementos que sirven para atribuir la responsabilidad.

Esta elección puede parecer adecuada pues zanjaría cualquier discusión sobre la admisibilidad de este tipo de daños en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta opción puede ser inviable por varios motivos, por ejemplo, por los problemas asociados a la carga ideológica que puede tener este debate, pero además porque el legislador actúa con tiempos que no se compadecen con el ritmo de los cambios sociales. De hecho, el proceso de creación de las leyes es lento y largo, lo que introduce un riesgo adicional

de que durante su aprobación cambien ulteriormente los supuestos de hecho¹⁵³.

Además, como se señaló desde la introducción, el reconocimiento de ciertas situaciones no presupone necesariamente reformas legislativas, sino que puede ocurrir por obra de la jurisprudencia con apoyo en la doctrina, lo que también flexibiliza la aplicación del derecho y que ha ocurrido en escenarios como la responsabilidad civil, o incluso menos esperados, como el derecho de familia. En fin, siendo el derecho unitario, aunque se articule en distintas áreas o ramas, los fundamentos y los principios son compartidos por todas ellas, pues la jerarquía normativa impone el respeto de esos mínimos fundamentales.

Por ello, aunque se trate de una alternativa válida su aplicación parece conllevar problemas que bien podrían evitarse. Así pues, se cree que la opción que podría resolver más fácilmente el problema de reconocer e indemnizar los daños intrafamiliares en Colombia es la de aplicar las normas generales del derecho privado, teniendo en cuenta la naturaleza particular del derecho de familia, así como las normas de responsabilidad civil. En tal caso, sería suficiente establecer criterios de interpretación de conformidad con los principios constitucionales, allí donde sea necesario hacer distinciones en consideración a la naturaleza eminentemente personal de las relaciones en juego. Por lo tanto, esta sería la tercera opción.

153 Sobre la disonancia entre tiempos de aceptación social y tiempos de transformación jurídica *cfr.* M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale: contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Pubblicazioni dell'ADP. Sez. Atti e materiali 2, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 39-44.

1.3.3. Aplicación de las reglas generales del derecho privado y su interpretación constitucional como forma de adaptar el derecho

Una alternativa adicional para el reconocimiento de los daños intrafamiliares es, como ya se dijo, intervenir, pero sin optar por hacer grandes cambios legislativos o dotar de mayor rigidez la regulación, esto es, hacer una aplicación adaptada de las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

Para reflexionar sobre la idoneidad de esta elección, quizá conviene considerar antes el problema al que conduce la clásica *summa divisio* entre derecho público y derecho privado¹⁵⁴ en la discusión sobre la naturaleza del derecho de familia y de sus disposiciones. Conviene porque, si se considera el derecho de familia como parte del derecho privado¹⁵⁵, la aplicación de sus reglas generales sería me-

154 Explicada por F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, vol. I, Torino, UTET, 1886, 49, en los siguientes términos: “si revisamos todo el derecho, distinguiremos en él dos ramas: *zwei Gebiete*, el *Staatsrecht* [el derecho del Estado] y el derecho privado. El primero tiene por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo; el segundo, el conjunto de las relaciones jurídicas, en las que cada individuo explica su propia vida, dándole un carácter particular”.

155 Interesante la caracterización que de derecho privado hacen P. RESCIGNO, en diálogo con G. RESTA, y A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Il diritto che cambia, Bologna, Il Mulino, 2017, 13 s.: “En relación con el significado de la fórmula ‘derecho privado’, creo que es útil reiterar que este sector se caracteriza, en primer lugar, por la particularidad de los intereses que se realizan en las relaciones: particularidad no significa dimensión individual de los intereses, ya que pertenecen al derecho privado también las formaciones sociales con intereses colectivos. Pero los intereses colectivos no son de la generalidad de los ciudadanos, ya que siguen siendo sectoriales, para retomar otro término que es muy apreciado por la terminología de los juristas. Otra característica del derecho privado –pero siempre con la advertencia de la relatividad, es decir, las frecuentes desviaciones y adaptaciones– está dada por el poder, reconocido a los sujetos, de disponer de las relaciones. Siguiendo con la lista, también distingue las relaciones de derecho privado la naturaleza igualitaria de las relaciones: una de las formas más antiguas, que conserva validez, para contrastar las relaciones propias de la esfera

nos compleja (y más natural)¹⁵⁶ que si se tratara de derecho público. Sin embargo, pese a la aparente simplicidad de esta conclusión, la distinción público-privado referida a la familia es problemática porque no parece haber consenso sobre la naturaleza de los derechos aplicables a las relaciones familiares.

En breve, y simplificando –quizá demasiado– la cuestión, una primera distinción podría hacerse, en sentido general, entre quien reconoce o no la validez de la dicotomía derecho público-derecho privado en el contexto del derecho de familia. Esto porque la clasificación respecto del derecho de familia no encuentra un punto de referencia muy lejano, en la antigüedad en la que nace la *suma divisio*¹⁵⁷. Por ello, quien ve en la dicotomía una herencia anacrónica del derecho

pública y las propias del derecho privado reconoce autoridad y sujeción en las primeras, contra la naturaleza tendencialmente paritaria de las relaciones privadas. También debe enfatizarse en que la oposición no tiene el carácter de rigidez, si solo se piensa en el uso cada vez más frecuente que los poderes públicos hacen del instrumento convencional y, por otro lado, a las ‘autoridades’ privadas (piénsese en la administración de la empresa o la organización de la disciplina interna de los grupos). Vinculada a los caracteres enumerados, como un requisito que el derecho privado realiza y satisface, está la autodeterminación del privado. La autodeterminación, además de a los individuos, pertenece a los grupos, ya que las autonomías colectivas también pertenecen al derecho privado. La historia y cultura del siglo XIX, al afirmar el poder de autodeterminación del individuo con la categoría del negocio jurídico, había exaltado al individuo mientras las autonomías públicas desaparecían o declinaban (una expresión que debe entenderse en el sentido en que se discutía entonces, más que en el sentido atribuido hoy a la fórmula). En la experiencia actual, la reducción del área reservada a la autonomía negocial del individuo se compensa con la recuperación de las autonomías colectivas, al menos en las áreas en las que se explican al servicio de las razones e intereses de la persona”

156 Por ello hay quien justifica la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en las relaciones familiares: “si el Derecho de familia es parte del Derecho civil y se regula en el Código Civil y Comercial, se nutre de sus principios generales y es a estos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas”: MEDINA, “Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina”, cit., 19.

157 S. PUGLIATTI, “Diritto pubblico e diritto privato”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964. I. PUPOLIZIO, “Per un modello teorico della ‘grande

romano pone en duda la eficacia o utilidad de continuar a distinguir entre normas de derecho público y normas de derecho privado, señalando que es una dicotomía desueta, por lo que no tendría sentido preguntarse a cuál de las dos áreas pertenece el derecho de familia¹⁵⁸.

En términos generales, la dicotomía se puede fundar, por una parte, en la existencia o no de relaciones de subordinación, por lo que el fundamento es la posición de igualdad (derecho privado) o de desigualdad (derecho público) de los sujetos involucrados; en cambio, por otra, se considera la naturaleza de los intereses protegidos: así, la distinción se hace según que se trate de proteger intereses privados (derecho privado) o intereses públicos o colectivos (derecho público)¹⁵⁹, lo que encuentra fundamento en la clasificación hecha por Ulpiano (D. 1.1.1.2).

Esta simplificación muestra ya una distinción general que, pese a tener validez, no resulta del todo precisa para analizar el derecho, pero sobre todo para analizar el derecho de familia moderno, en el que ha tenido lugar de manera contemporánea tanto el proceso de constitucionalización como el de privatización. Siendo particularmente difícil determinar de manera exacta la distinción entre un interés colectivo y uno individual y, en consecuencia, entre derecho público y privado, la invitación de la doctrina que reivindica la validez de la *divisio* es la de buscar el sentido de la dicotomía en el origen de la modernidad, de manera que

dicotomia' tra diritto pubblico e diritto privato", *Materiali per una storia della cultura giuridica* XLIII, n.º 2, 2013, 344 ss.

158 Problema del que se ocuparon con distintas perspectivas los autores G. A. BENACCHIO y M. GRAZIADEI (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 24, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

159 Calificados por N. BOBBIO, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1957, 141 ss., como *formale y materiale*; no sin advertir que son excluyentes entre sí.

se pueda encontrar su esencia y utilidad, también porque “los críticos de la distinción, incluso los más radicales, parecen no poder prescindir de proponerla de nuevo *bajo otra forma*”¹⁶⁰.

Entonces, aceptando la distinción entre derecho público y privado, el derecho de familia ha sido considerado de distintas maneras, pues se trata de un área del derecho que desde el principio se ha demostrado de difícil caracterización dentro de la *divisio*¹⁶¹. Por una parte, se ha dicho que el derecho de familia es derecho privado en cuanto los intereses involucrados y regulados tienen un carácter individual y no son expresión del poder del Estado¹⁶². Otros han afirmado que, visto que se refiere a un interés público –o al menos un interés superior al cual se deben adecuar los sujetos–, se trata de derecho público y sus disposiciones son de orden público, esto es, inderogables¹⁶³.

Considerando los cambios en la familia y en el derecho y, en particular, la influencia de la ideología totalitaria, ha-

160 PUPOLIZIO, “Per un modello teorico della ‘grande dicotomia’ tra diritto pubblico e diritto privato”, cit., 350, quien señala las propuestas de Weber, Kelsen, Ferrajoli y Rodotà como ejemplos de intentos por reelaborar la distinción a partir de la pretendida crítica. Entre los defensores de la distinción, véase por ejemplo U. CERRONI, “Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 37, 1960, 335-67.

161 Para una descripción del debate durante el siglo XIX, con referencia exclusiva al derecho de familia, véase PUGLIATTI, “Diritto pubblico e diritto privato”, cit.

162 Véase por ejemplo AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 17, o el mismo PUGLIATTI, “Diritto pubblico e diritto privato”, cit.

163 Como SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 350. Cfr. A. CICU, “Lo spirito del diritto di famiglia”, en F. Messineo (ed.), *Scritti minori*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1965, 123 ss., quien en 1916 funda la distinción en la subordinación, o no, de las relaciones, en el hecho de que los intereses tutelados en el derecho privado son contrastantes, mientras que en el derecho público esto es impensable porque hay solo un interés que se debe satisfacer: el interés estatal. En cambio, en la familia hay un interés superior a los intereses individuales: el interés familiar, motivo por el cual las relaciones jurídicas en su interior son similares a las relaciones de derecho público, pero sin que se pretenda satisfacer el interés del Estado.

bía una tendencia que afirmaba de manera categórica que el derecho de familia no pertenecía a la esfera del derecho privado¹⁶⁴. Algunos han hablado de un tercer derecho, o de un derecho en la frontera entre las dos categorías, en virtud de que el derecho de familia tiene una autonomía propia, por lo que no podría ser ni derecho público ni derecho privado¹⁶⁵. En fin, se podría también decir que el derecho de familia pertenece a las dos esferas, y que se clasifica de forma separada cada norma según el tipo de obligaciones que produzca o interese¹⁶⁶.

El motivo de este desacuerdo proviene del hecho de que las relaciones de familia son intrínsecamente complejas, y

164 En particular, respecto de Italia “se puede decir que, en la visión dominante entre los estudiosos hasta los años cincuenta y pese al panorama de las variadas posiciones doctrinales, la disciplina jurídica de la familia, marcada como lo estaba por la potestad marital y patria, aparecía fuertemente ‘funcionalizada’ a la tutela de intereses ‘superiores’ y ultraindividuales, es decir, a las exigencias de la sociedad y del Estado”: SESTA, “La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali”, cit., 569 s.

165 Este es el replanteamiento de A. CICU, “Il diritto di famiglia nello stato fascista”, *Jus*, 1940, 373-97. En el sentido de un derecho a mitad de camino habla I. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, 4.ª ed., Bologna, Zanichelli, 1920, 350.

166 Así, “Algunos tradicionalistas argumentan que existen importantes obligaciones morales de la vida familiar que deberían ser públicas, es decir, impuestas por el derecho positivo de familia (por ejemplo, las obligaciones de los padres de no dañar, torturar, vender o matar a sus hijos). Pero hay otras obligaciones menos importantes, que algunos tradicionalistas creen que deberían ser privadas, es decir, que no son asunto de la ley (por ejemplo, la obligación de los padres de enseñar a sus hijos sobre el comportamiento sexual y sus consecuencias)”: HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit., 94. En la doctrina italiana también defienden esta tesis MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 6, según los cuales “el derecho de familia [...] sigue siendo un terreno *disputado* entre el derecho público y el privado. De hecho, no se puede ocultar que, incluso en la historia reciente, la relación entre el derecho y la familia continúa proyectándose en un escenario heterogéneo, cuyos actores, el Estado, la sociedad civil y el mercado entrelazan cada uno una relación *constitutiva* con la institución familiar, de modo que la familia misma muestra cientos prevalentemente privatistas otros principalmente publicistas, dependiendo del terreno de comparación considerado”.

no es fácil, ni preciso, incorporar las normas del derecho de familia en una estructura dicotómica con límites bastante claros y excluyentes entre sí¹⁶⁷, también porque puede haber elementos que con la evolución de la familia y del derecho se han movido al lado opuesto¹⁶⁸. Por lo tanto, incluso si la distinción entre la esfera privada y la pública ofrece ventajas desde un punto de vista clasificatorio, didáctico si se quiere, desde un punto de vista práctico, sin embargo, los límites son difusos, a veces inexistentes, y ponen a los juristas en crisis¹⁶⁹.

De hecho, la clasificación del derecho de familia en una de las dos esferas podría estar vinculada a la perspectiva del intérprete. Por ejemplo, según una lectura marxista, la idea de la familia como un lugar privado donde no hay espacio para la intervención estatal proviene de un concepto particular, vinculado a la visión institucional y patriarcal

- 167 Según N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3, esta *summa divisio* sirve para “dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todas las entidades de dicho universo hacen parte de él, ninguna excluida, y mutuamente excluyentes, en el sentido de que una entidad comprendida en la primera no puede estar comprendida de manera contemporánea en la segunda”.
- 168 Por ejemplo, “el cuidado, la interrelación humana y la reproducción están saliendo de forma lenta y vacilante de las sombras de la vida privada y familiar, para adquirir el reconocimiento que merecen como aspectos de la ciudadanía”: R. RUBIO-MARÍN, “I ruoli di genere all’interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”, en G. A. Benacchio y M. Graziadei (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 24, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, 182.
- 169 B. SORDI, “Verso la grande dicotomia: il percorso italiano”, en G. A. Benacchio y M. Graziadei, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 4, parece describir la situación en virtud de la cual la distinción se convierte en confusión: “la dicotomía entre derecho público y derecho privado representa para la cultura jurídica continental una gran brújula. Y apenas las manecillas comienzan a moverse, de inmediato el jurista se alarma; hipotiza cataclismos o, en todo caso, tempestades magnéticas que pueden subvertir su misma *forma mentis*; tempestades que preconizan *Le déclin du droit*”.

que se refleja en el ordenamiento¹⁷⁰. Sin embargo, con la crisis del institucionalismo la familia ha sufrido “cambios que cuestionan la persistencia de una distinción en los roles de género y que enfatizan la valoración y distribución de responsabilidades dentro de la familia. El último es el sector menos explorado, en el que los límites entre el derecho público y el privado son más difusos”¹⁷¹.

Ante este problema, parece que la distinción público-privado ya no es idónea para identificar la naturaleza del derecho de familia¹⁷². Por lo tanto, sería útil, para determinar las reglas aplicables sobre responsabilidad civil por daños intrafamiliares, si vale la metáfora, cambiar de anteojos: con la misma montura, que pondría los límites (las normas aplicables), remplazar los lentes empañados por la *suma divisio* público-privado por otros que consideren nuevos criterios, que recojan la complejidad de las relaciones reguladas por

170 “La idea de que existieran dos esferas jurídicas separadas, la pública, centrada en la sociedad civil, el mercado y el aparato estatal –entendida como un área en la que la promesa moderna del igualitarismo debería haber explicado sus efectos–, y la privada, fundada en un modelo familiar cuyo eje central era el marido, a quien se le encomendó la tarea de garantizar el apoyo económico –una esfera jurídica donde la naturaleza y la biología continuarían siendo el modelo de referencia–, fue aceptada simplemente como un elemento de las Constituciones materiales, o superestructura, de las sociedades de la época, que confiaron a las mujeres el rol reproductivo y de cuidado de la familia”: RUBIO-MARÍN, “I ruoli di genere all’interno della famiglia come questione costituzionale...”, cit., 161 s.

171 RUBIO-MARÍN, cit., 162.

172 Una lectura feminista advierte la idoneidad de la distinción para reforzar los estereotipos históricos de género, afirmando que “la noción tradicional de autonomía familiar debe adaptarse para permitir reconocer el hecho de que los sistemas jurídicos contemporáneos, aparentemente imparciales, sobre cuestiones de género han demostrado ser inadecuados para superar los estereotipos de larga data arraigados en el inconsciente colectivo y en la organización de la sociedad. Ha llegado el momento de admitir que la noción de neutralidad estatal y la protección de las formas colectivas de ‘autonomía’ y ‘autoorganización’ humana (en los partidos políticos, en las asociaciones, pero también en las familias) han sido, al menos en parte, una ayuda a las ficciones que de hecho han legitimado tal división de roles según el género, manteniendo el *statu quo* inalterado”: *ibid.*, 185.

el derecho de familia y, en consecuencia, que expliquen las múltiples normas que rigen la familia.

Con este fin, a partir de cualquier definición de derecho de familia¹⁷³, se puede encontrar que este tiene diferentes tipos de normas que comparten características similares con las normas de otros cuerpos de derecho, por lo que la aplicación de principios generales es factible, y también aconsejable, siempre con el objetivo de resolver las lagunas, en este caso: la ausencia de normas sobre responsabilidad civil por daños intrafamiliares.

Para encontrar una salida al embotellamiento, parecen útiles algunas reflexiones de la filosofía del derecho a partir de las cuales se propone un enfoque funcional¹⁷⁴. En tal sentido, la propuesta consiste en leer el derecho de familia a partir de las funciones que cumplen las distintas normas, de manera que se puedan considerar como parte del derecho de familia normas de otras ramas del derecho. A continua-

173 Para citar solo algunas: “el derecho de familia es el cuerpo de normas que concierne a las personas en virtud de su condición de miembro de la familia o que tiene la intención de serlo: un cónyuge, padre, hijo, tutor legal o prometido”: HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit., 4. “Derecho de familia es esa parte del derecho privado que disciplina la vida y las relaciones al interior de un grupo de personas, más o menos amplio, vinculadas entre sí, según cada caso, por el vínculo conyugal, de unión civil, de parentesco o de afinidad, y también las relaciones con terceros”: AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 17. “La materia de los derechos familiares tradicionalmente concierne a las instituciones relacionadas con el matrimonio y el parentesco que deriva de los lazos de sangre, así como aquellas instituciones destinadas a sustituir las relaciones de este parentesco”: C. M. BIANCA, “Famiglia (Diritti di)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1961, 68 s. “El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”: BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, cit., 23.

Para un estudio sobre la expresión “derecho de familia” desde los primeros antecedentes y pasando por la autorizada doctrina alemana del ochocientos, véase M. SCHMOECKEL, “Christian Influence on Modern Family Law”, en M. G. di Renzo Villata (ed.), *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, Studies in the History of Law and Justice 5, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2016, 12 ss.

174 HOULGATE, *Philosophy, law and the family*, cit.

ción, se intenta esquematizar este particular enfoque con referencia al derecho de familia (tabla 1).

TABLA 1. FUNCIONES Y OBJETIVOS DE LAS NORMAS DE DERECHO DE FAMILIA

Función	Objetivo	Ejemplos de normas en el derecho de familia
Punitiva	Imponer multas o penas privativas para asegurar el cumplimiento	Normas que prohíben o sancionan la violencia intrafamiliar, el incesto
Remedial	Definir aspectos problemáticos y sus remedios relativos	Normas relativas a la indemnización de los daños intrafamiliares
Reglamentaria	Proteger a los sujetos frente a posibles daños, sin alcanzar el carácter punitivo remedial	Normas sobre responsabilidad parental
De asignación de poderes	Conferir el poder de cambiar o crear derechos y obligaciones respecto de otros	Normas sobre el matrimonio, el divorcio o la adopción
De asignación y distribución de beneficios. En algunos casos, de determinación de los límites	Otorgar ventajas por el estatus familiar	Normas de bienestar, sobre la anticoncepción, reducción de impuestos, subsidios, seguridad social, trabajo, pensión, herencia
De definición	Definir conceptos para garantizar coherencia	Normas que definen la familia, el matrimonio, las uniones de hecho

Fuente: elaboración propia con base en L. D. HOULGATE, *Philosophy, Law and the Family: A New Introduction to the Philosophy of Law*, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2017, *passim*.

Esta perspectiva, sumada a la comprensión del derecho de familia como un cuerpo que se refiere y regula las situaciones que dependen de la existencia de un *status* familiar, o que lo modifican o involucran, ofrece una visión sistemática. Según ella, sería posible encontrar normas de derecho

de familia por el hecho de que se interesen o regulen las relaciones familiares¹⁷⁵.

De esta manera, se ve la familia como un escenario de interacción entre distintas normas. Pero estas reglas a las que se está haciendo referencia son heteronormativas, derivadas del Estado, que no siendo neutral tiene la obligación de garantizar que todos los sujetos sean tratados con respeto de las garantías constitucionales¹⁷⁶. Sin embargo, en las relaciones de familia, los sujetos siguiendo la propia autonomía se imponen ciertas reglas que les permiten desarrollar sus relaciones y resolver sus propios conflictos aun al margen de la organización estatal¹⁷⁷, es decir, la autonomía sería

- 175 SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 4, identifica que las normas que disciplinan las relaciones familiares “pertenecen a múltiples sectores del ordenamiento, aunque en distinta medida: al derecho privado en primer lugar, pero también al derecho constitucional, al derecho internacional privado, al derecho penal, al de procedimiento civil y penal, al derecho eclesiástico, al tributario, al laboral, al administrativo y al regional. El derecho de familia recoge además las normas de ordenamientos distintos al interno, como el canónico, el internacional y el comunitario”.
- 176 Un ejemplo es la igualdad, cuyo respeto depende de la protección y garantía ofrecida por el Estado. Esto rompe la idea del Estado como una entidad pasiva en la conducción de las relaciones familiares. Cfr. RUBIO-MARÍN, “I ruoli di genere all’interno della famiglia come questione costituzionale...”, cit., 176, quien hace un análisis que se refiere a la igualdad de género en el contexto europeo, particularmente en Alemania e Italia; según ella, “para eliminar el género como principio que informa el sistema, es necesario ir más allá de la igualdad formal también en la llamada ‘esfera privada’ a la que pertenece la familia. De esto se deriva el necesario abandono del mito de la neutralidad estatal y la desviación del velo de privacidad que ha caído sobre la familia para sentar las bases jurídicas para un sistema igualitario”.
- 177 Esta interacción la describe AULETTA, *Diritto di famiglia*, 17 s.: “Aunque en la mayoría de las circunstancias, la familia encuentra por sí misma la clave para resolver los conflictos de intereses que pueden surgir de vez en cuando, sin preocuparse por las prescripciones legales, con el tiempo la regulación jurídica ha jugado un papel fundamental en la regulación de la vida del grupo; en particular, al determinar los requisitos necesarios para el nacimiento y la estabilidad del vínculo matrimonial; para proteger a los sujetos más débiles (especialmente los niños) contra posibles abusos; para regular la crisis de la pareja y los casos en que la familia (o algunos miembros) entablan relaciones con terceros”. Permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 107, donde se reconoce en la autonomía un principio

reconocida como una fuente admisible de regulación, lo que da lugar a aquello que la doctrina llama la “privatización de las relaciones familiares”¹⁷⁸.

Visto así, no sería posible excluir ni siquiera la aplicación de los principios generales del derecho y las reglas generales del derecho privado en el derecho de familia, gracias a la importancia del derecho privado: a él pertenecen categorías fundamentales para todo el ordenamiento, allí nacieron conceptos de base que sirven a otras ramas del derecho, se trata de un ramo que tiene una raíz histórica profunda pero vigente aún¹⁷⁹. En conclusión, y con la visión funcional

regulador de las relaciones familiares, pero entendido más allá de los límites patrimoniales o contractuales: “Podría decirse que la autonomía privada como principio orientador del derecho de familia, se manifiesta como una habilitación para los particulares para decidir con quién y los parámetros bajo los cuales desean conformar una familia, una de cuyas manifestaciones concretas se da en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos”.

178 SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 8. Para una reflexión general sobre el contenido y los límites de la autonomía privada en la familia véase G. BALLARANI, “Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli”, en P. Sirena y A. Zoppini (eds.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Studies in Law and Social Sciences 4, Roma, Roma Tre-Press, 2018, 135-158; y C. LASARTE, “Autonomia privata e norme imperative nelle relazioni familiari contemporanee”, en P. Sirena y A. Zoppini (eds.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 8, 179-189.

179 Véase al respecto la reflexión que PIETRO RESCIGNO hace sobre el derecho privado en RESCIGNO, RESTA, y ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, cit., 14 s.: “Creo que el derecho privado es realmente la gran trama conceptual de todo el derecho, y especialmente del derecho tal como lo concibió y transmitió la gran experiencia histórica del siglo XIX, en particular la pandectística. [...] a partir del derecho privado aún puede deducirse la trama conceptual del sistema en su conjunto, y esta es una suposición que no descansa tanto en el hecho de que existe un orden privado que favorece una visión pluralista de la sociedad y del sistema de fuentes, y que sobrevive como un ordenamiento privado nacido desde abajo. También el joven se da cuenta de que este dato es cada vez menos cierto, por los límites impuestos a la autonomía de los particulares y la existencia de múltiples poderes que producen normas, pero no son atribuibles a la multitud y la variedad extrema del mundo privado. El supuesto se basa, más bien, en la consideración de que en el derecho privado se encuentran nociones que siguen siendo relevantes en la experiencia y que sirven en las otras ramas del derecho, también para

apenas descrita, el derecho privado se considera derecho común con vigor también en el derecho de familia¹⁸⁰, al cual poder apelar en caso de daño intrafamiliar.

De todas maneras, la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil a este específico caso debe respetar la naturaleza particular de las relaciones de familia, así como los objetivos del derecho de familia. Se trata de un enfoque que implica identificar los principios generales aplicables al derecho de familia, para establecer reglas de interpretación precisas¹⁸¹. En Colombia la legislación no prevé principios específicos, pero la doctrina y la jurisprudencia llegaron a algunos puntos convergentes,

clasificar la actividad del Estado y los organismos públicos (u organismos de otra naturaleza, hoy a menudo no precisamente definible). Propiedad, responsabilidad, obligación, cumplimiento, contrato son todas las nociones que nacieron en el campo del derecho privado y que aún representan el humus con el que el jurista que quiera reconstruir el sistema, o el operador llamado a resolver problemas sustanciales, debe necesariamente hacer las cuentas y por lo tanto conocer. Creo que desde este punto de vista el derecho privado conserva una función peculiar: precisamente debido a su naturaleza que está conceptualmente comprometida con la fijación de nociones básicas, es quizás la rama del derecho que se ha resistido a la mayoría de los intentos de negar y vaciar nociones que habían sido elaboradas -aunque no siempre logrando el objetivo- de acuerdo con la dignidad y unicidad de la persona, de la idea de sujeto de derecho, de la libertad expresada a través del ejercicio de la autonomía”.

180 Para retomar la expresión usada por *ibid.*, 17 s: “concebir el derecho privado como derecho ‘común’, por lo menos como aspiración del privatista que está empeñado en contribuir a él y a enseñarlo, significa no solo ver en el derecho privado la base de todas las ulteriores ramas (comprendidas aquellas que son al mismo tiempo derecho público y privado), sino especialmente poner en relieve el elemento de la igualdad y de la paridad, aun en situaciones y relaciones donde esté presente el perfil público. Justamente porque ‘común’, este se pone como derecho igual, al menos en las intenciones y en los puntos de partida: derecho privado como derecho común significa también garantía de una tendencial paridad de tratamiento de los sujetos”.

181 Respecto de la regulación por principios es interesante el trabajo de la *Commission on European Family Law* de enumeración de ciertos principios en materia de divorcio y manutención entre cónyuges, de responsabilidad parental y de relaciones de propiedad entre cónyuges. Véase <http://ceflonline.net>

por lo que se reconocen como principios, por ejemplo: el interés superior del menor, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la primacía de la realidad¹⁸², la autonomía familiar. Igualmente, se deberían considerar las particularidades de la responsabilidad civil, sus principios y reglas de aplicación como los criterios para la determinación y liquidación del daño indemnizable. En otras palabras, sería necesario reconstruir una responsabilidad civil adaptada a la familia; esto se profundizará adelante.

En este punto, conviene valorar en abstracto de qué manera ha intervenido el derecho colombiano en el derecho de familia.

1.4. LA INMUNIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES COMO ANTECEDENTE

1.4.1. Un primer acercamiento a la inmunidad

La cuestión relativa al estilo de intervención del derecho en la familia pone en evidencia un problema sobre la igualdad,

182 Según el cual, el juez en la decisión debe considerar, además de los datos normativos, ciertas situaciones de hecho y privilegiarlas si con la aplicación de las normas relativas resultan desconocidos derechos fundamentales de los sujetos. Permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 98 ss., para ver una lectura sobre la aplicación de este principio en el derecho de familia. En Argentina, precisamente en las discusiones sobre el proyecto del nuevo Código Civil se justificó la inclusión de distintas normas, en particular la eliminación de las causales de divorcio, para reconocer la asunción del principio de primacía de la realidad. Cfr. M. HERRERA, “El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado”, en M. Graham y M. Herrera (ed.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, 275-323; SZMUCH, M. G., “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia”, *Revista del Notariado* (blog), 2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/11/sobre-algunos-aspectos-de-la-union-convivencial-la-proteccion-de-la-vivienda-y-los-pactos-de-convivencia/> [consultado el 25 de marzo de 2016].

principio que ha revolucionado las relaciones de familia y cuya influencia ha minado seriamente el modelo jerárquico y patriarcal. Gracias a la igualdad la familia sigue siendo considerada como una formación social fundamental en la sociedad, pero porque es el escenario por excelencia en el que el sujeto puede desarrollar la propia personalidad. Dicho cambio de perspectiva justifica el recurso al remedio indemnizatorio porque se privilegia la autonomía del sujeto, aun al margen de la unidad del núcleo¹⁸³.

Entonces, considerando a los individuos como sujetos antes que como miembros de la familia, la no indemnización de un daño intrafamiliar representa un injustificado y desigual tratamiento de las víctimas, respecto de aquellas que sufran un daño de otro tipo.

En la literatura jurídica esto se ha explicado mediante la regla de la *immunidad*, hoy superada. Esta regla nació en el *common law* para justificar la imposibilidad de perseguir en juicio al propio cónyuge¹⁸⁴. La inmunidad se entiende

183 Cfr. PARADISO, "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", cit., 14. El autor atribuye la 'revolución' del derecho de familia al principio de igualdad porque con el jaque mate al modelo jerárquico la fuente de los deberes recíprocos es la autonomía de los sujetos, "abriendo así las puertas de la ciudadela familiar al derecho común y comprimiendo los valores institucionales residuales de la disciplina a favor de la idea de 'privatización'". En el ámbito de los daños intrafamiliares, Paradiso agrega como factores disruptivos también la expansión de la responsabilidad civil y la relevancia de los daños no patrimoniales.

184 Cfr. V. SANFORD, "Personal Torts within the Family", *Vanderbilt Law Review* 9, 1956, 823; W. E. McCURDY, "Personal Injury Torts between Spouses", *Villanova Law Review* 4, 1959, 303; RESCIGNO, "Immunità e privilegio", cit.; LABRUSSE, "Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint...", cit.; R. BEAL, "'Can I Su Mommy?' An Analysis of a Woman's Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive", *San Diego Law Review* 21, 1984, 325; A. SCHEPARD, "Divorce, Interspousal Torts, and Res Judicata", *Family Law Quarterly* 24, n.º 2, 1990, 127-55; T. L. PERRY, "No-Fault Divorce and Liability without Fault: Can Family Law Learn from Torts", *Ohio State Law Journal* 52, 1991, 55; ENGEL, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité...", cit.; A. L. ESTIN, "Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics", *William and Mary Law Review* 36, 1995, 989; R. G. SPECTOR, "Marital Torts: The Current Legal Landscape", *Family Law Quarterly* 33, n.º 3, 1999,

entonces como la “exención del individuo del derecho común que vale para todos los ciudadanos (para nuestros fines, exención del derecho privado común), en virtud de la clase social o de la función o de la condición o del estado o de la cualidad de la persona”¹⁸⁵.

En concreto, la inmunidad en las relaciones familiares representa la resistencia a la entrada de la responsabilidad civil en la familia y podría encontrar origen en reclamos éticos del respeto irrenunciable de la familia como sociedad natural y en la incompatibilidad técnica entre el derecho de familia –donde todo es distinto¹⁸⁶– y el derecho común y, en particular, el derecho de la responsabilidad civil, “área del derecho civil, más que cualquier otra, destinada a proteger la condición *aislada* del individuo en los contactos con otros”¹⁸⁷.

Se trata, pues, de una categoría que pone en entredicho el carácter absoluto de la igualdad. Este principio ya ha sido objeto de análisis por parte de la teoría general que ha precisado que existen diferencias entre la igualdad formal y la igualdad material respecto de la pretensión de justicia ma-

745-63; J. WRIGHTS, “Interspousal Tort Immunity and Insurance ‘Family Member Exclusions’ - Shared Assumptions, Relational and Liberal Feminist Challenges”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2002; R. F. WILSON, “Beyond the Bounds of Decency: Why Fault Continues to Matter to (Some) Wronged Spouses”, *Washington and Lee Law Review* 66, 2009, 503; C. CAREY, “Domestic Violence Torts: Righting a Civil Wrong”, *University of Kansas Law Review* 62, 2014, 695. En el derecho italiano, se puede encontrar una detallada exposición histórica de la *immunity rule* que, en el ámbito de las relaciones conyugales se basaba en el principio de la *unity of spouses*, en PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, 1984, 45 ss. La *unity of spouses* constituía una ficción que conducía a que ningún ilícito cometido por el cónyuge se considerara como fuente de responsabilidad y, en consecuencia, los cónyuges no podían perseguirse en sede judicial, ni siquiera por ilícitos anteriores al matrimonio.

185 RESCIGNO, “Immunità e privilegio”, cit., 416.

186 Cfr. GIARDINA, *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia...*, cit., 8.

187 *Ibid.*, 10.

terial efectiva¹⁸⁸. Dicha interpretación justifica el tratamiento desigual diferenciado entre distintos sujetos de derecho¹⁸⁹. En relación con esta problemática se puede aducir el ejemplo del derecho privado donde normalmente cuando se habla de tratamiento diferenciado es posible adoptar medidas de orden público dirigidas a resolver inequidades de carácter natural, es decir, instrumentos de protección (y prevención) de las posiciones de debilidad, los cuales se pueden traducir en la imposición de reglas de conducta¹⁹⁰.

Esto para confirmar que no es un hecho que todas las relaciones entre los privados puedan ser consideradas en sí mismas como gobernadas por la igualdad. Es más, en la doctrina se ha dicho que la igualdad es inadecuada para los grupos privados, donde “el vínculo entre los miembros es moral, que empeña la entera persona del sujeto [...] y entonces, por ejemplo, en la familia se reconoce que] las desigualdades admitidas [...] se justifican gracias a esta intimidad de la cohesión social que resiste y sufriría cualquier disciplina extraña”¹⁹¹.

Sin embargo, esta justificación de las desigualdades por el respeto de los valores sociales no es muy clara porque no considera eventuales abusos de la posición de privilegio y, entonces, no ofrece tampoco posibles remedios a dichos

188 Cfr. J. RAWLS, *La justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, trad. M. Angel Rodilla, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013; J. M. BERMUDO, “El ‘pluralismo razonable’ de J. Rawls”, 2006, disponible en <http://dposit.ub.edu/dspace/handle/2445/26282> [consultado el 2 de diciembre de 2016].

189 En el caso específico de la familia, “el desafío igualitario exige determinar por qué se debe permitir a las familias crear desigualdades entre los niños, y qué tipos de interacciones familiares, creando qué tipos de desigualdades, están realmente justificadas”: H. BRIGHOUSE y A. SWIFT, *Family Values: The Ethics of Parent-child Relationships*, Princeton, Princeton University Press, 2014, 2.

190 Se hace referencia al llamado orden público de protección: F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 121 s.

191 RESCIGNO, “Immunità e privilegio”, cit., 440.

abusos. En ese sentido, para establecer áreas de inmunidad tendría que ponderarse la igualdad con los privilegios derivados del respeto de ciertos valores sociales, de manera que no se haga una defensa de la familia a cualquier costo y por la familia en sí misma, sin considerar la autonomía y la libertad de los miembros individualmente considerados¹⁹². A esto debe agregarse que la consideración de la familia como sagrada no constituye una exención de la ley, ni es comparable a afirmar que dentro de la familia no es posible cometer ilícitos¹⁹³.

1.4.2. La inmunidad en el derecho positivo colombiano

Desde el punto de vista positivo, en el derecho colombiano, aunque no exista una previsión explícita de la inmunidad, la disciplina del derecho de familia pareciera conducir a ella, lo que constituye un argumento adicional en favor de la responsabilidad civil pues, como se verá, no es cierto que el derecho de familia prevea una solución al problema de los daños que se pueda calificar como suficiente o adecuada. Para verlo conviene hacer una reconstrucción de las fuentes de esta disciplina:

La reglamentación del derecho de familia parte de la Constitución Política, que establece la protección especial para la familia y sus miembros, en consideración de la

192 Porque en la familia “el desafío liberal se refiere a la distribución de la libertad y la autoridad entre padres, hijos y el Estado. Los liberales piensan que es valioso que las personas sean libres de hacer y actuar sobre sus propios juicios acerca de cómo deben vivir sus vidas; la autoridad justificadora requiere establecer cómo cualquiera puede tener el derecho de decidir por otros”: BRIGHOUSE y SWIFT, *Family values*, cit., 2.

193 A este propósito resultan ilustrativas las reflexiones del juez Harlan dirigidas a disenter de la decisión adoptada en *Poe v. Ullman* (367 U.S. 497, 552 (1961)), cuando advierte que “sería absurdo sugerir que los delitos no se pueden cometer en el seno de la familia o que el hogar puede convertirse en un santuario para el crimen”, citado por G. COEN, “The Marital Rape Exemption: Time for Legal Reform”, *Tulsa Law Review* 21, n.º 2, 1985, 370.

posición de privilegio de la que goza en cuanto “núcleo fundamental de la sociedad”. Como ya se dijo, aunque las disposiciones constitucionales se erigen en la base del derecho de familia porque allí se define la familia y los principios que deben gobernar la legislación en materia de: patrimonio de familia, igualdad de todos los hijos y entre la pareja, derechos reproductivos, las formas de matrimonio y su disolución, el estado civil, la protección de los sujetos débiles, además de las disposiciones relativas a los derechos y libertades individuales inviolables (arts. 42-46 c.p.col.)¹⁹⁴. Gracias al llamado ‘bloque de constitucionalidad’, las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos hacen parte del ordenamiento, de manera que los derechos y deberes constitucionales sean interpretados de conformidad con aquellos (art. 93 c.p.col.).

Desde el punto de vista de la legislación, la fuente primaria del derecho de familia es el código civil, libro 1. Los capítulos relativos a la familia se refieren a: la promesa de matrimonio; el matrimonio (definido de manera imprecisa como un contrato¹⁹⁵); la nulidad del matrimonio; la

194 A una conclusión similar llegó, hace más de medio siglo, la doctrina italiana en relación con su ordenamiento. Cfr. JEMOLO, “La famiglia e il diritto”, cit., 12: “Nuestra constitución no contiene directamente reglas de derecho de familia, es decir, de derecho privado, sino que señala solo unos pocos principios en esta materia, en realidad bastante vagos, a los cuales debe atenerse la ley ordinaria. Que la Constitución se limite a declaraciones vagas, a ideas programáticas, no depende solo de la entonación general de la nuestra, y un poco de todas las constituciones de este siglo, que ya no se quedan en la esfera de los principios jurídicos, que sería justamente lo suyo, y quieren elevarse a campos que son más difíciles de dominar, como los de la economía y la dirección moral de la sociedad; depende, en particular, de cuál es la esencia de la familia”.

195 En este sentido, las críticas del feminismo a la caracterización del matrimonio como un contrato son interesantes. En ellas se advierte que se trata de una visión que refuerza la ficción de las libertades de las partes, perpetuando un modelo jerárquico que no respeta la igualdad de los sujetos sobre la base de la distinción de género. Cfr. RUBIO-MARÍN, “I ruoli di genere all’interno della famiglia come questione costituzionale...”, cit., 163, quien evocando las reflexiones de C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, 1988, describe la contra-

disolución del matrimonio, en relación con el divorcio y la separación; los deberes y derechos entre cónyuges; los hijos nacidos de la pareja y extramatrimoniales; las acciones de investigación e impugnación de la paternidad; los derechos y deberes entre padres e hijos; la responsabilidad parental; la emancipación; los conflictos en relación con la maternidad; y, en fin, la obligación de alimentos.

Estas reglas del código las completan, además de las normas constitucionales, la legislación y la jurisprudencia referidas a las distintas materias que se relacionan con la familia. Por ejemplo, toda la legislación y su interpretación constitucional en materia de reconocimiento y regulación de las uniones de hecho como forma de familia con derechos similares a los del matrimonio; o la reglamentación de las sanciones contra la violencia intrafamiliar; o las reglas de procedimiento de los procesos de familia; o, en fin, las normas del Código de Infancia y Adolescencia.

Con fundamento en esto, una eventual interacción entre el derecho de familia y la responsabilidad civil no contradice el sistema de las fuentes del derecho de familia, en realidad bastaría una interpretación sistemática de las reglas generales del código civil, de las reglas del derecho de familia y de la jurisprudencia.

dicción que ha producido la noción de libertad y autonomía (desde el punto de vista contractual) en el matrimonio: "El matrimonio, entendido como un contrato, fue la clave para comprender las profundas contradicciones de la modernidad. [...] era la ficción del matrimonio como un contrato, por lo tanto, como una institución basada en el consentimiento de las partes, lo que permitía al mismo tiempo afirmar y abrumar el estatus femenino característico de la era premoderna. La ficción se basó en la llamada libertad de la mujer para poder contratar libremente en una institución, el matrimonio que, por lo demás, garantizaba el patriarcado y afirmaba la subordinación de las mujeres a la figura masculina. La consolidación, exactamente durante esta época, del derecho de familia como disciplina jurídica autónoma refleja la transformación histórica de la familia en un sentido nuclear, típico de la modernidad industrial, y al mismo tiempo sanciona la jerarquía sexual".

Por ejemplo, la legislación ya prevé la indemnización de los daños intrafamiliares en algunos casos, como cuando haya habido mala fe de uno de los cónyuges al no comunicar eventuales causales de nulidad del matrimonio (art. 389, num. 5 c.g.p.col.); o en virtud de la prosperidad de la impugnación de la paternidad presunta (art. 224 c.c.col.). Hace un tiempo existió también la posibilidad de que el juez ordenara, en casos de violencia intrafamiliar, que el agresor indemnizara a la víctima por los daños que ocasionara¹⁹⁶; esto desapareció con la modificación de la Ley 575 del 2000, pero fue reconocido nuevamente por la jurisprudencia constitucional en sede de tutela¹⁹⁷. En el tercer capítulo se verán con detalle las consideraciones de la jurisprudencia y las consecuencias de su interpretación frente a la hipótesis de la violencia. Por ahora baste señalar que pareciera existir, y pese a la falta de normas que prohíban la indemnización, una cierta resistencia a la indemnización por la confusión del remedio resarcitorio con la obligación de alimentos fundada en la culpa en la configuración de una causal de divorcio.

Visto esto, se puede afirmar con tranquilidad que en Colombia no hay una real consciencia sobre lo que pueden

196 En su redacción original, el art. 5, lit. c, de la Ley 294 de 1996 señalaba que: “en todos los casos de violencia el Juez ordenará al agresor el pago, con sus propios recursos, de los daños ocasionados con su conducta, en los cuales se incluirán los gastos médicos, psicológicos y psiquiátricos; los que demandan de la reparación o reposición de los muebles o inmuebles averiados, y los ocasionados por el desplazamiento y alojamiento de la víctima si hubiere tenido que abandonar el hogar para protegerse de la violencia”.

197 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC10829-2017, 25.07.2017, rad. 11001-02-03-000-2017-01401-00, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Sobre esta decisión se volverá adelante, pero para ver un análisis sobre las implicaciones de la decisión permítase el reenvío a RUEDA, N., “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, cit. Luego de este pronunciamiento, la Corte Constitucional, en el mismo proceso, es decir, también en sentencia de tutela (SU-080 de 2020), resolvió de manera definitiva este caso, señalando la posibilidad de indemnizar estos daños, pero con base en la categoría del género.

hacer los jueces. No hay datos precisos, por lo que no es posible saber si el problema nace de los jueces que no decretan la responsabilidad civil o de los abogados que no la reclaman. De todas maneras, en la discusión sobre la familia como área de inmunidad y privilegio hay una suerte de renuencia a reconocer la indemnización por daños intrafamiliares, así como un desinterés por parte de la doctrina¹⁹⁸, aunque con la reforma del Código General del Proceso se elevaron algunas reflexiones sobre la indemnización del daño sufrido por el cónyuge de buena fe en los casos de nulidad del matrimonio¹⁹⁹, así como sobre el daño por el reconocimiento conscientemente falso y por la violencia, gracias a la intervención de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁰.

Si bien los motivos para no admitir la responsabilidad civil por daños intrafamiliares pueden ser de distinto tipo²⁰¹, la indemnización de estos puede ser un instrumento de tutela de la persona, útil para concretar la pretensión de justicia material. Ello no implica la creación de múltiples y nuevos daños, se trata solo de poner en evidencia la necesidad

198 Cfr., entre tantos otros manuales J. PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2018; C. E. GUTIÉRREZ SARMIENTO, *Manual de procesos de familia*, 4.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; I. C. JARAMILLO SIERRA, *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013; J. E. MEDINA PABÓN, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010; D. L. ÁLVAREZ SOTO, *Manual de derecho de Familia. Aspectos prácticos*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006; AA. VV., *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la Red Sociojurídica*, tomo II, Bogotá, Universidad de La Sabana, s/f.

199 M. DEL S. RUEDA FONSECA, *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Biblioteca jurídica uniandina, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011. M. E. GÓMEZ CHIQUIZA, "El resarcimiento de perjuicios causados en las relaciones de familia: una breve mirada desde la sociología y el derecho", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* 9, num. 18, 2018, http://www.ilae.edu.co/Ilae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/277/430.

200 R. SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia. Filiación. Régimen de los incapaces*, 4.^a ed., vol. II, Bogotá, Temis, 2014.

201 Cfr. *supra* nota 18.

de reconocer las conductas que dañan a un familiar como indemnizables, al margen de la naturaleza de la relación entre las partes involucradas. Visto así, no habría necesidad de hacer grandes cambios legislativos. Por ejemplo, la experiencia italiana nos enseña que se pueden adelantar modificaciones significativas, y no necesariamente disruptivas del orden constitucional, gracias a la interpretación, esto es, al trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia. Por ello, el objetivo principal de este trabajo es el de contribuir a la tarea de interpretación, intentando proponer posibles soluciones.

Con esto en mente, se pasará ahora al análisis del derecho italiano y la clave de lectura estará determinada por los cuatro eventos de daño que se escogieron y los remedios ofrecidos por el ordenamiento.

CAPÍTULO II.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PARENTALES EN ITALIA: CUATRO EJEMPLOS

Es momento de examinar de manera individual las hipótesis de eventos dañinos que pueden, eventualmente, comprometer la responsabilidad civil de los padres en el derecho italiano, a la luz de la regulación especial, esto es, principalmente el derecho de familia o el derecho penal, así como del derecho civil como derecho común, esto es, de la responsabilidad civil.

Como se dijo antes, para el análisis se escogieron cuatro daños en los cuales la víctima es el hijo, que puedan resultar comparables con situaciones identificadas en el derecho colombiano y que, por tanto, son ilustrativas frente a la pretensión de proposición de un nuevo esquema de reconocimiento e indemnización de dichos daños. Dichos casos son: la violencia o el abuso; el incumplimiento o violación de los deberes parentales; la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial; y la pretensión de impugnación de la paternidad posterior a un reconocimiento conscientemente falso, también llamado reconocimiento “por complacencia”.

Teniendo presente el objetivo de hacer una comparación general entre los dos ordenamientos, y considerando la escasez de fuentes en derecho colombiano en materia de responsabilidad civil por daños intrafamiliares, se partirá del análisis de los instrumentos alternativos a la responsabilidad civil, pues ello permite identificar si realmente la normativa del sector resulta insuficiente o ineficaz, así como

las bondades y eventuales debilidades de la aplicación del remedio indemnizatorio en el contexto familiar.

El criterio para determinar la insuficiencia o ineficacia de los remedios será el interés de la víctima, en este caso de los hijos, es decir, si los daños que estos padecen por las conductas que se describirán reciben una respuesta del ordenamiento que tienda a una protección efectiva en términos de sanción del hecho dañino, pero también de garantías de cesación de la conducta, de no repetición y de compensación.

Para facilitar la descripción y comparabilidad de los daños, estos se presentarán en un orden que responde a la lógica de las dinámicas en las que se puede presentar el daño: de una parte, aquellos que pueden causar los padres en el ejercicio de la responsabilidad parental, esto es, los daños por la violación o el incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental; de otra parte, aquellos relacionados con el reconocimiento del hijo extramatrimonial. El motivo de esta distinción radica en que son daños especiales que ocurren ligados a una premisa fáctica: en el primer caso, la titularidad de la responsabilidad parental; en el segundo, la discusión o incertidumbre sobre la atribución de la paternidad del hijo extramatrimonial.

A lo largo del texto se mencionarán otras hipótesis de daño que se pueden presentar, pero que difieren sustancialmente de las escogidas, por lo que no se tratarán. El elemento común y que orienta la manera como se presenta la información es que aquí se hará referencia a conductas en las que el daño tiene como principal víctima al hijo, como consecuencia de un ejercicio negligente o abusivo del rol parental; ello, por supuesto, no excluye que se puedan causar perjuicios a otros sujetos, como el otro padre, pero esto debe ser objeto de un estudio distinto.

2.1. VIOLENCIAS Y ABUSO INTRAFAMILIAR

El primer grupo de daños se refiere a hipótesis que constituyen un mismo daño, que se podría definir como la violación,

incumplimiento o ejercicio abusivo de los deberes parentales. Es decir, el elemento común es que quien causa el daño es titular de la responsabilidad parental, esta no se discute, y la ejerce de manera irresponsable o no respetuosa de los intereses del hijo, causando con ello una lesión a sus derechos, susceptible de ser sancionada por el ordenamiento.

Pese a que sean expresión de un mismo daño, se dividen en el daño por violencia y el daño por el incumplimiento o violación de los deberes parentales propiamente dicho, porque se cree que la violencia es una de las expresiones más graves de lesión de los derechos de los hijos, y porque puede ser, quizá, la hipótesis que menos resistencia podría generar a la entrada en juego del remedio indemnizatorio.

2.1.1. Dificultades para la caracterización y sanción de las violencias

La hipótesis de la violencia intrafamiliar o de cualquier conducta abusiva que atente contra la integridad psico-física de un miembro de la familia del agresor es, en realidad, la menos problemática de los supuestos de aplicación de la responsabilidad civil en la familia. La razón es que es un fenómeno que puede involucrar también a terceros. Ciertamente, en el contexto familiar, la violencia se caracteriza por la mayor gravedad, tanto de la ofensa como de las consecuencias dañinas, por lo que resulta potenciada por el hecho de que la víctima tenga que convivir con el recuerdo de la agresión y, al mismo tiempo, con el victimario. De este modo, la relación familiar termina magnificando el efecto dañino de la acción lesiva²⁰² considerando que

202 Para distintas reflexiones acerca de los efectos de un hecho violento cometido por el cónyuge, v. COEN, "The Marital Rape Exemption...", cit., 372. La violencia en contra del cónyuge, en todo caso, encuentra distintas respuestas por parte de los ordenamientos jurídicos, tanto en el ámbito penal como en el civil; así, por ejemplo, la violencia puede justificar la cesación de la relación

La violencia intrafamiliar [...] constituye la más grave forma de degeneración de las relaciones personales entre los miembros del grupo. El uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones familiares destruye de forma irremediable la comunión espiritual y material entre los cónyuges y el lazo con los hijos, perjudicando la calidad de vida en la formación en la que mayormente tiene lugar el desarrollo de la personalidad individual, desde la infancia hasta la tercera edad.

Los costos sociales son extremadamente altos. No permanecen encerrados en la casa familia, donde la violencia tiene origen, sino que interesan los diversos ámbitos de desarrollo de la víctima: la escuela, la actividad laboral, las relaciones interpersonales²⁰³.

La pretensión de solución a esta grave conducta comporta un reto para las autoridades y para la sociedad, pues en este contexto se deben enfrentar problemas de distinta índole, algunos de los cuales obedecen a factores culturales; para mencionar solo algunos, quizá los siguientes pueden considerarse como los más evidentes:

El primero tiene que ver con las distintas formas en que se puede ejercer la violencia, lo que dificulta su identificación y caracterización, pues no existe un solo tipo de violencia; y no se puede reducir solo a la violencia física²⁰⁴

conyugal. Esta es una importante diferencia respecto de las relaciones entre padres e hijos, pues en estas últimas la relación tiene vocación de perpetuidad y el hijo menor de edad siempre está en posición de sujeción y sin la posibilidad de abandonar a sus padres, por lo que no tiene los elementos para afrontar o reaccionar a la conducta violenta. Cfr. A. G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Familia, Quaderni 2, Milano, Giuffrè, 2003, 17.

203 *Ibid.*, 7.

204 Referida a los "maltratos físicos, reconducibles a acciones como golpear, empujar, sacudir, infectar y, más en general, todo comportamiento de agresiones físicas": L. CIARONI, "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", en R. Torino (ed.), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, Familia, Quaderni 10, Milano, Giuffrè, 2006, 85, nota 11. Según un estudio publicado en 2014 por la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales que recogió entrevistas a 42.000 mujeres de toda la

aunque, eventualmente, esta se pueda identificar con relativa facilidad –pues normalmente deja señales visibles–. Una cuestión por señalar en relación con la violencia física es que, si bien genera un profundo sentimiento de rechazo porque se concreta en la provocación de lesiones a la integridad física y produce una fuerte sensación de injusticia, es difícil establecer patrones que la definan de forma unívoca. Por ejemplo, la violencia física no necesariamente es ejercida de forma exclusiva por los hombres contra las mujeres, o por el sujeto más fuerte contra el más débil; sin duda, estadísticamente se puede demostrar una mayor incidencia de la violencia por parte de los hombres, pero el problema de la violencia trasciende a la cuestión de género; limitar el análisis a esta faceta puede terminar enmascarando una parte importante del problema²⁰⁵.

Unión Europea, “los autores de actos de violencia física durante la infancia proceden principalmente del entorno familiar. Más de la mitad de las mujeres que han sufrido alguna forma de violencia física antes de los 15 años de edad identifican como autor a su padre (55 %), y casi la mitad señalan a su madre (46 %)”: European Union y Agency for Fundamental Rights, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Luxembourg, Publications Office, 2014, 32. El estudio se puede consultar en línea en <http://fra.europa.eu/fr/publication/2014/la-violence-lgard-des-femmes-une-enquete-lchelle-de-lue-les-rsultats-en-bref> [consultado el 3 de abril de 2017].

- 205 De hecho, resulta muy interesante la reconstrucción de T. A. MANTECÓN MOVELLÁN, “Hogares infernales: una visión retrospectiva sobre la violencia doméstica en el mundo moderno”, en F. J. Lorenzo Pinar (ed.), *La familia en la historia*, Aquilafuente 150, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, 187-230, de donde a partir de un estudio histórico emergen casos que permiten desvirtuar lo que el autor llama juicios apriorísticos, como “la imagen del varón como única fuente de violencia dentro de la casa” (228), señalando que no fue la única y que había varios aspectos culturales que impedían que los casos de violencia contra los hombres llegaran a conocimiento de los jueces. Afirma este autor que “en el supuesto del esposo golpeado o maltratado por la esposa [...] a diferencia de la mujer, el hombre contaba con plena capacidad jurídica para demandar una acción judicial, reconocer esta situación de pérdida de autoridad doméstica en una esfera pública era tanto como someterse al escarnio de sus vecinos [...]. Aceptar esto ya era asumir una forma de violencia comunitaria contra el marido que permitía cuestionar su autoridad patriarcal dentro de la casa por aquellos miembros

Otra cara de la misma moneda tiene que ver con la falta de un reconocimiento unívoco de la violencia; el legislador no se ocupa de definir en qué consiste, por lo que la tarea de determinación jurídica corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina, de la cual se destaca de manera particular la literatura feminista que, buscando visibilizar la violencia en contra de las mujeres, se ha ocupado de caracterizar las conductas a través de las cuales se puede concretar la violencia²⁰⁶. Gracias a esta tarea, se reconoce que la violencia se puede ejercer mediante las más variadas conductas, las cuales comportan una serie de agresiones y ofensas a la integridad psicofísica de la persona²⁰⁷.

de la misma que le debían obediencia y reconocimiento de autoridad" (197). Sin embargo, tampoco hay que desconocer la larga tradición de la violencia contra las mujeres basada en estereotipos radicados muy hondo en la cultura occidental. Para entender este fenómeno, se recomienda el estudio de todos los ensayos incluidos en S. FECI y L. SCHETTINI (eds.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli xv-xxi)*, Storia delle donne e di genere, Plurale 8, Roma, Viella, 2017.

- 206 No son pocos los estudios que se han encargado de analizar la relación entre la violencia y la identidad de género, afirmando el rol determinante de la cultura y de las prácticas sociales en la configuración de la identidad masculina, prácticas que tienden a normalizar la violencia como un recurso (aún potencial) de virilidad, haciendo que en las relaciones sociales los hombres se acostumbren desde la infancia a interactuar mediante prácticas violentas o a padecerlas o a presenciarlas: *cfr.* C. ODDONE, "‘Tutti gli uomini lo fanno’. Il ruolo della violenza nella costruzione sociale della maschilità: il punto di vista dei maltrattanti", *AG About Gender - Rivista internazionale di studi di genere* 6, n.º 11, 2017, 76, que presenta los resultados de una investigación adelantada en el primer centro destinado a escuchar hombres maltratadores en Italia, el CAM (*Centro di Ascolto Uomini Maltrattanti*, <http://www.centrouominimaltrattanti.org>) de Florencia, para determinar la percepción de quien maltrata en relación con su propio comportamiento.
- 207 Por ejemplo, es interesante la iniciativa que ha creado el *Psychological Maltreatment of Women Inventory*, que describe 58 conductas constitutivas de maltrato psicológico en contra de las mujeres por parte de sus parejas. *Cfr.* R. M. TOLMAN, "The Development of a Measure of Psychological Maltreatment of Women by Their Male Partners", *Violence and Victims* 4, n.º 3, 1989, 159-77; R. M. TOLMAN, "The Validation of the Psychological Maltreatment of Women Inventory", en K. D. O’Leary y R. D. Maiuro (eds.), *Psychological Abuse in Violent Domestic Relations*, New York, Springer Pub. Co., 2004,

De manera concreta, la violencia en la familia también se puede traducir en agresiones sexuales²⁰⁸, psicológicas²⁰⁹ –llamado también *mobbing* familiar²¹⁰– o de tipo económi-

47-60, <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=423397> [consultado el 8 de abril de 2017].

- 208 “Como el constreñir a la relación sexual mediante amenazas, engaños o coacción a entablar relaciones con terceros”: CIARONI, “Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia”, cit., 86.
- 209 Se trata de conductas “dirigidas a intimidar y perseguir, y que comprenden amenazas, segregaciones, vigilancia excesiva, controles asiduos y secretos de los movimientos y comportamiento, agresiones verbales y humillaciones sistemáticas”: *ibid.*, 86, nota 11. Se trata de un comportamiento muy frecuente: “dos de cada cinco mujeres (43 %) han sufrido alguna forma de violencia psicológica por parte de su pareja actual o de una anterior. [...] Entre los comportamientos mencionados se pueden incluir: menospreciar o humillar a la encuestada en público o en privado; prohibirle que salga de casa o encerrarla; obligarla a ver material pornográfico en contra de su voluntad; atemorizarla o intimidarla intencionadamente, y amenazarla con utilizar la violencia o con causar daños a uno de sus seres queridos. [...] Cerca del 10 % de las mujeres indicaron que habían experimentado alguna forma de violencia psicológica por parte de un adulto miembro de la familia”: European Union y Agency for Fundamental Rights, *Violencia de género contra las mujeres*, cit., 12.
- 210 En la doctrina y la jurisprudencia italianas se ha acuñado la expresión de *mobbing* familiar para calificar “todas las situaciones aparentemente no dramáticas, que se concretan respecto al familiar en la experiencia cotidiana bajo la forma de violación de derechos personalísimos, o simplemente con: exceso de maldad, de severidad, injurias indirectas pero sistemáticas, amenazas de premios o privaciones injustificadas, mentiras reiteradas, infidelidades descaradas, conductas fraudulentas, caras largas por varios días seguidos, silencios interminables, decisiones importantes no compartidas, prohibición de cualquier forma de comunicación, conspiraciones entre familiares, estafas, mortificaciones, chantajes morales, situaciones de victimismo injustificado, eventos perdidos, aniversarios o cumpleaños voluntariamente olvidados, alejamiento de los amigos, aislamiento inducido, recuerdos desagradables, quejas, o entre cónyuges inducción a abortar, o el rechazo de cocinar, de lavar la ropa, de planchar, de hacer el mercado, etc.”: A. FASANO, “Il c.d. *mobbing* familiare”, en P. Cendon (ed.), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, Cedam, 2004, 1675. Se trata así de conductas persecutorias “con carácter de habitualidad y continuidad” que se pueden traducir en daños a la integridad psicofísica y moral de la víctima: *cfr.* FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., 34. En la jurisprudencia v. Trib. Ap. Roma, 14 de junio de 2011; Trib. Como, 10 de marzo de 2009; Trib. Firenze, 13 de junio de 2000; Trib. Ap. Torino, 21 de febrero de 2000.

co²¹¹. El principal reto que impone esta diversificación de la violencia es el de su identificación porque, a diferencia de la violencia física, las señales de esas otras formas de agresión son más difíciles de descubrir.

Un segundo problema, considerando los distintos tipos de violencia, tiene que ver con la extraordinaria frecuencia con que ocurren las agresiones contra familiares; baste dar una rápida mirada a las cifras alarmantes que arrojan estudios estadísticos tanto en Italia como en Europa²¹². Dichas estadísticas constituyen un llamado de alerta para reflexionar sobre las razones que están a la base de las agresiones en la familia, de modo que se pueda trabajar en respuestas

211 “En torno al 5 % de las mujeres han sido víctimas de violencia económica en su relación actual, y un 13 % han experimentado alguna forma de violencia económica en relaciones previas. Se incluyen en este concepto comportamientos como: la pareja no deja que la mujer tome decisiones independientes sobre las finanzas de la familia o le prohíbe trabajar fuera de casa”: European Union y Agency for Fundamental Rights, *Violencia de género contra las mujeres*, cit., 26.

212 Por ejemplo, según el estudio *Violences et rapports de genre* (Virage) del Instituto Nacional de Estudios Demográficos (INED) de Francia de noviembre de 2016, la violencia sexual es un fenómeno que afecta principalmente a las mujeres y es ejecutada principalmente por uno o más hombres. A lo largo de su vida, 1 de cada 26 mujeres es víctima de acceso carnal violento y al menos 1 de cada 7 ha sufrido una agresión sexual. El 14 % de las mujeres víctimas de acceso carnal violento en la relación de pareja es menor de edad en el momento de la agresión. La alarmante situación en la familia la revela el hecho de que el 75 % de las agresiones provienen de un miembro de la familia, la pareja o la expareja: C. HAMEL *et al.*, “Viols et agressions sexuelles en France: premiers résultats de l’enquête Virage”, *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d’information de l’Institut national d’études démographiques*, noviembre de 2016. El boletín está disponible en línea en https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25953/538.population.societes.2016.novembre.fr.pdf [consultado el 25 de septiembre de 2017].

Por su parte, el estudio de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales reveló que “de las mujeres que indicaron en la encuesta que habían sido violadas por su pareja actual, cerca de una tercera parte (31 %) declararon que habían sido víctimas de violación por parte de su pareja en seis o más ocasiones. [D]e todas las encuestadas con pareja (actual o anterior), el 22 % han experimentado violencia física y/o sexual por parte de la pareja desde los 15 años”: European Union y Agency for Fundamental Rights, *Violencia de género contra las mujeres*, cit., 10 ss.

efectivas que ataquen el problema desde su raíz, y bajo una lógica de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia; al tiempo que se deben establecer mecanismos de atención y apoyo eficaces para las víctimas. El problema que se afronta puede ser de voluntad política, de ignorancia o de prácticas culturales profundamente arraigadas.

Adicionalmente, también resulta problemático el hecho de que la denuncia de la violencia no sea tan frecuente como su práctica²¹³, lo que se puede explicar por distintas razones: una tolerancia general a la violencia por parte de la víctima; el temor a perder eventuales ventajas derivadas de la convivencia; el miedo asociado a la estigmatización o al reproche social, a la sensación de vergüenza; el temor a la soledad o a posibles represalias por parte del agresor; la desconfianza en el sistema judicial por la eventual inacción por parte de las autoridades; o la imposibilidad o dificultad para asumir eventuales costos asociados a la denuncia del hecho violento.

Que la violencia intrafamiliar se presente de forma tan frecuente revela, además, una debilidad de los sistemas jurídicos en materia de prevención que aparecen solo en el momento en que el daño se ha concretado en una lesión a la integridad psicofísica de la persona. Esto además puede ser sintomático de un problema mayor, como la falta de instrumentos jurídicos y asistenciales para atender los casos de violencia en la familia aun cuando se manifieste como una amenaza.

Todo ello se ve reforzado por la existencia de prejuicios y tendencias ideológicas que conducen a minimizar el problema o a procesos de revictimización que terminan

213 Por ejemplo, en el caso de la violencia en las relaciones de pareja “solo una de cada tres víctimas de violencia ejercida por la pareja, y una de cada cuatro en el caso de personas que no son la pareja, denunciaron el incidente grave más reciente a la policía o a algún otro tipo de servicio”: European Union y Agency for Fundamental Rights, *Violencia de género contra las mujeres*, cit., 32.

invirtiendo los papeles entre víctima y victimario o justificando las agresiones en una provocación previa por parte de la víctima²¹⁴.

2.1.2. *Ius corrigendi*, castigo y patria potestad como posibles fuentes de inmunidad frente a las violencias

Esto se puede explicar porque solo hasta época reciente la sociedad se ha comprometido a reconocer en las violencias un problema real y serio, por lo que en este contexto aún imperan consideraciones que apelan al *ius corrigendi* como una potestad ilimitada en cabeza del hombre para corregir a los hijos –y a la consorte–, que refuerza la idea

214 De hecho, en el estudio presentado por ODDONE, “‘Tutti gli uomini lo fanno’...”, cit., 82, se advierte que “en el momento en que los hombres llegan por primera vez al CAM, con frecuencia se presentan a sí mismos como ‘mártires’ o ‘víctimas’. Al momento de su llegada o en el curso de los primeros encuentros, los perpetradores consideran sus comportamientos como ‘una horrible reacción a un comportamiento de ella’, atribuyendo a la compañera la responsabilidad de los propios actos. Según su punto de vista, es la compañera, con sus maneras ‘provocadoras’, quien causa la reacción violenta: ‘sus’ mujeres son descritas como ‘agresivas’, ‘irritantes’, ‘descaradas’, ‘incontrolables’. En esta fase, según ellos, la violencia entró en sus vidas luego de la relación con la compañera actual, con ‘esa mujer en particular’. No parecen estar en condiciones de reconocer y aceptar la presencia y la dignidad de las compañeras, reduciendo la expresión de su punto de vista a las ‘provocaciones’ en su contra: “En algunos casos la culpa a la compañera asume formas menos evidentes, mediante acusaciones que podemos definir ‘benévolas’: ‘si hay hombres violentos es porque las mujeres lo permiten’; ‘si nos detuvieran antes no se llegaría a tanto’. Estas afirmaciones aparecen a menudo en los discursos de sentido común y producen peligrosas formas de victimización secundaria: no solo las mujeres se encuentran en posición de subordinación, sufriendo la violencia de los hombres, sino que al mismo tiempo son consideradas responsables de la propia condición. En general, la figura femenina es considerada responsable de la pérdida de autocontrol masculino y, en consecuencia, legítimamente expuesta a reacciones como los abusos violentos o el dominio sexual, culpables de haber escogido ‘el hombre equivocado’ o de no haber sido capaz de cambiarlo. *El mecanismo de los hombres para acusar, blaming en el lenguaje clínico, puede recaer en los hijos, a veces muy pequeños, también considerados reales ‘instigadores’ de la reacción paterna*” (cursiva por fuera del original).

de la inmunidad frente a eventuales abusos en el ejercicio de esa atribución²¹⁵. A su vez, esto se puede explicar solo

-
- 215 En Italia, mientras que una parte de la doctrina parece haber excluido la existencia de un poder de corrección o de disciplina en relación con la esposa como parte del ejercicio de la potestad marital, con fundamento en la ausencia de una formulación precisa por parte de la jurisprudencia (*cfr.* BUSNELLI y PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 364; G. PECORELLA, “Famiglia (delitti contro la)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1967); otra considera, en cambio, que la posición del padre de familia lo autorizaba al ejercicio de la potestad aún mediante el *ius corrigendi*, que justificaba los golpes, siempre que fueran leves: E. ZANETTI VITALI, *Il Codice civile: commentario. La separazione personale dei coniugi [Artt. 150/158]*, F. D. Busnelli (ed.), Milano, Giuffrè, 2006, 92, quien cita la sentencia de casación penal del 22 de febrero de 1956 (s.n.). Tendencia que en 1961 explicaba el texto de RESCIGNO, “Immunità e privilegio”, cit., 439, bajo la forma de inmunidad parental, justificada en la necesidad de proteger la tranquilidad familiar que, de permitirse el proceso civil, resultaría turbada, con la sola excepción del hecho que legitime una acción penal. En relación con la potestad de corrección del padre, el autor señala que, frente a la producción de un daño el escenario es igualmente de inmunidad, sea que se causen en ejercicio de dicha potestad o no. En el primer caso, porque “el poder, dentro de los límites de un ejercicio legítimo, adecuado a las circunstancias y al perjuicio que el padre quiere evitar al hijo, determina la inmunidad por las consecuencias dañinas del acto”, pues el padre tenía derecho a “frenar la mala conducta del hijo”. En el caso de daños por fuera del ejercicio del *ius corrigendi*, la inmunidad estaba determinada por la consideración de que cualquier indemnización se concretará en el cumplimiento del deber de manutención o en la aplicación de restricciones de los derechos patrimoniales del padre en relación con el hijo. En el *common law*, la vigencia del principio de la *unity of spouses* favoreció una inmunidad del marido respecto de la esposa, cuando se tratase de violencia, incluida la violencia sexual; según este principio, los esposos conforman una unidad, por lo que la hipótesis de la violencia contra la esposa constituye un paradójico imposible, pues el marido “no puede violentarse a sí mismo” (PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 1984, 58 luego en BUSNELLI y PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 370 ss.; también lo resume así COEN, “The Marital Rape Exemption...”, cit., 367), sumado al hecho de que, según la visión tradicional del matrimonio –particularmente influenciada por la Iglesia–, los votos matrimoniales implicaban un consenso irrevocable a mantener relaciones sexuales con el marido (COEN, *op. cit.*, 356.). Esta comprensión del consenso matrimonial permanente comporta una distorsión del deber de débito conyugal, pues una mujer casada “ciertamente renuncia a una parte de autonomía, pero ella no da su consentimiento a todos y cada uno de los actos de relación sexual que su esposo demande, y ciertamente no intercambia su autonomía por una licencia para su esposo de cometer violencia contra su persona”: *Ibid.*, 359.

reconociendo que el ordenamiento jurídico ha favorecido a lo largo de la historia la difusión y aceptación del fenómeno de la violencia bajo un sentido de normalidad, gracias al patrocinio de la desigualdad que comportó la idea de la autoridad del hombre en la familia²¹⁶, pues “el *ius corrigendi*

Los argumentos que favorecieron la llamada *marital rape exemption* se pueden resumir en que (i) el acuerdo matrimonial implica un consenso permanente, y la negativa o resistencia por parte de la esposa legitima la violencia; (ii) la esposa es propiedad del marido (superado en Estados Unidos con la decisión en *Trammel v. United States*, a propósito de la prerrogativa de no declarar contra el cónyuge), por lo que la violencia en contra de la esposa es solo un ejercicio de propiedad y no puede, por tanto, ser ilícito; (iii) los esposos conforman una unidad (*unity of spouses*); (iv) la *marital rape exemption* promueve la reconciliación entre los esposos; (v) el Estado no debe entrometerse en las relaciones de pareja; (vi) se trata de una figura que impide la persecución judicial con falsos cargos motivados por el deseo de retaliación; (vii) la prueba del delito es prácticamente imposible; (viii) existen otros remedios; y, en todo caso (ix) la violencia del marido es menos grave que la de un tercero. Cfr. M. PRACHER, “The Marital Rape Exemption: A Violation of a Woman’s Right of Privacy”, *Golden Gate University Law Review* 11, n.º 3, 1981, 717-57; COEN, “The Marital Rape Exemption: Time for Legal Reform”; Harvard Law Review Association, “To Have and to Hold: The Marital Rape Exemption and the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review* 99, n.º 6, 1986, 1255-73; S. A. ADAMO, “The Injustice of the Marital Rape Exemption: A Survey of Common Law Countries”, *American University International Law Review* 4, n.º 3, 1989, 555-89; R. WEST, “Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment”, *Florida Law Review* 42, 1990, 45-79; L. W. SIEGEL, “The Marital Rape Exemption: Evolution to Extinction”, *Cleveland State Law Review* 43, 1995, 351-78; J. E. HASDAY, “Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape”, *California Law Review* 88, n.º 5, 2000, 1373-1505, <https://doi.org/10.15779/Z387Q79>.

- 216 CIANCI, *Gli ordinari di protezione familiare*, cit., 9. Para un estudio no jurídico sobre la importancia de la familia y de la estructura patriarcal para el desarrollo de la sociedad romana, véase R. P. SALLER, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge Studies in Population, Economy and Society in Past Time 25, Cambridge University Press, 1997. Desde un punto de vista histórico, aunque fuertemente criticado por la romanística moderna –o justamente por ello–, fueron de transversal importancia los estudios de PIETRO BONFANTE, quien atribuye a la familia un carácter político, dado que esta se comporta como un Estado dentro de la cual el *pater* equivale al soberano. Se destacan los escritos *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*, Roma, 1888-89; *Corso di diritto romano*, I. Diritto di famiglia, Roma, 1925 (reimp. Milano, 1963). Un resumen de las primeras críticas a la teoría de Bonfante se puede

está asociado a la necesidad de que el jefe del hogar conserve su propia autoridad y mantenga el orden en el ámbito del propio dominio”²¹⁷. Esta lógica se resuelve considerando que el deber de educación en cabeza de los padres obedece principalmente al interés del hijo, por lo que cualquier abuso no puede entenderse como un producto natural del ejercicio de la autoridad parental²¹⁸.

Ahora bien, se habla de abusos porque la entrada en escena del derecho de corrección frente a los hijos pone en evidencia el problema relativo a la proporcionalidad del ‘castigo’ que se puede considerar razonable que se inflija a un hijo²¹⁹, como una posible expresión de las prerrogativas que se tienen para educar al hijo. Una valoración de la proporcionalidad impone reconocer que los excesos en la corrección de los hijos pueden ser tenidos como una heren-

ver en E. VOLTERRA, “Famiglia (dir. rom.)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1967, 782, quien menciona a Ferrini, Lenel, Arangio-Ruiz, De Sanctis, Rabel, Luzzatto, Ambrosino y Voci, este último con específicos reproches de tipo metodológico.

217 S. FECCI y L. SCETTINI, “Storia e uso pubblico della violenza contro le donne”, en Id. (eds.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, Storia delle donne e di genere; Plurale 8 Roma, Viella, 2017, 19.

218 PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 103.

219 Este el criterio, por ejemplo, en Estados Unidos. Allí se considera el castigo corporal como una herramienta de disciplina solo si se ejerce dentro de los límites de lo razonable, mientras que los castigos irrazonables o excesivos son considerados expresión de abuso. Cfr. D. L. COLEMAN, K. DODGE, y S. K. CAMPBELL, “Where and How to Draw the Line between Reasonable Corporal Punishment and Abuse”, *Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law* 73, n.º 2, 2010, 107-65, que, en medio de la vaguedad del límite entre castigo corporal y abuso, proponen adoptar el estándar del “castigo corporal razonable”, bajo el entendido de que la razonabilidad se predica tanto de la justificación disciplinaria como de la fuerza ejercida. El estándar de lo razonable también lo explica K. COLLINS COPE, “The Age of Discipline: The Relevance of Age to The Reasonableness Corporal Punishment”, *Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law* 73, n.º 2, 2010, 169, quien expone las alternativas ofrecidas por algunos Estados, por ejemplo, determinación de lo razonable a partir de la ilustración de las conductas prohibidas.

cia directa de la noción de *potestas* que se concentraba en las atribuciones del padre²²⁰.

Sin embargo, la educación e instrucción de los hijos no puede considerarse hoy como una prerrogativa absoluta del padre, pues el progresivo reconocimiento de la autonomía del hijo y de sus derechos subjetivos impuso un deber de respeto por las “decisiones existenciales” del hijo, como forma de concreción de la consideración de que “tener una menor edad no quiere decir tener menor valor respecto a los adultos”²²¹.

Pero la posibilidad de corregir e imponer castigos a los hijos es una cuestión vista cada vez más con recelo y, aunque en criterio de los padres el castigo corporal no tenga consecuencias graves o contribuya eficazmente a la educación del hijo, actualmente se considera que es una conducta que determina efectos contrarios a los deseados²²². Sin embargo, es necesario insistir en que cuando se hace referencia al castigo como instrumento de corrección no se puede asimilar

220 Cfr. A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015, 10 ss. y C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “El origen de los poderes del ‘Paterfamilias’ I: El ‘Paterfamilias’ y la ‘Patria potestas’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 28 (2006, 37-143, <https://doi.org/10.4067/S0716-54552006000100002>. Disponible también en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100002#57top [consultado el 27 de febrero de 2018].

221 STANZIONE, “Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori”, cit., 450.

222 “El efecto inmediato del castigo corporal puede ser el de frenar la mala conducta, pero a largo plazo el efecto es el de aumentar las posibilidades de comportamientos peores y otros problemas, incluso problemas de aprendizaje y delincuencia; y más tarde en la vida, depresión, abuso infantil, violencia conyugal y otros crímenes”: M. A. STRAUS y D. A. DONNELLY, *Beating the Devil Out of Them: Corporal Punishment in American Families and Its Effects on Children*, New Brunswick, N.J, Transaction, 2001, 4. Desde otra perspectiva, C. CHAMBERLAND, *Violence parentale et violence conjugale: des réalités plurielles, multidimensionnelles et interreliées*, Collection Problèmes sociaux & interventions sociales 8, Sainte-Foy, Presses de l’Université du Québec, 2003, 24, considera (y demuestra) que uno de los efectos más graves y que determinan la construcción de la identidad del hijo es la victimización que se produce en la esfera privada.

a la violencia o al abuso, y el elemento central para hacer la distinción es el “daño”.

Considerando una definición del castigo corporal como “el uso de fuerza física con la intención de causar dolor al niño, pero no daño, con propósitos de corrección o control del comportamiento”²²³, aparece claro que allí donde se cause daño físico o emocional no se puede hablar de normal ejercicio del *ius corrigendi*, sino de violencia y, en consecuencia, existiendo el daño resulta necesario valorar si da lugar o no a declarar la responsabilidad del causante de este, con la consiguiente condena al pago de una indemnización a favor de la víctima.

Todo lo dicho hasta ahora confirma los retos que impone la violencia intrafamiliar al ordenamiento jurídico; los problemas asociados a la violencia no pueden ser resueltos mediante una suerte de “poción mágica”, pues obedecen en su mayoría a prácticas culturales reiteradas, por lo que, en principio, el problema de la violencia solo se puede enfrentar mediante una serie de mecanismos que exigen un compromiso por parte de los Estados, considerando, por ejemplo: políticas públicas de prevención de la violencia, de educación de la sociedad, de asistencia a las víctimas y sus familias, remedios que superen la sola acción punitiva y que comprendan también la posibilidad de asistencia

223 STRAUS y DONNELLY, *Beating the devil out of them*, cit., 4. Para un estudio más profundo sobre el castigo corporal como expresión de la libertad de educación de los hijos y en relación con el abuso, véase también, además de los textos ya citados G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano: materiali per una ricerca*, 3.^a ed., Collana di Scienze Giuridiche e Sociali, sez. materiali didattici, Lumsa Università 10, Torino, Giappichelli, 2016, 267-327; D. A. HINES y K. MALLEY-MORRISON, *Family Violence in the United States: Defining, Understanding, and Combating Abuse*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2005; G. D. PISAPIA, “Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957; A. VALLINI, “L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere”, *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*, 2011, 473-90.

profesional a los agresores²²⁴, la reparación de las víctimas, las garantías de no repetición, por mencionar solo algunos ejemplos.

Sin embargo, ello no es óbice para que desde cada área del derecho se formulen alternativas de solución, aunque lo ideal sería que el ordenamiento aportara a un problema complejo soluciones integrales que involucren esfuerzos desde todos los frentes. El derecho privado, por ejemplo, ofrece distintas posibilidades que podrían contribuir a la sanción de las conductas violentas como mecanismos de disuasión, *v. gr.*: la suspensión o la pérdida de los derechos derivados de la responsabilidad parental, la atribución de la responsabilidad civil con la consiguiente indemnización de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se causen con la violencia. Pese a la consagración de estos “remedios”, el derecho privado no ha sido el área del derecho que tradicionalmente se ha encargado de resolver los problemas asociados a la violencia intrafamiliar.

224 Los éxitos de esta medida son invaluable. El estudio de ODDONE, “‘Tutti gli uomini lo fanno’...”, cit., 90, justamente da cuenta de ello; explica la autora que el trabajo de los CAM para asistir, con enfoque multidisciplinar, a los hombres maltratadores durante un año conduce a resultados positivos tangibles: “Interrumpir la violencia, aprender a escuchar, controlar las propias reacciones, mostrarse distantes de una situación de potencial conflicto: la nueva identidad se construye en torno a los valores de respeto, control, independencia, sin recurrir necesariamente a la violencia. De este modo se confirma la imagen del *homo faber*, demiurgo de sí mismo y del mundo y se desarrolla mediante otros comportamientos: el hombre que soporta deja espacio al hombre que comprende; la racionalidad obtusa se aparta a favor de una gestión eficaz de las propias emociones; el instinto de reaccionar inmediatamente a una provocación es sustituido por una distancia de la situación particular”. Resultados estos que conducen a una ruptura del ciclo de violencia no solo por la interrupción de las prácticas violentas, sino, sobre todo, por la reconfiguración de la identidad masculina en el estudio que presenta ODDONE.

2.1.3. Las violencias y el derecho penal italiano

En el derecho italiano, al igual que ocurre en otros ordenamientos²²⁵, durante mucho tiempo, y aún hoy, la violencia intrafamiliar como una hipótesis de delito encuentra un pri-

225 La tendencia al uso del derecho penal como mecanismo para sancionar las conductas violentas es común en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en Holanda “el artículo 304 del Código Penal aumenta los límites máximos de las penas por la provocación de violencia física por parte de un esposo al otro [...]. Desde febrero de 2006, esta disposición es igualmente aplicable al ‘compañero de vida’”: W. M. SCHRAMA, “The Dutch Approach to Informal Lifestyles: Family Function Over Family Form?”, *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, n.º 3, 2008, 324, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebn010>. En el Reino Unido, el *Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*, enmendado en 2012, prevé la persecución penal por la provocación de la muerte o de un daño físico serio del hijo o de un adulto vulnerable, *cfr.* en doctrina S. WALBY y J. ALLEN, *Domestic Violence, Sexual Assault and Stalking: Findings from The British Crime Survey*, Home Office Research Study 276, London, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 2004; A. L. ROBINSON, “Reducing Repeat Victimization Among High-Risk Victims of Domestic Violence: The Benefits of a Coordinated Community Response in Cardiff, Wales”, *Violence Against Women* 12, n.º 8, 2006, 761-88, <https://doi.org/10.1177/1077801206291477>; N. HARWIN, “Putting a Stop to Domestic Violence in the United Kingdom: Challenges and Opportunities”, *Violence Against Women* 12, n.º 6, 2006, 556-67, <https://doi.org/10.1177/1077801206289134>. En España sucede lo propio gracias a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que admite la acción penal frente a los delitos “relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género” (artículo 44). Para el caso español v. R. SALVADOR CONCEPCIÓN, *Violencia de género en España, Francia, Reino Unido e Italia: ¿un concepto global?*, Madrid, Dykinson, 2015. En clave europea resulta sugestivo el estudio de H. KURY, J. OBERGFELL-FUCHS y G. WOESSNER, “The Extent of Family Violence in Europe: A Comparison of National Surveys”, *Violence Against Women* 10, n.º 7, 2004, 749-69, <https://doi.org/10.1177/1077801204265550>

mer y natural remedio en el derecho penal. Un examen del código penal italiano vigente, con las reformas en materia de violencia sexual (Ley 66 de 1996) y de aprovechamiento de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual y otras formas de esclavitud (Ley 269 de 1998), permite detectar una serie de conductas calificadas como tipos penales que sancionan, principalmente con pena de prisión, la práctica de distintos tipos de violencia (tabla 2), enunciados algunos entre los delitos contra la familia, con un mayor acento en los delitos que comportan una forma de violencia física, y otros entre los delitos contra la persona, con algunas particularidades en caso de que el agresor sea un ascendiente de la víctima, pero con la descripción de distintas conductas constitutivas de violencia física, psicológica y sexual.

TABLA 2. REMEDIOS DEL DERECHO PENAL ITALIANO A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTRA DE LOS HIJOS

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Sanción
De los delitos contra la familia	Incesto	Art. 564 c.p.	Prisión de doce (12) a sesenta (60) meses, o de veinticuatro (24) a noventa y seis (96) meses. Pena accesoria: pérdida de la responsabilidad parental
	Abuso de medios de corrección o disciplina	Art. 571 c.p.	Si del hecho deriva peligro de enfermedad mental o física: prisión de hasta seis (6) meses Si del hecho deriva una lesión personal: se aplican las penas previstas para las lesiones personales, reducidas a un tercio Si del hecho deriva la muerte: prisión de treinta y seis (36) a noventa y seis (96) meses

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Sanción
	Maltratos contra familiares y convivientes	Art. 572 c.p.	Prisión de veinticuatro (24) a setenta y dos (72) meses Si del hecho deriva una lesión personal grave: prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses Si del hecho deriva una lesión gravísima: prisión de ochenta y cuatro (84) a ciento ochenta (180) meses Si del hecho deriva la muerte: prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos ochenta y ocho (288) meses
De los delitos contra la persona	Golpiza	Art. 581 c.p.	Prisión hasta de seis (6) meses y multa de hasta € 306
	Lesiones personales	Art. 582 c.p.	Prisión de seis (6) a treinta y seis (36) meses
	Injuria	Art. 594 c.p.	Prisión hasta de seis (6) meses y multa de hasta € 516
	Difamación	Art. 595 c.p.	Prisión de hasta doce (12) meses y multa de hasta € 1032
	Reducción o mantenimiento en esclavitud o servidumbre	Art. 600 c.p.	Prisión de noventa y seis (96) a doscientos cuarenta (240) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Prostitución de menor de edad	Art. 600-bis c.p.	Prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de € 15.000 a € 150.000,

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Sanción
			con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Pornografía infantil	Art. 600-ter c.p.	Prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de €24.000 a €240.000, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Poseción de material pornográfico realizado con menores de edad	Art. 600- <i>quater</i> c.p.	Prisión de hasta treinta y seis (36) meses y multa no inferior a € 1.549
	Trata de personas	Art. 601 c.p.	Prisión de noventa y seis (96) a doscientos cuarenta (240) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Adquisición y enajenación de esclavos	Art. 602 c.p.	Prisión de noventa y seis (96) a doscientos cuarenta (240) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Secuestro	Art. 605 c.p.	Prisión de seis (6) a noventa y seis (96) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Violencia sexual	Art. 609- <i>bis</i> c.p.	Prisión de sesenta (60) a ciento veinte (120) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Sanción
			Pena accesoria a petición de parte: <ul style="list-style-type: none"> • Pérdida de la responsabilidad parental • Pérdida de los derechos de alimentos y de herencia
	Actos sexuales con menor de edad	Art. 609- <i>quater</i> c.p.	Prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses
	Corrupción de menor de edad	Art. 609- <i>quinquies</i>	Prisión de doce (12) a sesenta (60) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Violencia sexual de grupo	Art. 609- <i>octies</i>	Prisión de setenta y dos (72) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, con agravación punitiva si el delito lo comete un ascendiente
	Violencia privada	Art. 610 c.p.	Prisión de hasta cuarenta y ocho (48) meses
	Amenaza	Art. 612 c.p.	Multa de hasta € 1032
	Actos persecutorios	Art. 612- <i>bis</i>	Prisión de seis (6) a sesenta (60) meses

Fuente: elaboración propia.

Una mirada, aun superficial, a estas opciones que ofrece el derecho penal italiano permite detectar varias particularidades de estos remedios en Italia.

En primer lugar, llama la atención la especial relevancia que se da a la violencia física en contraste con otras formas de violencia. Por ejemplo, parecen ignorarse las prácticas constitutivas de *mobbing* familiar (v. *supra* nota 209) y la violencia económica, aunque la indiferencia de esta última

podría ser solo aparente²²⁶, pero la no previsión de soluciones específicas a estas conductas no contribuye a desalentar su práctica, y pone en segundo plano a las víctimas si no lo son de otra forma de violencia de manera simultánea.

En segundo lugar, siendo una solución de tipo penal, las sanciones se traducen en la imposición de penas privativas de la libertad y/o multas, en algunos casos agravadas si el sujeto agente es un ascendiente de la víctima –para lo que aquí interesa, uno de los padres–, lo que se ha demostrado poco efectivo en la disuasión de este tipo de conductas, sumado a la imposibilidad para el juez penal de intervenir en aspectos patrimoniales de la familia²²⁷.

De igual manera, aunque en muy pocos casos se prevea la imposición de penas accesorias de naturaleza civil, como la pérdida de la responsabilidad parental y de los derechos a recibir alimentos de la víctima o a heredarla, el derecho penal ciertamente está concentrado en su función sancionatoria, por lo que, frente a la causación de un daño por una conducta violenta, la respuesta que ofrece son medidas centradas en la restricción de libertades del sujeto agente, en su castigo, con lo que queda en entredicho la real satisfacción de los intereses de la víctima del daño.

226 Aunque en criterio de CIARONI, "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", cit., 86 y de M. VIRGILIO, "Sistemi penali comparati. Violenza in ambito domestico e familiare (Italia)", *Revista Penal* 10, 2002, 213, el tipo penal que sanciona la violación a los deberes de asistencia familiar puede desalentar intentos de violencia económica, reconociendo que, en todo caso, el ordenamiento aún no está en condiciones de ofrecer una respuesta decidida. En efecto, no parece suficiente reducir la violencia económica a la hipótesis de dicho artículo, pues este la limita al caso de quien, deliberadamente, se sustrae a sus deberes legales de modo que hace faltar los medios mínimos de subsistencia a la familia. La violencia económica se refiere no solo a la privación de medios para la subsistencia, sino que puede ser una expresión de la violencia psicológica, que implica una restricción a la autonomía para decidir sobre las finanzas, o a la manipulación o el chantaje asociado a la dependencia económica.

227 CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 57.

Adicionalmente, siendo un ámbito especial, es apenas evidente que se trata de conductas que constituyen un tipo penal concreto. Por lo cual las conductas que, aunque siendo violentas –y por ello causen malestar a la víctima o le generen algún daño–, no constituyan delitos quedan en la zona de irrelevancia penal, es decir: en la zona de *inmunidad*. Allí la opción que aparece es la de hacer una interpretación del tipo penal de “maltratos” a la luz de la Constitución y de los principios generales, que permitan incluir allí este tipo de conductas, aunque a estas no se podrían aplicar las circunstancias de agravación punitiva, pues parecen reenviar a la violencia física.

Estas consideraciones reafirman que, pese a los esfuerzos del legislador italiano por perseguir y sancionar las conductas violentas, existen al menos dos cuestiones no resueltas del todo, relacionadas entre sí: la irrelevancia de conductas violentas, pero no suficientemente graves como para comprometer la responsabilidad penal del sujeto agente, y la irrelevancia penal de conductas violentas graves, pero no constitutivas de delito. El derecho penal se demuestra un sistema excluyente, pero no es este el único problema.

En este escenario se presenta otro inconveniente que aparece ratificando la inidoneidad del derecho penal para contrarrestar con eficacia la violencia en la familia: los tiempos del proceso penal contrastan con el sentido de inmediatez que requieren las medidas de protección de la víctima, con lo cual se pone en riesgo su integridad²²⁸.

Estas cuestiones reflejan un cierto descuido o desinterés del ordenamiento por los intereses de la víctima. Por supuesto, esto no implica necesariamente un juicio de valor de la solución penal que tiene unas características, una naturaleza y funciones que la distinguen del derecho civil. Un esfuerzo de sistematicidad se puede intuir en la deter-

minación de penas accesorias de carácter civil, sin duda necesarias en esos casos en los que la conducta violenta del padre o la madre resulta transgresora de la dignidad del hijo a tal punto que la relación pierde razón de ser y se distorsiona completamente su naturaleza. Sin embargo, resulta evidente que la privación de la responsabilidad parental o la ruptura de la relación no son, por sí solas, medidas de satisfacción de los intereses del hijo-víctima.

Considerando que se está hablando de la relación paternofilial, cobra mayor relevancia ese aparente abandono por los intereses de la víctima, pues la indefensión del hijo frente a las conductas violentas o abusivas del padre o de la madre lo pone en condiciones de mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, de mayor necesidad de asistencia.

Por ello, conviene determinar en qué consisten esas penas accesorias de carácter civil, lo que conducirá a conocer las respuestas del derecho de familia a la violencia intrafamiliar.

2.1.4. Violencias, derecho de familia italiano y órdenes de protección contra los abusos familiares

El enfoque del derecho de familia se puede encontrar en las soluciones dispuestas en el código civil, gracias a las modificaciones aportadas por la Ley 149 de 2001 que pretendía modificar la disciplina de la adopción y de la custodia de los hijos, que consisten en unas medidas de protección a favor de los hijos menores de edad.

Adicionalmente, pocos días después fue aprobada, con la Ley 154 de 2001, otra reforma al código civil. Esta ley, dedicada a la violencia en las relaciones familiares, establece una serie de medidas que introduce en un nuevo título dedicado a las *Órdenes de protección contra los abusos familiares*, y otras modificaciones sustanciales al código civil, al código de procedimiento civil y al código de procedimiento penal. Se trata de una cuestión que merece un análisis atento como respuesta alternativa al problema de la violencia intrafami-

liar, entre otras cosas, porque sirve como instrumento de interpretación de las reglas especiales.

Desde un punto de vista sistemático, se debe advertir que la regulación de las órdenes de protección se encuentra en el Libro I del Código Civil, de las personas y de la familia; entre el título IX, de la responsabilidad parental y de los derechos y deberes del hijo, y el título X, de la tutela y de la emancipación. Esta disposición sistemática de las normas podría conducir a pensar que se trata de un conjunto de medidas concebidas en el contexto de las relaciones entre padres e hijos; sin embargo, en la redacción en materia de órdenes de protección se refiere al “cónyuge u otro conviviente”. Por ello, se propone analizar primero los remedios previstos para la protección de los hijos, y luego sí ver en qué consisten las órdenes de protección. Se propone esta disposición, pues estas últimas complementan el esquema de remedios previsto por el código civil.

TABLA 3. REMEDIOS DEL DERECHO DE FAMILIA ITALIANO A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTRA DE LOS HIJOS

Disposición	Supuesto de hecho	Medida
Art. 330 c.c.	La violación o el descuido de los deberes inherentes a la responsabilidad parental	Pérdida de la responsabilidad parental Separación del hijo de la residencia familiar
	El abuso de los poderes derivados de la responsabilidad parental con grave perjuicio para el hijo	Separación del padre o conviviente que maltrata o abusa del niño
Art. 333 c.c.	Conducta que no da lugar a la pérdida de la responsabilidad parental, pero es perjudicial para el hijo	Las que el juez considere pertinentes Separación del hijo de la residencia familiar Separación del padre o conviviente que abusa o maltrata al niño

Lo primero que se debe señalar en relación con estas normas es que son aplicables exclusivamente en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos y con una proyección bifocal: de una parte, buscan sancionar la conducta perjudicial del padre; de otra, pretenden proteger la integridad del hijo. Es claro que se trata de una norma general, referida a la violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, por lo que resulta aplicable en el caso de violencia intrafamiliar, pues esta constituye una hipótesis de violación de dichos deberes. La configuración de estas medidas permite leer la conducta de la violencia intrafamiliar con un lente distinto, ya no solo concentrado en la sanción del agresor y más interesado en el bienestar de la víctima, en este caso, en su integridad psicofísica.

De allí que el código prevea tres posibilidades. En primer lugar, la pérdida de la responsabilidad parental, que ciertamente no comporta la desaparición de las obligaciones del padre o la madre respecto del hijo, es decir, no se trata de una liberación de los deberes que como padre o madre deben ser honrados, especialmente aquellos relacionados con la obligación alimentaria.

En caso de que la conducta no revista una gravedad tal que comporte la pérdida de la responsabilidad parental, la norma otorga al juez una gran discrecionalidad, pues podrá determinar las medidas que considere pertinentes. Escenario en el que se intuye que pueden tener una gran relevancia los intereses del hijo. La doctrina italiana ha señalado que la previsión del juez puede comportar una orden de cumplir los deberes violados²²⁹, pero también cabrían medidas típicamente asistenciales, como la deter-

229 Cfr. CIARONI, "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", cit., 102 y C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5.^a ed., vol. 2.1. La famiglia, Milano, Giuffrè, 2014, 297.

minación de tratamiento o acompañamiento psicológico, por mencionar solo un ejemplo.

Por último, en ambos casos, el juez puede disponer la medida cautelar de separación de la residencia. Si se acude a la regulación del código de procedimiento penal, esta medida comporta la orden al imputado de dejar la casa familiar inmediatamente, o de no regresar a ella o de no entrar sin autorización del juez (art. 282-*bis*, c.p.p.it. luego de modificado por la Ley de las órdenes de protección).

Pese a la previsión de las medidas vistas hasta ahora, el código civil nada dice en relación con lo que debe entenderse por abuso y maltrato. Una posible solución aparece si se considera que estas medidas, ante la ocurrencia de un delito, tienen el carácter de accesorias a la sanción penal, por lo que para su determinación se puede acudir a la interpretación que de estas conductas se hace en otros escenarios; por ejemplo, del maltrato en el derecho penal²³⁰ o del abuso en la regulación sobre las órdenes de protección contra los *abusos* familiares²³¹.

Las órdenes de protección conocen un antecedente preciso en los Estados Unidos, donde algunos estados han desarrollado un sistema de asistencia a las víctimas de violencia intrafamiliar, que permite al juez tomar medidas de prohibición de conductas violentas e imponer obligaciones funcionales a la protección de las libertades individuales²³².

230 Solución no del todo afortunada, pues estaría condicionada a que la conducta pueda ser calificada como delito *ex art.* 572 c.p., generando el problema antes señalado de indiferencia frente a conductas dañinas, aunque no calificables como tipo penal.

231 Para un análisis sobre el contenido y el alcance del abuso como supuesto de hecho y, en particular, sobre el elemento relativo al grave perjuicio véase A. RENDA, "L'abuso familiare", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova, Cedam, 2009, 71-144.

232 Para un análisis sobre el contenido y la aplicación de las órdenes de protección en Estados Unidos, en particular en los estados de New York, California y Texas, también con referencia a la intervención de la Corte Suprema,

De allí la importancia de estas últimas pues, como se verá a continuación, ofrecen muchos más elementos para la mejor comprensión del problema y establecen otro tipo de reme-

véanse CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 19-36; C. D'ANGELO, "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari negli ordinamenti di *Common Law*", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, cit., 281-318. Igualmente, en la literatura norteamericana en relación con la aplicación de las órdenes de protección y sus efectos, *cf.* M. J. CARLSON, S. D. HARRIS, y G. W. HOLDEN, "Protective Orders and Domestic Violence Risk Factors for Re-Abuse", *Journal of Family Violence* 14, n.º 2, 1999, 205-26; C. CONNELLY y K. CAVANAGH, "Domestic Abuse, Civil Protection Orders and the 'New Criminologies': Is There Any Value in Engaging with the Law?", *Feminist Legal Studies* 15, n.º 3, 2007, 259-87, <https://doi.org/10.1007/s10691-007-9069-7>; A. DURFEE, "'I'm not a victim, she's an abuser': Masculinity, Victimization, and Protection Orders", *Gender and Society* 25, n.º 3, 2011, 316-34; A. FELDMAN, "Cross-Border Domestic Violence: The Global Pandemic and The Call for Uniform Enforcement of Civil Protection Orders", *Suffolk Transnational Law Review* 40, n.º 1, 2017, <http://law-journals-books.vlex.com/vid/cross-border-domestic-violence-685578917> [consultado el 3 de mayo de 2018]; S.E. FIELDS, "Debunking the Stranger-in-the-Bushes Myth: The Case for Sexual Assault Protection Orders", *Wisconsin Law Review* 3, 2017, 429-90; P. FINN, "Statutory Authority in the Use and Enforcement of Civil Protection Orders against Domestic Abuse", *Family Law Quarterly* 23, n.º 1, 1989, 43-74; C. R. FRANK, "Criminal Protection Orders in Domestic Violence Cases: Getting Rid of Rats with Snakes", *University of Miami Law Review* 50, n.º 4, 1996, 919-44; S. GOLDFARB, "Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence: Can Law Help End the Abuse without Ending the Relationship", *Cardozo Law Review* 29, n.º 4, 2008, 1487-1552; L.S. KOHN, "The False Promise of Custody in Domestic Violence Protection Orders", *DePaul Law Review* 65, n.º 3, 2016, 1001-54; J. MCFARLANE *et al.*, "Protection Orders and Intimate Partner Violence: An 18-Month Study of 150 Black, Hispanic, and White Women", *American Journal of Public Health* 94, n.º 4, 2004, 613-18; J. K. STOEVER, "Enjoining Abuse: The Case for Indefinite Domestic Violence Protection Orders", *Vanderbilt Law Review* 67, n.º 4, 2014, 1015-98; S. D. THUESON, "Civil Domestic Violence Protection Orders in Wyoming: Do They Protect Victims of Domestic Violence?", *Wyoming Law Review* 4, 2004, 271-310; E. TOPLIFFE, "Why Civil Protection Orders are Effective Remedies for Domestic Violence but Mutual Protective Orders are Not", *Indiana Law Journal* 67, n.º 4, 1992, 1039-66.

En relación con otros ordenamientos véanse A. FERRANTE, "La violenza domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, cit., 391-430; L. C. NATALI, "Gli abusi familiari nell'ordinamento francese", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, cit., 319-70; S. WÜNSCH, "Gli abusi familiari nell'ordinamento tedesco", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, cit., 371-90.

dios “*ad hoc* de los bienes jurídicos –la salud, la integridad moral, los derechos de libertad– que el legislador escogió como merecedores de protección”²³³.

La premisa de las órdenes de protección contra los abusos familiares es:

Art. 342-*bis* c.c. Cuando la conducta del cónyuge o de otro conviviente es causa de grave perjuicio a la integridad física o moral o a la libertad del otro cónyuge o conviviente, el juez, a petición de parte, puede adoptar por decreto una o más previsiones de las señaladas en el artículo 342-*ter*.

De este primer artículo ya se puede comprender la importancia cardinal de esta nueva configuración de los remedios jurídicos a la violencia intrafamiliar. La nueva configuración centra la atención en el grave perjuicio a la integridad psicofísica o a la libertad del cónyuge o conviviente, siendo esta, y no cualquier otra consideración, la premisa para decretar las órdenes de protección. Igualmente, debe destacarse que como fuente del perjuicio se refiera a “la conducta” sin calificarla o restringirla a un determinado tipo de violencia o conducta abusiva, con lo cual se amplía significativamente el radio de protección y se determina el contenido y alcance de la noción de “abuso”. De esto se colige también que las órdenes de protección se pueden decretar frente a la conducta que produce un perjuicio a uno de esos bienes jurídicos, y no frente al mero peligro de perjuicio²³⁴.

Pero ¿en qué consisten dichas órdenes? El legislador precisa su contenido así:

233 A. RENDA, “Abusi familiari (diritto civile) - a) Profili soggettivi e oggettivi”, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014, 1.

234 En ese sentido, RENDA, cit., 6. Contra CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 135.

Art. 342-*ter* c.c. Con el decreto del artículo 342-*bis* el juez ordena al cónyuge o conviviente, que ha incurrido en la conducta perjudicial, la cesación de la misma y dispone el desalojo de la casa familiar del cónyuge o del conviviente que ha incurrido en la conducta perjudicial, ordenándole también, cuando sea necesario, que desde ese momento no se acerque a los lugares frecuentados habitualmente [por la víctima], y en particular al lugar de trabajo, al domicilio de la familia de origen, o al domicilio de otros familiares próximos o de otras personas y en proximidad de los lugares de instrucción de los hijos de la pareja, salvo que no deba frecuentarlos por exigencias laborales.

El juez también puede disponer, cuando sea necesaria, la intervención de los servicios sociales del territorio o de un centro de mediación familiar, y de las asociaciones que tengan como finalidad estatutaria sostener y acoger mujeres y menores de edad u otros sujetos víctimas de abusos y maltratos; el pago periódico de una suma de dinero a favor de las personas convivientes que, por efecto de las previsiones del primer inciso, quedan privadas de medios adecuados, fijando la modalidad y los términos para el pago y prescribiendo, si es el caso, que la suma la consigne directamente el empleador del obligado, descontándola de su salario.

Con el mismo decreto, el juez establece la duración de la orden de protección, que se cuenta desde el momento de su ejecución. Esta no puede ser superior a un año y se puede prorrogar, a petición de parte, solo si recurren graves motivos por el tiempo estrictamente necesario.

Con el mismo decreto, el juez determina la modalidad de actuación. En caso de que surjan dificultades o contestaciones a la ejecución, el mismo juez determina mediante decreto las medidas más oportunas para la actuación, incluso el auxilio de la fuerza pública y del oficial sanitario.

Si bien esta norma fue prevista para tutelar a todos los miembros de una familia que son víctimas de abuso en la familia, de la disposición parece surgir que se trata de

una medida a favor del cónyuge o compañero víctima. La pregunta obligada es si ello determina una exclusión de los hijos que sufren la violencia de los padres para la aplicación de una orden de protección. Para responder a ello, quizá es necesario examinar en detalle las dos reformas en materia de medidas de protección.

2.1.5. Diferencias entre las órdenes de protección y las medidas de protección en favor de los hijos

El hecho de que el legislador italiano emitiera en una misma semana dos leyes que establecían medidas de protección contra los abusos y maltratos, primero a favor de los hijos (Ley 149 de 2001), luego a favor del cónyuge o conviviente (Ley 154 de 2001), podría conducir a afirmar que se trata de regímenes excluyentes entre sí, pero conviene analizar con más atención de qué se trata cada uno.

Un primer elemento para responder se puede tomar de las reglas para la solución de antinomias; así, en caso de un eventual conflicto, si se siguiera el criterio *ex posterior derogat priori*, no hay lugar a duda sobre la aplicación de las órdenes de protección a favor de los hijos; sin embargo, por el criterio de especialidad *ex specialis derogat generali*, en el caso de violencia en contra de los hijos procedería la aplicación de los artículos 330 y 333 del código civil.

Desde un punto de vista práctico, las diferencias no son pocas.

Una primera tiene que ver con la competencia, pues la decisión sobre la pérdida de la responsabilidad parental corresponde al tribunal de menores, mientras que la orden de protección es de competencia del juez civil.

Además, los remedios también son distintos: de conformidad con los artículos 330 y 333 c.c.it., las medidas de protección principales son, de una parte, la pérdida de la responsabilidad parental, de otra, las que considere pertinentes el juez, por lo que la orden de desalojo de la

casa familiar resulta accesoria a aquellas; mientras que las órdenes de protección prevén como mecanismo principal, junto a la orden de cesación de la conducta, la medida de separación de la casa familiar, como medida de protección de los intereses individuales de la víctima, pero también del interés social a la tranquilidad de las familias²³⁵.

Por último, una diferencia entre los dos regímenes tiene que ver con el límite temporal de la vigencia de la orden de protección²³⁶, que no existe para las previsiones a favor de los hijos menores de edad, previsiones que son, en todo caso, revocables, en cualquier momento (art. 333 c.c.it.) o, si comportó la pérdida de la responsabilidad parental, es posible obtener su restitución si cesa la conducta y se excluye todo perjuicio para el hijo (art. 332 c.c.it.). En ese sentido, las órdenes de protección cesarán por el cumplimiento del término de ejecución de la medida, por la separación, por cesación de la convivencia *more uxorio*²³⁷.

Una cuestión que se debe precisar es que en ninguno de los dos ámbitos parece configurarse la convivencia como presupuesto de aplicación de los remedios. Aunque en el caso de las órdenes de protección no resulta evidente de golpe, y en algún momento se ha señalado que es necesaria la convivencia para imponer las órdenes²³⁸, una mirada a la ley permite resolver la cuestión. En el artículo 1, inciso 2, que crea el artículo 282 c.p.p. para regular la medida

235 Cas. civ., secc. I, 5 de enero de 2005, n.º 208.

236 La cantidad de tiempo prevista fue objeto de reforma (Decreto ley 11 de 2009, convertido con modificaciones por la Ley 38 de 2009), pues en la redacción original de la ley el término era de seis meses. Existe además un límite objetivo: según el artículo 8 de la ley no se pueden adoptar durante los procedimientos de separación y divorcio.

237 Cfr. PALADINI, "La responsabilidad civil en la familia", cit., 18-19.

238 Lo que explicaría la centralidad de la medida de desalojo; así, Trib. Napoli, 2 de noviembre de 2006; Trib. Napoli, 1 de febrero de 2002. De esa opinión es V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Collezione di giustizia penale 3, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 119.

cautelar de separación de la casa familiar, se dice que “con la providencia que dispone la separación de la casa, el juez ordena al imputado dejar inmediatamente la casa familiar, o no volver a entrar a ella”, lo que hace pensar en que se pueda aplicar en situaciones de no convivencia²³⁹, solución compatible con una interpretación conforme a los dictados constitucionales²⁴⁰.

Un elemento adicional para la discusión surge de la redacción del artículo 342-*bis* c.c.it., que, como se dijo, define como premisa de aplicación de las órdenes el perjuicio causado por “la conducta del cónyuge o de otro conviviente”, de lo que se desprendería que la precisión se incluyó justamente para distinguir entre el cónyuge y cualquier otro conviviente. ¿Quiere esto decir que respecto del cónyuge no se exige la convivencia? Parece sensato concluir en ese sentido.

Sin embargo, esta aparente distinción conduce a detectar una, también aparente, omisión en relación con los hijos que, siguiendo la redacción de la norma, pueden recaer solo en la categoría de “otros convivientes”. Empero, esta supuesta omisión se puede resolver acudiendo a las normas especiales, pues en los artículos 330 y 333 c.c. aparece más claro que los remedios a la conducta violatoria de los deberes

239 En ese sentido, Trib. Firenze, dto. 15 de julio de 2002; Trib. Modena, 29 de julio de 2004. G. DE MARZO, “La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n.º 54”, en *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare: profili di diritto sostanziale e processuale*, 2.ª ed., Teoria e pratica del diritto Sezione 1, Diritto e procedura civile 104, Milano, Giuffrè, 2007, 14, nota 1, comenta que este criterio es convincente solo cuando se trate del cónyuge, pero no respecto del conviviente (que tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas identifican con el compañero de hecho) ni de otros componentes de la familia, haciendo una lectura que, en todo caso, parece omitir las relaciones paternofiliales.

240 Elemento introducido por Trib. Bologna, 22 de marzo de 2005. Un estudio detenido sobre esta medida se puede consultar en M. PALADINI, “Abusi familiari (diritto civile) - b) Contenuto dell’ordine di protezione”, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014, 10 ss.

inherentes a la responsabilidad parental pueden aplicarse aun cuando no convivan víctima y victimario, por lo que se cae de su peso que cuando se trata de los hijos el requisito de la convivencia no es necesario o, al menos, no debería serlo. Cabe señalar también que con los “otros convivientes” se refiere, en todo caso, a convivencia de tipo familiar, es decir, la *affectio* familiar es una *conditio sine qua non*, lo que excluye las convivencias entre amigos o por razones económicas, de trabajo o estudio (como entre estudiantes o inquilinos de un mismo arrendador)²⁴¹.

No pueden dejar de anotarse algunos aspectos innovadores de las órdenes de protección contra los abusos familiares. En primer lugar, la determinación del abuso como la conducta que causa un grave perjuicio a la integridad física o moral o a la libertad de la persona, con lo cual asume relevancia el daño producido por la conducta violenta o abusiva, descrito como un daño a la persona²⁴², sin que ello traslade el supuesto de hecho a una cuestión de responsabilidad civil, siendo necesario hacer una interpretación en

241 RENDA, “Abusi familiari (diritto civile)...”, cit., 2; BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, cit., 120.

242 Según el Trib. Rovereto, 26 de julio de 2007, el daño al que se refiere el artículo se puede traducir no solo en agresiones físicas, sino también en agresiones verbales que tienen la potencialidad de causar una lesión a la salud de la víctima, por su reiteración y el clima de tensión permanente; lo que se suma al perjuicio moral, descrito por la misma norma, en los casos en que el sufrimiento sea solo moral o psíquico. Por su parte, el Trib. Milano, ord. 30 de julio de 2016, en un caso de violencia de pareja establece que la conducta se puede “apreciar a nivel ‘cualitativo’ y cuantitativo: en el primer caso, en relación con las modalidades concretas idóneas a representar, en el futuro, un ‘grave peligro’; en el segundo, en relación con la entidad de la conducta en el tiempo, con su eficacia ofensiva, con su dimensión psicológica”; razón por la cual, “en materia de actos agresivos violentos, aún una bofetada del esposo” representa “un acto de violencia, no pudiendo el ordenamiento tutelar nunca y bajo ninguna circunstancia que la dignidad de la mujer sea pisoteada por el arbitrio ajeno, no siendo el matrimonio el lugar en el que los derechos inalienables de la persona pueden someterse en razón de lógicas culturales o sociales”.

clave constitucional para la determinación y calificación del perjuicio y de las libertades tuteladas²⁴³.

En ese sentido, el perjuicio a la integridad física se puede entender como un perjuicio a la salud física y psíquica; el perjuicio a la integridad moral, como aquel contra bienes jurídicos como el honor, la honra, la reputación, el buen nombre, la intimidad, la imagen o la dignidad humana; mientras que la lesión a la libertad de la persona comporta una lesión a cualquiera de los derechos de libertad, como las libertades de locomoción, sexual, de religión, de expresión, de correspondencia²⁴⁴. Se precisa que, estando a la redacción de la norma, en el contexto de las órdenes de protección contra los abusos familiares se prescinde de la verificación o valoración del elemento subjetivo (dolo o culpa)²⁴⁵; es

243 BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, cit., 125. Provocador el reenvío de FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 250, según la cual “algunas conductas relevantes para adoptar las órdenes de protección pueden integrar hipótesis de abuso del derecho” porque “si es verdad que los padres en el ejercicio de la potestad tienen el poder de imponer límites a la autonomía de los menores, representaría un abuso de las prerrogativas establecerlas, no por exigencias correctivo-educativas, sino en respuesta a intereses personales propios o a un ‘capricho irresponsable’”, razonamiento que se relaciona con la idea de la tolerancia en la familia (v. *supra* nota 94). Esta consideración asume relevancia por cuanto puede implicar el reconocimiento de ciertos deberes de conducta de los miembros de la familia, y en consecuencia de una suerte de obligación de adecuarse a la buena fe.

244 RENDA, “Abusi familiari (diritto civile)”, cit., 6; BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, cit., 125 s. En doctrina se apela a los criterios aplicables en caso del delito de maltratos así: “la integridad física como presupuesto para una plena participación en la vida de relación, la integridad moral, entendida como el conjunto de atributos de libertad que permiten al sujeto autodeterminarse y que son inherentes de manera esencial a la persona. Por su parte, el valor de la libertad se aprecia por un significado más extenso, pues no se circunscribe a la personalidad moral del individuo, sino que interesa todos los perfiles que permiten al sujeto realizar las propias elecciones”: DE MARZO, “La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n.º 54”, cit., 40.

245 En ese sentido, Trib. Rovereto, 26 de julio de 2007. RENDA, “Abusi familiari (diritto civile)...”, cit., 6. *Contra* CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 147 ss.

este uno de los motivos que han conducido a la doctrina a concluir que las órdenes de protección excluyen la responsabilidad civil o la noción de ilícito aquiliano, sumado a la consideración según la cual el objetivo de aquellas es la de obtener la cesación de la conducta sin connotación punitiva o sancionatoria²⁴⁶.

Además, es innegable la importancia de la innovadora disposición de pagar la manutención de la víctima una vez que ha cesado la convivencia o que, en todo caso, debido a la orden de protección resulte privada de los medios de subsistencia²⁴⁷. De ello podría concluirse que se trata de una medida no autónoma, pues dependería de la imposición de la orden de separación de la casa familiar²⁴⁸, solución no libre de reparos²⁴⁹. Sin embargo, y pese a la vocación garantista de la norma, es reductivo que se haya previsto solo la posibilidad de solicitar el pago directamente al empleador del obligado mediante el descuento de nómina, sin considerar otras hipótesis de pago periódico, como la pensión de vejez o invalidez y otras rentas; ciertamente una interpretación constitucional impondría considerar cualquier caso de acreencia periódica como si se tratara del

246 BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, cit., 126.

247 Cfr. C. MURGO, "La misura patrimoniale dell'assegno", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, cit., 203-22; PALADINI, "Abusi familiari (diritto civile)...", cit., 17.

248 Así, Trib. Bari, 18 de julio de 2002; Trib. Firenze, dto. 15 de julio de 2002.

249 Criticando las sentencias del 2002 de los tribunales de Bari y de Firenze, DE MARZO, "La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n.º 54", cit., 35-38, aduce que, si bien en materia penal el pago de la manutención depende de la imposición de la medida cautelar de separación de la casa familiar, en materia civil distintas cuestiones conducirían a pensar que no se trata de remedios accesorios sino complementarios: en primer lugar, el título *órdenes* en plural, pero sobre todo la consideración de "los valores indispensables para la realización de la persona" que presupone la posibilidad de disponer libremente de sumas de dinero sin depender de las decisiones del causante de la violencia con quien tendrá que continuar conviviendo la víctima.

salario, fundamentalmente para evitar cargar a la víctima con los costos económicos y de tiempo asociados a deber iniciar procesos ejecutivos adicionales²⁵⁰.

Por último, se destaca la previsión de medidas de carácter urgente, dirigidas a ofrecer una tutela efectiva e inmediata de los derechos de la víctima, privilegiando con ello la celeridad y una mayor facilidad de las actuaciones procesales; así como la discrecionalidad otorgada al juez para determinar las medidas de protección idóneas²⁵¹. Esta discrecionalidad encuentra un primer punto de referencia en los artículos 330 y 333 c.c., y se ratifica con la variedad de órdenes de protección que sugiere el legislador y que permiten al juez evaluar la situación para determinar cuándo no es suficiente la medida de separación de la casa familiar, sino también la prohibición para frecuentar los lugares visitados por la víctima; o solicitar la intervención de servicios sociales o de mediación o de apoyo a víctimas; o, finalmente, para definir el tiempo de duración de la medida y las modalidades de aplicación de esta.

Estas novedades reflejan un cambio de tendencia en la manera de abordar el problema de violencia intrafamiliar, una solución de este tipo es el producto de un mayor interés en la víctima y en la satisfacción de sus necesidades, en el respeto a su dignidad y en la garantía de su derecho a vivir en un ambiente libre de violencia²⁵². A ello se suma que la medida cautelar de desalojo de la casa y de prohibición de frecuentar a la víctima comporta una reacción categórica y, al menos idealmente tempestiva, para impedir la prolongación de las agresiones²⁵³, sin romper definitivamente

250 *Ibid.*, 28.

251 CIARONI, "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", cit., 110 e PALADINI, "Abusi familiari (diritto civile)...", cit.

252 CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., 58.

253 Lo que constituye la *ratio* de la Ley sobre las órdenes de protección; así, Trib. Firenze, dto. 15 de julio de 2002; Trib. Modena, 29 de julio de 2004; Trib. Bologna, 22 de marzo de 2005.

la relación familiar. Sin embargo, para garantizar la no repetición de la violencia, sería necesario acompañarla de medidas accesorias de asistencia profesional y terapéutica tanto a la víctima como al agresor, que les permitan superar realmente la violencia.

Teniendo en cuenta todo esto, vale la pena volver a la pregunta sobre si resultan excluidos los hijos que son víctimas de la violencia para la aplicación de una orden de protección. No parece plausible dar una respuesta afirmativa:

En primer lugar, porque en la aplicación de las órdenes de protección a favor del cónyuge o compañero en los casos en que haya hijos, estos ciertamente se beneficiarán de las medidas; pero además porque, en materia de competencia, la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de decretar las órdenes de protección, cuando la demanda comporte otros aspectos del conflicto familiar, como alimentos o custodia²⁵⁴, lo que confirma la imposibilidad de excluir la consideración sobre los hijos. Adicionalmente, no deja de llamar la atención la disposición sistemática de las normas, pues la inserción del nuevo título tuvo lugar en una sección del código dedicada a regular aspectos de las relaciones entre padres e hijos, lo que puede obedecer a un simple descuido o justamente a una intención de ratificar la aplicabilidad de las órdenes de protección a situaciones de violencia en contra de los hijos²⁵⁵.

254 Cas. civ., secc. I, 22 de junio de 2017, n.º 15482; Cas. civ., secc. VI, 07 de diciembre de 2017, n.º 29492. Sin embargo, PALADINI, "Abusi familiari (diritto civile)...", cit., 18, menciona la laguna legislativa en relación con las disposiciones en materia de visitas allí donde la orden que se determine sea la de separación de la casa familiar, sugiriendo que corresponde a la jurisprudencia establecer las reglas que permitan la recuperación de la relación entre los hijos y el padre o la madre alejados de la casa familiar.

255 Para una reflexión más detenida sobre la coordinación entre el régimen de las órdenes de protección y los artículos 330 y 333 c.c.it. véase C. B. PUGLIESE, "I soggetti degli ordini di protezione", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari...*, 1-70, especialmente 54 ss.

Ahora bien, el hecho de que en el ámbito de esta investigación el estudio se concentre en la detección de las debilidades de los remedios predispuestos en el derecho penal y de familia como elemento que justifica la aplicación de medidas más efectivas para la satisfacción de los intereses de las víctimas, como la responsabilidad civil, parte de la existencia de una víctima. La situación ideal sería aquella en la que el problema se resuelve desde un comienzo, por lo que no puede escapar a la atención que, no obstante el creciente interés por tutelar a las víctimas de la violencia, especialmente a los hijos, la prevención debería ser la prioridad; el problema es que parece ser una cuestión aún inalcanzable.

Valdría la pena preguntarse por la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por la negligencia de los agentes encargados de ejecutar las medidas de protección, gracias a la cual se agrava la posición de la víctima exponiéndola a daños a su integridad psicofísica²⁵⁶. En la regulación, tanto del derecho penal como del derecho de familia, no se disponen medidas disuasivas y preventivas de la violencia que puedan conducir a una reducción del número de víctimas y de las prácticas violentas en casa. Este sigue siendo un desafío para todo el sistema, por lo que se sigue pensando en clave de remedios.

Bajo esa lógica, es innegable que las violencias, dados sus efectos, algunos devastadores, producen daños muy graves a las víctimas, que terminan repercutiendo en la familia y la sociedad. Estos van desde las lesiones a la integridad física a consecuencias de tipo psicológico, por ejemplo: depresión, ansiedad, tristeza, ataques de pánico, pérdida de confianza, sentimiento de vulnerabilidad, frustración,

256 Véase B. GINGELL, "Children's Rights are Human Rights: Liability of the State for Damage to Children Caused in the Course of Child Protection Work", *Coventry University Law Journal* 6, n.º 2, 2001, 78.

dificultad para dormir, problemas de concentración, dificultades en las relaciones. Estas consecuencias se pueden traducir en trastornos del comportamiento o patologías²⁵⁷. Sin embargo, como se ve, la normativa sectorial no parece satisfacer de manera integral los intereses de la víctima, si bien existen intentos de cambio, estando solo al derecho de familia y al derecho penal, la gran protagonista parece ser la inmunidad de los padres, aunque la violencia no sea la única hipótesis.

2.2. VIOLACIÓN O INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PARENTALES

La segunda hipótesis que se propone analizar es más general, pero también tiene lugar cuando hay violencias. Se trata de la violación o el incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental. Algo se ha anticipado en el análisis de la violencia intrafamiliar, pues esta es una *specie* del *genus* de incumplimiento de los deberes parentales. Sin embargo, en este caso se impone un análisis preliminar y general acerca del contenido y alcance de estos deberes, así como algunas características esenciales, para luego determinar en qué consiste su violación o incumplimiento y cuáles son las respuestas de la normativa especial.

En primer lugar, hay que señalar que los deberes de los padres se derivan del hecho mismo de la procreación o del acto jurídico que da lugar a la constitución de la relación de filiación²⁵⁸. Esta afirmación tiene un alcance de grandes proporciones, pues de ello se desprende que los deberes

257 Cfr. CIARONI, "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", cit., 86.

258 En ese sentido, la jurisprudencia ha sido categórica al señalar que las obligaciones de los padres se derivan desde el momento del nacimiento, aunque la procreación se determine con posterioridad en la sentencia que declara la filiación, lo que justifica la condena a la indemnización: Cas. civ. 14 de mayo de 2003, n.º 7386; Cas. civ. 2 de febrero de 2006, n.º 2328; Cas. civ. 3 de noviembre de 2006, n.º 23596; Cas. civ. 6 de noviembre de 2009, n.º 23630; Cas. civ. 20 de diciembre de 2011, n.º 27653; Cas. civ. 10 de abril de

parentales también se predicán a favor del que está por nacer y del hijo extramatrimonial. En este último caso, el acto de reconocimiento o la sentencia que declara la paternidad tienen efectos declarativos, no constitutivos, por lo que los deberes parentales se predicán desde el momento de la procreación, pues es ella el fundamento de la responsabilidad parental. En el caso del hijo adoptivo los deberes son vinculantes a partir de la ejecutoria de la sentencia que da lugar a la constitución definitiva de la relación paternofilial.

Bajo ese entendido, la obligatoriedad de los deberes parentales resulta escindida de la existencia de una relación de pareja entre los padres, así como de la naturaleza de dicha relación, debido a lo cual los deberes y la responsabilidad parental se mantienen invariables aun luego de la ruptura de la relación de los padres²⁵⁹; cambiando sí las reglas para su ejercicio.

En relación con el reconocimiento del hijo extramatrimonial, la sentencia judicial o el acto de reconocimiento tiene efecto declarativo y permite atribuir formalmente la responsabilidad parental, pero la titularidad de los derechos del hijo y, en consecuencia, de los deberes en cabeza del padre derivan de la procreación²⁶⁰, por lo que el punto de referencia temporal para atribuir la responsabilidad parental es el

2012, n.º 5652; Cas. civ. 22 de noviembre de 2013, n.º 26205; Cas. civ. 16 de febrero de 2015, n.º 3079.

259 FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., 71; SESTA y ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 85.

260 Cuestión frecuentemente afrontada en los casos en que es necesario determinar la prescripción de la acción de responsabilidad por la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial y de la acción de regreso del padre que ha proveído a la manutención del hijo en contra del padre incumplido. Aunque se estudiará en el siguiente párrafo, se destacan las sentencias Cas. civ. 3 de noviembre de 2006, n.º 23596; Cas. civ. 18 de agosto de 2006, n.º 18187; Trib. Bari 5 de marzo de 2008; Cas. civ. 25 de febrero de 2009, n.º 4588; Cas. civ. 6 de noviembre de 2009, n.º 23630, Trib. Roma 7 de marzo de 2014.

momento del nacimiento²⁶¹. La misma consideración subyace en caso de que el titular de la responsabilidad parental descubra no ser el padre de quien había tenido por hijo, pero no puede sustraerse al cumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental hasta cuando no prospere la impugnación de la paternidad²⁶².

2.2.1. Algunos criterios para la interpretación del contenido y alcance de los deberes parentales

Adicionalmente, la interpretación de los deberes parentales está sometida a varios criterios: (i) la igualdad, que se

261 AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 363. En la jurisprudencia lo reconocen, entre otras sentencias, Cas. civ. 16 de febrero de 2015, n.º 3079; Cas. civ. 22 de noviembre de 2013, n.º 26205; Trib. Sulmona 26 de noviembre de 2012; Trib. Vicenza 31 de mayo de 2012; Trib. Campobasso 8 de febrero de 2012; Cas. civ. 10 de abril de 2012 n.º 5652; Cas. civ. 20 de diciembre de 2011, n.º 27653; Cas. civ. 4 de noviembre de 2010, n.º 22506; Cas. civ. 30 de julio de 2010 n.º 17914; Cas. civ. 19 de abril de 2010, 9300; Trib. Cagliari, 25 de agosto de 2006; Cas. civ. 11 de julio de 2006, n.º 15756; Cas. civ. 2 de febrero de 2006, n.º 2328; Cas. civ. 3 de noviembre de 2005, n.º 21287; Cas. civ. 26 de mayo de 2004, n.º 10124; Cas. civ. 24 de marzo de 1994, n.º 2907. Como se verá adelante, este es uno de los criterios para la indemnización del daño (*illegitimo endofamiliare*) por el tardío reconocimiento del hijo extramatrimonial o la negativa a reconocerlo.

Aunque esta no es una conclusión pacífica, por ejemplo M. SESTA, "Filiazione (diritto civile)", *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Milano, Giuffrè, 2015, 455, afirma que la premisa de la responsabilidad parental es la adquisición del estado de hijo, por lo que antes de ello no se puede considerar atribuida la responsabilidad. En este sentido, Cas. civ. 23 de enero de 1993, n.º 971; Cas. civ. 22 de mayo de 2003, n.º 8037; Cas. civ. 26 de mayo de 2004, n.º 10124. En el mismo sentido S. MEZZANOTTE, "Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni", *Giurisprudenza di merito*, n.º 10, 2006, 2291B. Por su parte, L. FERRI, "Della potestà dei genitori (Art. 315 - 342)", en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, 28, con fundamento en la existencia de normas de protección del que está por nacer conduce a señalar el momento de inicio de la responsabilidad parental antes del nacimiento; en particular, se refiere al artículo 320 c.c.it. que otorga a los padres la representación legal de los hijos nacidos y nascituros. El fundamento de Ferri es que si la representación legal, como un aspecto inherente de la potestad (hoy responsabilidad parental), puede existir antes del nacimiento, la potestad necesariamente surge antes.

262 Así, Cas. pen. 5 de marzo de 2010, n.º 8998.

predica de todos los hijos²⁶³ pero también de ambos padres, titulares ambos de la responsabilidad parental, a partir de lo cual se desprende otro criterio; (ii) la biparentalidad, que no solo implica una distribución equitativa de las cargas y responsabilidades entre los padres, sino que constituye un derecho del hijo a mantener una relación equilibrada y armoniosa con ambos padres, así como con sus familias, lo que erige un deber en cabeza de los dos padres de no impedir la relación con el otro padre²⁶⁴; (iii) los deberes, si

263 Sin importar el *status filiationis*, entre otras cosas, gracias a la reforma de 2012 que unificó el estatus de hijo.

264 Esta consideración asume relevancia también para orientar la conducta de los padres entre sí, de allí que lo que se conoce como el “síndrome de alienación parental” resulte reprochable al punto de ser objeto de condena a la indemnización a favor del hijo (por la violación del derecho a la biparentalidad) y del otro padre (por la violación al derecho a ejercer el propio rol parental), a cargo del padre alienante: Trib. Cosenza, 18 de octubre de 2017, n.º 2044, secc. II. El caso en cuestión tuvo lugar en un procedimiento de divorcio en el que se discutía sobre la custodia del hijo de 13 años que se negaba categóricamente a relacionarse con la madre, de la cual tenía una imagen negativa, manifestando siempre críticas y reclamos severos. Luego de haber escuchado al hijo, el tribunal determinó que se trataba de un caso grave de alienación parental por parte del padre y que la hostilidad del hijo estaba condicionada por la manipulación del padre. Considerando que el rechazo del hijo era injustificado, toda vez que se fundaba en motivos fútiles, banales e incongruentes, el tribunal determinó la existencia de un grave perjuicio al derecho a la biparentalidad. Con base en este “síndrome”, también se ha declarado la pérdida de la responsabilidad parental o se ha modulado el ejercicio de la custodia; así, Trib. de menores Venezia, dcto. 6 de julio de 2009; en el mismo caso, Trib. Ap. Venezia, dcto. 2 de agosto de 2012 (luego revocada por la Corte de Casación, v. *infra*), modificada por Trib. Ap. Brescia, dcto. 3 de mayo de 2013; Trib. Matera, 11 de febrero de 2010; Cas. civ. 8 de marzo de 2013, n.º 5847. También, aunque sin señalar este síndrome, Trib. Roma, 3 de septiembre de 2011, que reconoce la indemnización para un padre que había resultado excluido de la vida afectiva del hijo por influencia negativa de la madre. En Trib. Ap. Firenze, 13 de febrero de 2009, se ordena a la madre cesar las conductas vejatorias en contra del hijo. El síndrome de alienación parental (PAS, por sus siglas en inglés) ha sido definido por su principal defensor como “un desorden que aparece principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña del hijo de denigración en contra de un padre bueno y amoroso, sin justificación alguna. Resulta de una combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento

parental y las contribuciones del hijo en el vilipendio del padre objetivo": R. A. GARDNER, "Denial of the Parental Alienation Syndrome Also Harms Women", *The American Journal of Family Therapy* 30, n.º 3, mayo de 2002, 192, <https://doi.org/10.1080/019261802753577520>. Hay quien considera el PAS como una forma de violencia doméstica (M. S. PIGNOTTI, "Parental Alienation Diagnosis. A Modern and Effective Subtype of Domestic Violence, Endemic in Italian Courts", *Italian Journal of Pediatrics* 40, n.º Suppl 1, 2014, A34, <https://doi.org/10.1186/1824-7288-40-S1-A34>), o de maltrato infantil (C. SEGURA, M. J. GIL, y M. A. SEPÚLVEDA, "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, n.º 43-44, 2006, 117-28). Por ello, esta teoría encuentra defensores de su consideración en los tribunales; se destacan G. GULOTTA, A. CAVEDON y M. LIBERATORE, *La sindrome da alienazione parentale. PAS, lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Milano, Giuffrè, 2008; A. CAVEDON y T. MAGRO, *Dalla separazione all'alienazione parentale: come giungere a una valutazione peritale*, Milano, FrancoAngeli, 2010.

Sin embargo, la construcción de GARDNER ha sido duramente criticada, al menos en cuanto a su relevancia para la práctica forense, señalando que la consideración del PAS conduce a un ocultamiento de la violencia, pues puede conducir a descalificar las apreciaciones de los niños en casos de abuso y violencia. También se ha dicho que el diagnóstico de este síndrome puede enmascarar una herramienta de disuasión a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar para que no abandonen a sus parejas, en virtud de la aceptación del diagnóstico como dictamen pericial con base en el cual decretar la pérdida de la custodia del supuesto padre alienante. Igualmente, se critica el uso de la calificación "síndrome", pues conduce a identificar "un único progenitor y un niño como patológicos, y la justificación judicial del cambio de custodia como 'terapia'". Además, el hecho de que el PAS no sea reconocido como una patología psiquiátrica conduce a fuertes críticas a Gardner, a quien se acusa de falta de rigor metodológico, con lo cual el PAS solo puede considerarse "un constructo de naturaleza argumental, elaborado a través de argumentos inválidos (falacias), tales como la aplicación de analogías, el pensamiento circular y la apelación constante a la autoridad": A. ESCUDERO, L. AGUILAR y J. DE LA CRUZ, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner, SAP, 'terapia de la amenaza'", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 28, n.º 5, 2008, 305. En la misma dirección se encuadran las duras críticas de C. S. BRUCH, "Parental Alienation Syndrome and Alienated Children -Getting it Wrong in Child Custody Cases", *Child and Family Law Quarterly* 14, n.º 4, 2002, 381-400; y de K. C. FALLER, "The Parental Alienation Syndrome: What Is It and what Data Support It?", *Child Maltreatment* 3, n.º 2, 1998, 100-115. Se destacan también los reparos señalados por S. J. DALLAM, E. S. CHARLES y L. CROOK, "Parental Alienation Syndrome: Is it scientific?", en *Expose: The Failure of Family Courts to Protect Children from Abuse in Custody Disputes*, Los Gatos, CA, Our Children Our Children Charitable Foundation, 1999, <http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html> [consultado el 15 de septiembre de 2018], quienes advierten

bien están a cargo de cada uno de los padres, corresponden al mismo tiempo a un derecho de los hijos, por lo que deben entenderse como funcionales a la realización de los derechos e intereses del hijo²⁶⁵; (iv) el interés superior y prevalente del hijo, caracterizado por la centralidad de los derechos de la prole y superando la noción de sujeción propia de la patria potestad²⁶⁶. De allí que los deberes asignados a los

las controversiales posiciones de Gardner en relación con el abuso sexual de menores de edad y la pedofilia, de las cuales ofrece consideraciones de legitimidad: “Gardner considera las actividades sexuales entre adultos y niños como parte del repertorio natural de la actividad sexual humana y sugiere que la pedofilia puede contribuir a la sobrevivencia de la especie humana sirviendo a ‘propósitos procreativos’”.

En la jurisprudencia, la Corte de casación se ha revelado contraria al reconocimiento del diagnóstico del PAS como un dictamen pericial válido para declarar modificaciones en el acuerdo de custodia. Además de las controversias en relación con Gardner mencionadas *supra*, señala la Corte que el juez incurre en error de hecho al omitir otras pruebas y al basar su decisión en conceptos que no encuentran consenso en la comunidad científica; en ese sentido, Cas. civ. 20 de marzo de 2013, n.º 7041. Esta decisión es criticada por C. CICERO y M. RINALDO, “Principio de bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale”, *Il diritto di famiglia e delle persone* 42, n.º 3, 2013, 871-86, que señalan que la Corte, empeñada en evidenciar las dificultades del PAS, ignora que durante el proceso no se probó que la alienación no tuviera lugar y, por el contrario, luego de un acompañamiento de los servicios sociales la relación entre el hijo y el padre mejoró significativamente.

- 265 Mientras que la idea de la responsabilidad parental como derecho es nueva, el concepto del deber asociado al ejercicio de la paternidad también se entendía respecto de la patria potestad, considerando, sobre todo, que la potestad de los padres se dirigía a la garantía de un derecho ajeno, del hijo, por lo que la potestad “no es un derecho subjetivo, sino más bien un poder en sentido estricto, entendido en su acepción más limitada de poder-deber (en relación con la cual se habla también de ‘oficio’ o de ‘función’): A. BUCCIANTE, “Potestà dei genitori”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1985. Ya enunciado en A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, Giuffrè, 1971. Recientemente, caracterizan la responsabilidad parental como una función SESTA y ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, cit., 89.
- 266 Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Studi di diritto pubblico 4, Milano, F. Angeli, 2016, para un interesante análisis crítico y reconstrucción del contenido y alcance del principio de interés superior del menor de edad en clave italiana y europea.

padres deban entenderse como funcionales a la satisfacción de los intereses del hijo. De igual manera, es necesario que se interpreten de manera integral, es decir, en relación de interdependencia entre ellos, pues el cumplimiento de uno es funcional para realización de los demás.

La consagración de los deberes asociados a la responsabilidad parental parte de la misma Constitución, artículo 30, que señala que “es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos”. Mientras que la regulación específica la ofrece el código civil, al referirse a los deberes derivados del matrimonio hacia los hijos –aunque en la doctrina se han señalado serias dudas en relación con la supervivencia del artículo 147 c.c.it.²⁶⁷–, así como en el título dedicado a la responsabilidad parental. De conformidad con estas normas, se establece, en primer lugar, que del matrimonio surge “el deber de mantener, instruir, educar y asistir moralmente los hijos, respetando sus capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones, según lo previsto por el artículo 315-*bis*” (art. 147 c.c.it.). Mientras que según el artículo 315-*bis* c.c.it.:

267 Así, por ejemplo, L. LENTI, “La sedicente riforma della filiazione”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 29, n.º 4, 2013, 207, lamenta que la reforma a la filiación no haya eliminado este artículo del ordenamiento, calificándolo como inútil, engañoso y anticuado. En el mismo sentido, *cf.* SESTA y ARGERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, cit., 90, y A. BELLELLI, “I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell’evoluzione legislativa”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015, 149. Por el contrario, bajo el entendido de que el cuidado de la prole se configura, gracias a dicha disposición, como un deber conyugal, niegan la posibilidad de considerar excluido del ordenamiento el artículo 147 c.c. M. PARADISO, “L’unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 30; D. ACHILLE, “Il diritto del figlio al mantenimento, all’istruzione e all’educazione (art. 147 c.c., come modificato dall’art. 3 del D.lgs. 154/2013, e art. 315-*bis* c.c., come inserito dall’art. 1, comma 8, della L. 219/2012)”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 57.

El hijo tiene el derecho a ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los padres, en el respeto de sus capacidades, de sus inclinaciones naturales y de sus aspiraciones.

El hijo tiene el derecho a crecer en familia y de mantener relaciones significativas con los parientes.

El hijo menor que haya cumplido los doce años, y también de edad inferior si tiene capacidad de discernimiento, tiene derecho a ser escuchado en todas las cuestiones y los procedimientos que le interesan.

El hijo debe respetar a los padres y debe contribuir, en relación con las propias capacidades, los haberes y utilidades, a la manutención de la familia mientras conviva con ella.

De esta descripción se pueden enumerar los deberes inherentes a la responsabilidad parental, que corresponden, cada uno, a un correlativo derecho subjetivo del hijo.

2.2.2. Deber de manutención

Consiste en la asistencia material para satisfacer las exigencias de vida y crecimiento, comprendiendo no solo las necesidades básicas, sino también aquellas ineludibles para la vida de relación y el desarrollo de la personalidad²⁶⁸. En este caso, son obligados de manera proporcional los dos padres, lo que justifica la reclamación del pago de los gastos cubiertos por uno de los padres en contra del otro²⁶⁹.

268 Según Trib. Milano, 15 de abril de 2015, los gastos para la manutención deben, por tanto, incluir aquellos que se requieran para el desarrollo de una actividad deportiva o aprender un arte o disciplina. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 332, lo define como “el derecho del hijo a la asistencia material, es decir, el derecho a recibir lo necesario para las normales exigencias de vida y de crecimiento”.

269 Además de las sentencias referidas *supra* nota 265, Cas. civ. 16 de octubre de 2003, n.º 15481; Cas. civ. 4 de septiembre de 1999, n.º 9386; Cas. civ. 5 de diciembre de 1996, n.º 10849.

En caso de que no cuenten con los medios necesarios, los ascendientes son llamados a ofrecerles dichos medios²⁷⁰. La relación de proporcionalidad se establece en consideración al patrimonio, las utilidades y la capacidad de trabajo de quien está obligado a la prestación del deber; así como al estilo de vida del hijo²⁷¹.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 337-*septies* c.c.it.²⁷², es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el deber de manutención se extiende más allá de la mayoría de edad, al menos hasta cuando el hijo haya logrado la independencia económica, es decir, cuando haya entrado activamente al mundo laboral y pueda así proveer a su sustento²⁷³, a excepción de que el hijo sufra de una discapacidad grave, caso en el cual se aplicarán las reglas previstas para los hijos menores de edad (art. 337-*septies*, inc. 2 c.c.it.).

270 Art. 316-*bis* c.c.it. *Concorso nel mantenimento*. “Los padres deben cumplir sus deberes con los hijos en proporción a los respectivos patrimonios y según su capacidad laboral, profesional o doméstica. Cuando los padres no tienen los medios suficientes, los demás ascendientes, en orden de proximidad están obligados a dar a los padres los medios necesarios para que puedan cumplir con sus deberes frente a los hijos”. A este artículo reenvía el art. 148 c.c.it. que ordena el cumplimiento de los deberes previstos en el art. 147 c.c.it. según lo dispuesto en el art. 316-*bis* c.c.it.

271 Además de la previsión normativa expresa *ex* art. 316-*bis* c.c.it., v. Cas. civ. 30 de agosto de 2004, n.º 17402; Trib. Palermo, 4 de marzo de 2009.

272 Art. 337-*septies* c.c.it. *Disposizioni in favore dei figli maggiorenni*. “El juez, valoradas las circunstancias, puede disponer en favor de los hijos mayores de edad no independientes económicamente el pago de una pensión periódica. Dicha pensión, salvo determinación diversa por parte del juez, se paga directamente al titular del derecho”.

273 Así lo ha establecido la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias Cas. civ. 29 de diciembre de 1990, n.º 12212; Cas. civ. 3 de julio de 1991, n.º 7295; Cas. civ. 11 de diciembre de 1992, n.º 13126; Cas. civ. 17 de septiembre de 1993, n.º 9578; Cas. civ. 2 de septiembre de 1996, n.º 7990; Cas. civ. 18 de enero de 2005, n.º 951; Cas. civ. 20 de mayo de 2006, n.º 11891; Cas. civ. 3 de noviembre de 2006, n.º 23596; Cas. civ. 21 de febrero de 2007, n.º 4102; Cas. civ. 3 de enero de 2011, n.º 18; Cas. civ. 6 de diciembre de 2013, n.º 27377. De la jurisprudencia se desprende que el padre tiene el deber de mantener al hijo mayor de edad que esté estudiando en la universidad, desarrolle actividades de formación o prácticas profesionales no remuneradas o mal remuneradas.

Una premisa esencial para la vigencia del deber de mantener al hijo luego de haber cumplido la mayoría de edad es que no recaiga en ‘inercia culpable’, pues en tal caso se extingue el derecho. Se trata de una hipótesis que ocurre cuando el hijo, puesto en condiciones de lograr la independencia económica no lo aprovecha, sustrayéndose de manera voluntaria al desarrollo de una actividad laboral adecuada y correspondiente a su profesión²⁷⁴. Sin embargo, la valoración de la independencia económica no es una cuestión apreciable en términos del todo precisos o universales, en cuanto está sometida a consideraciones adicionales, como la capacidad económica de los padres²⁷⁵, la formación profesional del hijo, sus aspiraciones, la situación del mercado en el sector en el que quiera realizarse²⁷⁶. La misma consideración debe hacerse en caso de matrimonio del hijo que, en principio, es una causal de cesación del deber de manutención; sin embargo, debe valorarse si el cónyuge está en condiciones de proveer a la familia²⁷⁷.

274 Cfr. Cas. civ. 1 de febrero de 2016, n.º 1858, Cas. civ. 20 de agosto de 2014, n.º 18076; Cas. civ. 6 de diciembre de 2013, 27337; Cas. civ. 22 de marzo de 2012, n.º 4555; Cas. civ. 21 de febrero de 2007, n.º 4102; Cas. civ. 11 de enero de 2007, n.º 407; Cas. civ. 18 de enero de 2005, n.º 951; Cas. civ. 12 de diciembre de 2002, n.º 17717; Cas. civ. 3 de abril de 2002, n.º 4765. La inercia culpable no recoge, en cambio, situaciones de negativa a eventuales propuestas laborales; así, según la Cas. civ. 3 de abril de 2002, n.º 4765 y el Trib. Bologna, 2 de octubre de 2006, no cabe considerar inercia el rechazo de una oferta que no se adecúe a la formación profesional, intereses y actitudes del hijo, estableciendo como límite el periodo en el cual haya una posibilidad razonable de realizar las aspiraciones profesionales. También Cas. civ. 20 de diciembre de 2017, n.º 30540, que ordena la continuidad de la manutención del hijo que se rehúsa a trabajar en la empresa del padre, con quien está en conflicto.

275 Cas. civ. 1 de marzo de 2018, n.º 4811.

276 Cfr. Cas. civ. 8 de agosto de 2013, n.º 18974; Cas. civ. 24 de septiembre de 2008, n.º 24018; Cas. civ. 7 de abril de 2006, n.º 8221; Cas. civ. 7 de mayo de 1998, n.º 4616; Cas. civ. 4 de marzo de 1998, n.º 2392; Cas. 23 de enero de 1996, n.º 496.

277 En ese sentido, Cas. Civ. 26 de enero de 2011, n.º 1830, en un caso de matrimonio para permitir al cónyuge extranjero su permanencia en Italia, la Corte sostuvo que el matrimonio no permitía reconocer la autonomía patrimonial

Se habla de cesación del deber de manutención porque una vez lograda la independencia económica, un cambio en las condiciones no hace resurgir el deber, pues los presupuestos ya no existen; de allí que, ante la pérdida del trabajo, no se puede exigir el cumplimiento del deber parental de manutención, eventualmente se podría solicitar el pago de alimentos, debiendo verificar sus presupuestos²⁷⁸.

Valga anotar en este punto el debate en relación con la naturaleza de este deber, que se puede confundir con la obligación alimentaria en cuanto, en caso de que el acreedor sea el hijo, ella misma es expresión del deber de manutención, pero difieren entre sí en varios aspectos. Al respecto, se ha dicho²⁷⁹ que la distinción radica en tres criterios: (i) el contenido más extenso del deber de manutención, comprensivo de los gastos necesarios para enriquecer la personalidad del beneficiario²⁸⁰; (ii) la no subordinación del deber de manutención a la necesidad del beneficiario, quien lo es en consideración exclusiva a su posición de hijo; (iii) la exoneración del deber exige la prueba de la falta de medios y de la imposibilidad no culpable de procurárselos.

Sin embargo, el primer criterio resulta artificioso y en extremo positivista. Una interpretación constitucionalmente conforme conduce a una visión distinta; así, por ejemplo, según el art. 438 c.c. para la fijación del monto de los alimentos deberá considerarse “la posición social” del alimentado, lo que excluye que en el marco de la obligación alimentaria no se incluyan rubros que pueden ser considerados *prima*

de la hija. De igual manera se dio relevancia al hecho de que la pareja seguía viviendo con la madre y no había formado un núcleo familiar autónomo.
278 En tal sentido, Cas. civ. 28 de agosto de 2008, n.º 21773; Cas. civ. 27 de enero de 2014, n.º 1585.

279 SESTA y ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 99.

280 Criterio sostenido por la doctrina mayoritaria. Cfr. MEZZANOTTE, “Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni”, cit., y A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Persona e mercato, Monografie 9, Padova, Milano, Cedam, Wolters Kluwer, 2017, 105.

facie no esenciales para la satisfacción de las necesidades de vida²⁸¹. Cuestión distinta, recogida, en todo caso, en el segundo criterio, es que la obligación alimentaria se determine de manera proporcional a la necesidad del alimentado y a la capacidad del alimentante, por lo que, si el titular del derecho de crédito puede proveer en una proporción a su manutención, la obligación de alimentos se impone para completar “los medios necesarios”.

Difieren sí, de forma irrefutable, en relación con la titularidad, pues el deber de manutención, siendo inherente a la responsabilidad parental, recae solo en cabeza de quien sea titular de ella. Los alimentos, en cambio, los debe un grupo amplio de sujetos *ex* artículo 433 c.c.it.: el cónyuge, los hijos (y descendientes); los padres (y ascendientes); los yernos y las nueras; los suegros; los hermanos. Igualmente son distintos los hechos que sirven de fundamento: en el deber de manutención, la procreación, el nacimiento, la sentencia de adopción o el reconocimiento de hijo extramatrimonial²⁸²;

281 No puede dejar de anotarse que la consideración por el estilo de vida del hijo aparece y parece tener sentido en una sociedad con índices significativos de igualdad, pues allí donde los Estados garantizan las necesidades básicas en condiciones de igualdad para todos sus habitantes y sin hacer distinciones *ex ante* en relación con factores como los ingresos económicos o el patrimonio, es posible establecer montos estándar que, una vez pagados, dejan al niño en una posición de necesidades cubiertas. Al respecto, resulta interesante la iniciativa de los tribunales superiores regionales de Düsseldorf, Köln y Hamm, la Comisión de Mantenimiento de la Deutscher Familiengerichtstag e.V. que, en consideración a estudios en esos y otros tribunales elaboraron la Düsseldorfer Tabelle y la actualizan anualmente. Allí se establecen las pautas para calcular la cantidad de dinero a pagar por manutención de los hijos considerando las necesidades básicas, sin que ello excluya la posibilidad de pedir el pago de otros conceptos si los padres están de acuerdo. La de 2020 se puede consultar en https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesselder_Tabelle/Tabelle-2020/Duesselder-Tabelle-2020.pdf [consultado el 30 de enero de 2020]. Mientras que la información de la iniciativa está disponible en la página web del Tribunal de Düsseldorf https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesselder_Tabelle/index.php [consultado el 30 de enero de 2020].

282 Cas. civ. 23 de marzo de 1995, n.º 3402. En doctrina G. VILLA, “Potestà dei genitori e rapporti con i figli”, en Bonilini y Cattaneo (eds.), *Il diritto di*

en la obligación de alimentos, el estado de necesidad y la propia incapacidad para proveer a la manutención²⁸³. En consecuencia, ello determina una diferencia respecto del tiempo en que se debe prestar cada uno: hasta cuando el hijo alcance la independencia económica, para el deber de manutención; y mientras persista el estado de necesidad del alimentado y no cambie la situación del alimentante, o el alimentado no observe una conducta reprochable o desordenada, para la obligación alimentaria (art. 440 c.c.it.).

En relación con la naturaleza jurídica, es una cuestión que se inscribe en la más genérica y compleja discusión sobre el contenido, carácter y diferencia de los ‘deberes’ y ‘obligaciones’ en derecho privado²⁸⁴, que conduce a distinguir

famiglia III: Filiazione e adozione, Torino, UTET, 1997, 301-362. F. GIARDINA, “I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977, 1352; MEZZANOTTE, “Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni”, cit.; G. DE MARZO, C. CORTESI, y A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare: profili di diritto sostanziale e processuale*, 2.^a ed., Teoria e pratica del diritto Sezione 1, Diritto e procedura civile 104, Milano, Giuffrè, 2007, 474.

283 Sobre la naturaleza de la obligación alimentaria, con una reconstrucción histórica y una crítica a la doctrina civilista v. A. SACCOCCIO, “Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*”, *Roma e America* 35, 2014, 3-40, quien censura la consideración de la obligación alimentaria como una *obligatio ex lege*, calificándola como una categoría que no tiene ninguna utilidad sistemática ni dogmática, por lo que propone un retorno a la cuatripartición justiniana para calificar la obligación de alimentos como una *obligatio quasi ex contractu*.

284 Al respecto, conviene precisar que lo que aquí se ha descrito como *deberes inherentes a la responsabilidad parental*, en el contexto italiano corresponden a los *obblighi*. En Italia, tanto en las disposiciones normativas como en la doctrina y la jurisprudencia se identifica el uso de tres vocablos distintos, que son *dovere*, *obbligo* y *obbligazione* que, atendiendo a la técnica, en líneas generales pueden ser traducidos como *deber* los dos primeros y *obligación* el último; sin embargo, no siempre es clara la distinción. El criterio distintivo más aceptado es el de la patrimonialidad de la prestación y, en consecuencia, su vocación ejecutiva, características de la obligación no predicables de los deberes. Elaboración criticada por el precursor de la teoría de la obligación sin prestación (C. CASTRONOVO, “La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Privado* 23, 2012, 35-52), que ha desembocado, en el derecho de familia, en la des-

la obligación alimentaria (como una real obligación) del deber de manutención, y cuyo reflejo principal se aprecia en el escenario de los remedios, que se afrontará una vez descritos todos los deberes parentales. Visto esto, se podrían

cripción de un genérico deber de protección como prestación primaria en los negocios afectivos (MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., 31-47). La teoría de la obligación sin prestación ha sido objeto de numerosas críticas, *cfr. supra* notas 51 y 93. Antes, ya RESCIGNO, “Obbligazioni (dir. priv.)”, cit., había afirmado que algunos deberes propios de las relaciones familiares pueden ser considerados como reales obligaciones, entre ellos, el deber de manutención.

En todo caso, más allá de las reflexiones de la doctrina, la confusión parte del uso común de estos términos. Así, en las definiciones del diccionario Treccani hay un reenvío constante entre los términos. *Dovere* es un (1) “*obbligo* (deber) moral de hacer determinadas cosas; más frecuentemente, aquello que se está obligado a hacer por la religión, la moral, las leyes, la razón, el estado social” (<http://www.treccani.it/vocabolario/dovere1>). (2) “Tener *obbligo* (deber) (por razones morales, por ley, por conveniencias sociales, etc.) de hacer una cosa” (<http://www.treccani.it/vocabolario/dovere2>). Por su parte, *obbligo* es definido como “un vínculo jurídico o moral, impuesto en el primer caso por una ley, por una autoridad, por un pacto, en el segundo por la conciencia, por razones de gratitud o conveniencia, o por otras exigencias y circunstancias [...]. Con un sentido más cercano a *dovere*, aquello que la ley o la conciencia impone” (<http://www.treccani.it/vocabolario/obbligo>). Por su parte, la voz de la Enciclopedia Treccani, define la obligación como “un tipo particular de *obbligo* caracterizado tanto por su fuente (contrato, hecho ilícito y cualquier acto o hecho idóneo a producirla según el ordenamiento jurídico: art. 1173 c.c.) como por su contenido (patrimonial)” (<http://www.treccani.it/enciclopedia/obbligazione>). Este último reenvío al *obbligo*, se refiere a la voz de enciclopedia que lo define así: “objeto de vivaces discusiones en doctrina, el *obbligo* se puede definir como la situación jurídica subjetiva que impone a su titular tener un cierto comportamiento (de dar, hacer o no hacer) frente y en el interés de otro sujeto titular del correspondiente derecho subjetivo. Por lo tanto, son características principales del *obbligo* la *especificidad* (está impuesto a uno o más sujetos determinados o determinables), la *positividad* (el sujeto obligado debe observar un determinado comportamiento, eventualmente también una abstención, que comporta el sacrificio de un interés suyo) y la *instrumentalidad* (está dirigido a la satisfacción de un interés ajeno). En caso de incumplimiento del *obbligo*, el ordenamiento pone a disposición del titular del derecho subjetivo una serie de remedios que le permiten alcanzar un resultado igual, equivalente o, en todo caso, lo más cercano posible a aquello que habría sido el resultado del cumplimiento espontáneo del *obbligo*” (<http://www.treccani.it/enciclopedia/obbligo/>).

resumir los criterios que permiten distinguir el deber de manutención de la obligación alimentaria así:

TABLA 4. DIFERENCIAS ENTRE EL DEBER DE MANUTENCIÓN Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

criterio	Deber de manutención	Obligación alimentaria
Sujetos obligados	Titulares de la responsabilidad parental	Los enumerados por el art. 433 c.c.
Beneficiarios	Hijos	Los enumerados por el art. 433 c.c.
Premisa	Procreación / nacimiento	Necesidad del alimentado
Naturaleza	Deber jurídico	Obligación
Contenido	Lo necesario para cubrir las necesidades básicas, la vida de relación y el desarrollo de la personalidad	Art. 438 c.c.: Lo necesario para la vida del alimentado considerada su posición social
Cesación	Por la obtención por parte del hijo de la mayoría de edad	Art. 440 c.c.: Por el cambio de las condiciones económicas del alimentante o del alimentado Por la conducta desordenada o reprochable del alimentado
Remedios al incumplimiento	Sanciones previstas en los arts. 330, 333 c.c. y 709-ter c.p.c.	Ejecución del título ejecutivo

Fuente: elaboración propia.

2.2.3. Deber de educación y deber de instrucción

Estos deberes han de leerse necesariamente a la luz de las previsiones en materia de derecho a la educación, como uno de los derechos consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), según la cual (art. 29), la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

De este modo se establece un margen al ejercicio del deber de educación por parte del titular de la responsabilidad parental²⁸⁵ quien, para ello, podrá seguir las propias convicciones éticas, morales, religiosas²⁸⁶ (art. 30 c.p.it.), siempre que respete los derechos y libertades fundamentales, así como las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones del hijo. Ello implica la confirmación de que se excluye cualquier forma de violencia con fines educativos o de corrección (v. *supra* § 12.b.).

En estos deberes se concreta la corresponsabilidad que debe existir entre la familia y el Estado en relación con los niños y adolescentes, pues la instrucción es también un deber de este (art. 34 c.p.it.), mediante la garantía de la educación

285 Para el hijo, este deber se relaciona con su derecho “a recibir la enseñanza necesaria para lograr la plena madurez moral y social”: BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 334.

286 Las decisiones en materia religiosa deben, en todo caso, respetar los derechos y libertades fundamentales del hijo, así como su interés superior y prevalente, lo que excluye cualquier tipo de práctica que pueda comprometer el desarrollo psicofísico o resultar violatorio de sus derechos, sin posibilidad de amparo en las solas diversidades culturales, étnicas o religiosas; así lo señala la Cas. civ. secc. I, 27 de octubre de 1999, n.º 12077.

pública, especialmente en caso de que la familia no esté en condiciones de pagar los estudios del hijo²⁸⁷.

En relación con la responsabilidad parental, este deber se concreta en la escogencia del tipo de instrucción escolar, que, como en los demás deberes, debe respetar las inclinaciones, aspiraciones e intereses del hijo. Debe ser garantizado a todos los hijos en igualdad de condiciones y por ambos padres, según un criterio de normalidad²⁸⁸. Sin embargo, la jurisprudencia refiere una excepción a la corresponsabilidad parental en relación con la instrucción, allí donde uno de los padres decida obligarse unilateralmente con una escuela privada; en ese caso, se excluye la solidaridad pasiva²⁸⁹.

Siguiendo la jurisprudencia en materia de deber de manutención, parece lógico concluir que su cumplimiento se debe extender, en relación con el pago de los gastos por educación e instrucción, hasta cuando el hijo logre la independencia económica según los criterios delineados por la jurisdicción²⁹⁰.

287 Bajo el entendido de que se trata del derecho “a recibir la enseñanza necesaria para obtener la preparación cultural y profesional conforme con sus capacidades y sus elecciones”: BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 334.

288 De hecho, según el art. 742 c.c.it., están excluidos para el cálculo de la masa hereditaria los gastos para la instrucción, a menos que sean notablemente excesivos en relación con “la medida ordinaria”, en consideración de las condiciones económicas del *de cuius*.

289 Así, Trib. Milano 2 de febrero de 2017.

290 Con fundamento en el incumplimiento de este deber, la Cas. civ., secc. III, 27 de mayo de 2019, n.º 14382, ordenó el pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales por la privación de la relación parental. Allí también precisó la Corte que los daños no se excluyen por el hecho de que el otro padre asuma los gastos de manutención y educación. Según la casación, la responsabilidad civil se deriva, en este caso, no solo por el hecho de haber negado a la hija el apoyo económico para que pudiera graduarse de la universidad, sino también por no haber cumplido de manera correcta con sus deberes como padre, lo que dio lugar a todas las dificultades que produjo en la vida de la hija la decisión de interrumpir sus estudios universitarios. En relación con los perjuicios patrimoniales, señala la Corte que se pueden liquidar como “pérdida de la chance”, en virtud de que la interrupción de los estudios universitarios comporta la pérdida de toda posibilidad de realización profesional, con impacto económico; y frente a la imposibilidad

2.2.4. Deber de asistencia moral

Se trata de una de las innovaciones de la reforma de la Ley 219 de 2012, que lo incluyó como un derecho del hijo. Sin embargo, encuentra un antecedente normativo en la disciplina de la adopción, según la cual el abandono es un presupuesto necesario para la declaración de adoptabilidad (art. 8, inc. 1, L. 184 de 1983), y los padres adoptantes deben ser idóneos en el aspecto afectivo (art. 6, inc. 2, *ivi*).

En relación con el contenido, se relaciona con el derecho al amor, como una necesidad efectiva que deben satisfacer los padres²⁹¹. Este derecho, propuesto en el proyecto de reforma y luego eliminado por el legislador, tiene un carácter disruptivo que, de todas maneras, se encuentra en el deber de asistencia moral, porque constituye un reconocimiento jurídico de los afectos o de los sentimientos, cuando estos se relacionan con intereses que, siendo relevantes objetivamente, resultan merecedores de protección y, en consecuencia, asumen relevancia jurídica²⁹².

de determinar la entidad de dicho impacto, la liquidación se debe hacer en equidad.

291 C. M. BIANCA, "Adozione nazionale (l. 28 marzo 2001 n.º 149). Titolo I. Diritto del minore alla propria famiglia. - Sub art. 11 (commi 1º, 2º e 4º)", en C. M. Bianca y L. Rossi Carleo (eds.), *Commentario*, 2002, 909, advierte que "el principal componente de la asistencia moral lo constituye la relación de afecto que debe establecerse entre padres e hijos". Refiriéndose a la reforma en materia de adopción ya había señalado la importancia del reconocimiento del derecho al amor por cuanto comporta "la idea de que es necesario considerar la necesidad del hijo de recibir esa carga afectiva que el ser humano requiere para su formación". Según el Tribunal de apelaciones de Bari, 29 de septiembre de 2011, la privación de la presencia de uno de los padres comporta la imposibilidad de poder recibir de ellos no solo un apoyo económico sino también *afectivo* y, en consecuencia, constituye un daño al derecho a la biparentalidad. En el mismo sentido Trib. Milano, 13 de marzo de 2017 y Trib. Torino, 17 de julio de 2018, n.º 3690.

292 Cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Dogmatica giuridica, Milano, Giuffrè, 1997, 437 ss. y 523.

La asistencia moral se puede entender como el deber de los padres de ofrecer el afecto y el apoyo emocional que el hijo necesita para crecer, madurar y desarrollar libremente su personalidad en un ambiente sano²⁹³. Por ello, se distingue claramente de los otros deberes, pues se trata de una prestación particular, que no comporta “un *dare* (como en el derecho a la manutención) ni un *facere* fungible (como tal ejecutable a expensas del sujeto pasivo) sino en una actividad (la prestación afectiva) ontológicamente *infungible* y, por tanto, no susceptible de valoración económica ni siquiera en vía indirecta”²⁹⁴.

Sin embargo, pese a esta peculiaridad, el incumplimiento de este deber está sancionado por el ordenamiento, tanto en el derecho de familia como en el derecho penal, y puede dar lugar a la indemnización del daño, como se verá adelante.

Adicionalmente, considerando los derechos que el código reconoce al hijo, se podrían agregar como deberes de ambos padres los siguientes.

2.2.5. Deber de garantizar el crecimiento en familia

El reconocimiento del correlativo derecho del hijo nace en el contexto de la adopción, que justamente se basa en la necesidad de que la persona pueda crecer en una familia, por lo que constituye una medida extrema o la *ultima ratio*, frente a

293 P. SPAZIANI, “Il diritto all’assistenza morale (art. 315-*bis* c.c., come inserito dall’art. 1, comma 8, della L. N. 219/2012)”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 70, define la asistencia moral en estos términos como derecho del hijo. El autor destaca que el amor es el elemento a la base del cumplimiento de los deberes parentales, no la coercibilidad de la prestación, determinando la manera como efectivamente los padres los cumplen, que estarán motivados a hacerlo por la libre decisión de hacer el bien a los hijos. En el mismo sentido, A. MORACE PINELLI, “I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell’unione di fatto”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 699.

294 SPAZIANI, “Il diritto all’assistenza morale...”, cit., 86.

la imposibilidad de aplicar otras soluciones²⁹⁵. De allí que no sea posible decretar el estado de adoptabilidad o cualquier otra medida que implique alejar al hijo de la familia, al margen de los casos previstos expresamente por la ley; y ante cualquier duda respecto de la situación del hijo, se tendrá que privilegiar siempre su derecho a crecer en familia²⁹⁶.

Este deber se concreta con la convivencia o cohabitación que, además, constituye un deber del hijo (si se entiende integrado con el artículo 318 c.c.it. que prohíbe el abandono de la casa de los padres). En este caso se puede presentar una diferencia en consideración a la relación de pareja entre los padres, pues en caso de separación se debe privilegiar la determinación de un ambiente estable que se concreta en la medida de *Asignación de la casa familiar* (art. 337-*sexies* c.c.it.), cuestión no privada de reparos en cuanto contradictoria con el carácter compartido de la custodia²⁹⁷. Considerando la biparentalidad, el crecimiento en familia también exige que, justamente en caso de separación, no se impida el ejercicio de la responsabilidad parental del padre no conviviente.

2.2.6. Deber de garantizar relaciones significativas con los parientes

La inclusión de este deber, al igual que la del deber de asistencia moral, refleja jurídicamente uno de los cambios del ordenamiento frente a la noción de familia y de relaciones

295 AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 381.

296 BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 415; P. SIRENA, "Il diritto del figlio minorene di crescere in famiglia", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 120.

297 SIRENA, "Il diritto del figlio minorene di crescere in famiglia", cit., 125. En los últimos años se discutió en el parlamento el *diseño di legge* Pillon (hoy archivado) en materia de custodia en caso de separación de la pareja, disponible en https://www.osservatoriofamiglia.it/moduli/17507653__DDL-AFFIDO-CONDIVISO-2018.pdf [consultado el 17 de enero de 2020], en el que se pretendía establecer una supuesta igualdad en la distribución de las cargas de la custodia, ver *infra* nota 557 para algunas observaciones críticas.

familiares, pues demuestra un privilegio de funciones parentales distintas a la manutención o garantías materiales, es decir, caracterizadas por la dedicación de tiempo de calidad para acompañar a los hijos en su crecimiento y maduración. Se confirma, pues, que el centro de gravedad de la responsabilidad parental lo constituye el aspecto afectivo y relacional del vínculo entre padres e hijos.

Un primer fundamento normativo lo ofrecía el artículo 155 c.c.it., en el sentido reformado por la Ley 54 de 2006, en materia de separación y custodia compartida de los hijos, según el cual “aun en caso de separación personal de los padres, el hijo menor tiene el derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y los parientes de cada ramo parental”.

Con el Decreto legislativo 154 de 2013, el contenido del artículo fue modificado para reenviar al título del código civil relativo a la responsabilidad parental en caso de ruptura de la relación entre los padres (Cap. II, Tít. IX), y cuyo art. 337-ter c.c.it. reproduce la previsión del anterior 155 c.c.it., agregando el derecho a recibir asistencia moral. A ello se suma la modificación de la Ley 219 de 2012 al artículo 315-bis c.c.it. que explicita el derecho del hijo a mantener relaciones significativas con los parientes. De ello se desprende que se trata de un derecho del hijo y, en consecuencia, de un deber de ambos padres, exigible tanto en la fase fisiológica como en la fase patológica de la relación de pareja, por lo que la posición del hijo no puede verse afectada por la crisis.

Con ello se ratifica la centralidad del interés del hijo y de las relaciones familiares entendidas como un valor del que el hijo no puede prescindir²⁹⁸. Las consideraciones del

298 P. CORDER, “Rapporti dei minorenni con gli ascendenti (art. 317-bis c.c., come inserito dall’art. 42 del D.lgs. N. 154/2013)”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 101.

legislador parecen haber concretado una preocupación que se reflejó en la jurisprudencia en casos en los que se debatía sobre la existencia o no de un derecho de visita en cabeza de los abuelos, en los cuales se señaló que las normas que consagran el derecho del hijo a mantener relaciones con los ascendientes no convierte a estos en titulares de un derecho de visita, pero ciertamente la posibilidad para el hijo de poder ver a sus abuelos constituye una medida judicial idónea para realizar su interés superior y prevalente, pues contribuye a un desarrollo psicofísico armónico²⁹⁹.

Este deber se armoniza con la previsión del artículo 317-*bis* c.c.it. en la redacción del decreto legislativo, que consagra el derecho de los ascendientes a mantener relaciones significativas con los nietos menores de edad, con la posibilidad de acudir ante el juez para obtener el respeto de este derecho en caso de que sea impedido su ejercicio. Este privilegio respecto de otros parientes, como de los hermanos, ha sido objeto de reproche, por la indiferencia del legislador frente a la exigencia prioritaria que representa el establecer relaciones con los hermanos y hermanas para efectos del crecimiento y el desarrollo de la personalidad³⁰⁰.

En relación con el contenido del deber de garantizar relaciones significativas con otros parientes, es necesario concebirlo como una garantía de relaciones profundas, en las que el hijo pueda construir lazos afectivos y reciba el apoyo y la contribución de todos ellos en su proceso de

299 Cas. civ. 11 de agosto de 2011, n.º 17191; Cas. civ. 25 de septiembre de 1998, n.º 9606.

300 Cfr. SIRENA, "Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia", cit., 126, quien además define el derecho a mantener relaciones significativas como una forma de concreción del derecho a crecer en familia. Sirena llama la atención sobre la eficacia del art. 371-5 c.c.it. del *Code civil* que de manera decidida señala que "El niño no debe ser separado de sus hermanos y hermanas, salvo que no sea posible o si su interés impone otra solución. Si es necesario, el juez establece las modalidades de las relaciones personales entre hermanas y hermanos".

formación de la personalidad y de crecimiento. De allí que se trata de una cuestión más amplia respecto del derecho de visitas³⁰¹.

2.2.7. Deber de escuchar al hijo

El correlativo derecho del hijo a ser escuchado se encuadra en el marco normativo de los derechos inviolables inherentes a la persona, que excluyen cualquier forma de discriminación de la libertad para expresar las propias opiniones y la libertad de pensamiento, como formas de garantizar el desarrollo psicofísico del hijo (arts. 2, 3, 21 y 32 c.p.it.; art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3 y 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 11 y 24 Carta de Niza).

El contenido de este deber comporta la garantía para el hijo de expresar sus opiniones, es decir, que se puedan conocer y ser tenidas en cuenta. El parámetro esencial no tiene que ver con su vinculación efectiva en un proceso judicial, sino con los efectos que una decisión, cualquiera que ella sea, puede tener en su esfera existencial o en su desarrollo o libertades³⁰². De allí que deba atribuirse un alcance general a este deber, exigible frente a cualquier persona, y no limitado al ámbito procesal o de crisis de la pareja. Se proyecta también en un sentido “negativo” como la prerrogativa de no ser escuchado cuando de ello puedan derivar consecuencias gravosas para el niño; no sería posible que el juez imponga el ser escuchado, transformando su derecho en obligación de expresarse³⁰³.

301 CORDER, “Rapporti dei minorenni con gli ascendenti...”, cit., 105.

302 Cas. Secciones Unidas, 21 de octubre de 2009, n.º 22238.

303 Cfr. G. BALLARANI, “Il diritto all’ascolto”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 135; G. BALLARANI, “Contenuto e limiti del diritto all’ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato”, *Diritto di famiglia e delle persone* 43, n.º 2, 2014, 850.

Este deber se concreta mediante conductas en cabeza de los padres que garanticen la plena garantía de este derecho: “el deber de hacer realizable el derecho del hijo a ser escuchado; el deber de no impedir al hijo ser escuchado; el deber de respetar la eventual voluntad del hijo de no ser escuchado; y, en fin, el deber de señalar en oportunidad las eventuales razones impeditivas o las situaciones objetivas que desaconsejan que sea escuchado”³⁰⁴. Ello a su vez impone ciertas conductas para garantizar el pleno respeto del interés del hijo, por ejemplo, la obligación de informar al hijo sobre la posibilidad de ser escuchado, así como sus posibles efectos; en particular, para el juez, la obligación de verificar la capacidad de discernimiento³⁰⁵.

Visto el contenido y alcance de los deberes parentales en el derecho italiano, es necesario, a efectos de determinar las condiciones para su cumplimiento, verificar, según el mismo derecho, cuál es el periodo de ejercicio de la responsabilidad parental y, en consecuencia, el tiempo durante el cual los padres están obligados al cumplimiento de los deberes inherentes a ella.

En la doctrina italiana no hay acuerdo en relación con este punto, pues hay quienes consideran que los deberes parentales “no cesan *ipso jure* por el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo, quien, hasta cuando no logre la autosuficiencia económica, conservará, además del derecho a la manutención, también –en cuanto compatibles con el logro de la capacidad de autodeterminación– el derecho a la instrucción, a la asistencia moral, a crecer en familia y a mantener relaciones significativas con los parientes”³⁰⁶.

304 BALLARANI, “Il diritto all’ascolto”, cit., 137.

305 BALLARANI, “Contenuto e limiti del diritto all’ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c....”, cit., 851; Ballarani, “Il diritto all’ascolto”, cit., 137.

306 SESTA y ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, cit., 92; SESTA, “Filiazione (diritto civile)”, cit., 452.

Sin embargo, otros creen que el criterio del cumplimiento de la mayoría de edad, o la emancipación, determina la cesación de los deberes parentales, a excepción del deber de manutención, por lo que “los deberes de instrucción, educación y asistencia moral se extinguen [...] con el cumplimiento de la mayor edad. [A favor de esta idea] puede observarse que el ordenamiento tiende siempre más a considerar al mayor de edad (sin patologías) una persona completamente formada”³⁰⁷.

Una posición similar aparece en relación con los deberes de garantizar el crecimiento en familia y relaciones significativas con otros parientes, pues se ha entendido que la inclusión de estos en el segundo inciso, es decir, separados de los demás deberes, implica que estos deben garantizarse hasta cuando el hijo cumpla la mayoría de edad; señala, además, que debe considerarse el hecho de que con la mayoría de edad el hijo ha logrado la capacidad para autodeterminarse, con lo cual pierden relevancia los deberes a los que se está haciendo referencia³⁰⁸. Adicionalmente, esto se confirma con el criterio, enunciado por la jurisprudencia, según el cual el padre no está obligado a recibir en su casa al hijo mayor de edad³⁰⁹.

Este es, pues, el contenido y alcance de los deberes parentales, por lo que es posible determinar en qué consiste su incumplimiento, pero, sobre todo, cuáles son los remedios que dispone la normativa especial.

2.2.8. Caracterización del incumplimiento de los deberes parentales y remedios del derecho de familia

Definido en qué consisten los deberes parentales, así como el tiempo durante el cual estos obligan a los padres, se puede

307 AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., 360.

308 SIRENA, “Il diritto del figlio minorenni di crescere in famiglia”, cit., 122.

309 Trib. Macerata, 26 de marzo de 1988.

pensar en las eventuales hipótesis de incumplimiento que pudieran comprometer la responsabilidad civil de aquellos.

Así, puede afirmarse que el incumplimiento tendrá lugar allí donde los padres, de manera injustificada, no observen las conductas que permiten la realización de los deberes parentales, o si su observancia es defectuosa. Ejemplos de incumplimiento pueden ser que los padres no provean a la manutención de sus hijos o que lo hagan de forma incompleta; que no garanticen el acceso a la educación del hijo; que no ofrezcan al hijo afecto y apoyo en su desarrollo, al punto de poder identificar una forma de abandono moral; que se impida el contacto con el otro padre u otro familiar, sin que medie una justificación razonable; que se impongan al hijo determinadas elecciones, sin considerar sus aspiraciones e inclinaciones; que se actúe con violencia. Ciertamente en la valoración del incumplimiento tendrán que evaluarse las consecuencias que se derivan para el hijo y allí donde haya una violación de sus intereses, o una lesión a sus derechos, el juez debe intervenir para aplicar los remedios previstos por el ordenamiento.

Así pues, los primeros llamados en causa son los artículos 330 y 333 c.c.it. relativos al incumplimiento de los deberes parentales, y *supra* estudiados en relación con la violencia intrafamiliar, por lo que se reenvía allí para un análisis más profundo (cfr. tabla 3. Remedios del derecho de familia italiano a la violencia intrafamiliar en contra de los hijos). En este punto baste señalar que, según estas normas, los padres que incumplan con sus deberes pueden perder la responsabilidad parental, ser alejados de la residencia familiar o ser separados del hijo; y en casos que no justifiquen la pérdida de la responsabilidad parental el juez podrá disponer todas las medidas que considere pertinentes, dentro de las cuales, en casos de separación, podrá ordenar la custodia exclusiva del otro padre.

El sentido de dicha posibilidad se desprende del artículo 337-ter c.c.it. que establece como regla general la custodia

compartida, mientras que *ex artículo 337-quater c.c.it.* se prevé que la custodia exclusiva puede ordenarse cuando se demuestre que la custodia en cabeza de uno de los padres es contraria al interés del hijo. La jurisprudencia ha señalado que para poder subvertir la regla de la custodia compartida es necesario demostrar tanto la idoneidad de aquel que recibirá la custodia como la “manifiesta carencia o inidoneidad educativa”³¹⁰. Dicha carencia o inidoneidad se puede verificar objetivamente mediante las conductas omisivas del padre que, por ejemplo, no eleva petición para frecuentar su hijo³¹¹; que no ejerce su derecho de visitas³¹²; o que incumple con el deber de manutención³¹³. En relación con este último, la jurisprudencia es uniforme al excluir que el padre desempleado pueda liberarse, por ese solo hecho, del deber de pagar la manutención del hijo³¹⁴.

-
- 310 Así, en sentencia del Trib. Roma, secc. I., 16 de junio de 2017, se concluyó que la ausencia voluntaria del padre en la vida de la hija menor de edad, así como el incumplimiento del deber de manutención, justifican la custodia exclusiva en cabeza de la madre. *Cfr.* Cas. civ., 3 de enero de 2017, n.º 27; Trib. Catania, secc. I., 20 de mayo de 2016; Cas. civ. 12 de mayo de 2015, n.º 9632; Trib. Salerno, secc. I., 31 de octubre de 2014, n.º 5138; Cas. civ. 2 de diciembre de 2012, n.º 24562; Cas. civ. 12 de mayo de 2012, n.º 9632.
- 311 *Cfr.* Trib. Roma, secc. I., 16 de junio de 2017; Cas. civ. 30 de septiembre de 2011, n.º 20075; Cas. civ. 17 de diciembre de 2009, n.º 26587; Trib. Milano, secc. IX., 10 de febrero de 2010; Trib. Novara, 11 de febrero de 2010; Trib. Trento, 6 de octubre de 2010.
- 312 *Cfr.* Trib. Vicenza, 2 de abril de 2013.
- 313 *Cfr.* Trib. Bologna, secc. I., 13 de mayo de 2014; Trib. Roma, secc. I., 25 de noviembre de 2013; Trib. Milano, secc. IX., 2 de febrero de 2010.
- 314 Cas. civ. 29 de octubre de 2013, n.º 24424. La casación penal ha ido más allá al señalar que ni aun el estado de desempleo inculpaible exonera del cumplimiento del deber de manutención, en consideración a que “el delito de violación de los deberes de asistencia familiar es un delito doloso, no requiriendo, para configurarse, que la conducta omisiva del agente sea el producto de la intención o voluntad de hacer faltar realmente los medios de subsistencia al titular del derecho”, por lo que “el solo alegato de la sobrevenida condición de desempleo no exime de la responsabilidad [...], por cuanto el estado de desempleo no coincide necesariamente con la incapacidad económica e incumbe siempre al imputado la carga de probar idóneos y convincentes elementos sintomáticos de la concreta imposibilidad

Aun en el terreno del derecho de familia, es de resaltar la medida de declaración de adoptabilidad (art. 8, Ley 184 de 1983), frente a una hipótesis de abandono, cuya declaración depende de la verificación objetiva de la inasistencia material y moral por parte de los padres. Objetivamente, esta declaración comporta la sustracción del hijo de la familia para su asignación en otra. Al respecto, bajo el entendido de que la indigencia o las dificultades económicas no justifican *per se* la declaración de abandono³¹⁵, se impone la determinación de medidas de asistencia para las familias en situación de riesgo (art. 1, inc. 3, *ibid.*)³¹⁶. Esta valoración resulta importante al considerar que el abandono (físico) como una hipótesis gravísima de incumplimiento de los deberes parentales resulta sancionado por el derecho penal, dentro de los delitos en contra de la persona tipificado como “abandono de persona menor de edad o incapaz de proveer a sí misma”, con la correspondiente agravación punitiva si el delito lo cometen los padres³¹⁷.

de cumplir”: Cas. pen. secc. VI., 20 de marzo de 2012, n.º 41040. En el mismo sentido Cas. pen. secc. VI., 23 de junio de 2017, n.º 39411.

315 Cas. civ. 18 de diciembre de 2007, 26667; Cas. civ. 12 de mayo de 2006, n.º 11019; Cas. civ. 14 de mayo de 2005, n.º 10126.

316 SIRENA, “Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia”, cit., 120; BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 420.

317 Art. 591 c.p.it.: “Cualquiera que abandone un menor de catorce años, o una persona incapaz, por enfermedad mental o física, por vejez, o por otra razón, de proveer a sí misma, y de la cual tenga la custodia o el cuidado, es sancionado con la reclusión de seis meses a cinco años. A la misma pena se somete quien abandone en el exterior un ciudadano italiano menor de 18 años sometido a su cuidado en el territorio del Estado por motivos laborales. La pena es la reclusión de uno a seis años si del hecho deriva una lesión personal, y es de entre tres y ocho años si deriva la muerte. Las penas aumentan si el hecho lo comete el padre, el hijo, el tutor, el cónyuge, o el adoptante o el adoptado”. *Cfr.* Cas. pen., secc. V., 16 de febrero de 2016, n.º 7974; Cas. pen., secc. V., 2 de marzo de 2009, n.º 9276.

2.2.9. El derecho penal frente al incumplimiento de los deberes parentales

En este caso también aparece el derecho penal que sanciona como un delito contra la asistencia familiar “la violación de los deberes de asistencia familiar”³¹⁸, así:

Art. 570 c.p.it.: Cualquiera que, abandonando el domicilio doméstico o, en todo caso, actuando contra el ordenamiento o la moral de las familias, se sustrae a los deberes de asistencia inherentes a la responsabilidad parental o a la calidad de cónyuge, es castigado con la reclusión de hasta un año o con multa de entre 103 a 1032 euros.

Estas penas se aplican de manera conjunta a quien:

1. Malversa o dilapida los bienes del hijo menor de edad o del cónyuge;
2. Hace faltar los medios de subsistencia a los descendientes menores de edad, o inhábiles para trabajar, a los ascendientes o al cónyuge, que no se haya separado legalmente por culpa suya.

El delito es querellable por parte del ofendido salvo en el caso del numeral primero y si, en el caso del numeral segundo, el delito se comete contra menores de edad.

Este “remedio” así concebido presenta algunas particularidades que merecen atención. Así, por ejemplo, es de resaltar

318 *Cfr.* Cas. pen., secc. VI., 14 de marzo de 2018, n.º 11635; Cas. pen., secc. VI., 14 de noviembre de 2017, n.º 51913; Cas. pen., secc. VI., 24 de julio de 2007, n.º 30151; Cas. pen., Secciones Unidas, 26 de febrero de 2008, n.º 8413; Cas. pen., secc. VI., 23 de junio de 2008, n.º 25591; Cas. pen., secc. VI. 27 de agosto de 2009, n.º 33492; Cas. pen., secc. VI., 28 de septiembre de 2009, n.º 38127; Cas. pen., secc. VI., 9 de noviembre de 2009, n.º 42631; Cas. pen., secc. VI., 12 de noviembre de 2009, n.º 43288; Cas. pen., secc. VI., 2 de febrero de 2010, n.º 4395.

el hecho de que el legislador se interese por sancionar penalmente una conducta cuya gravedad no está en discusión, pues sin duda refleja una preocupación por enfrentar el incumplimiento de los deberes de asistencia a la familia. Sin embargo, no puede dejar de anotarse el desacierto de esta opción desde el punto de vista de la eficiencia: la respuesta no parece ser una solución atendible, al menos en consideración a los intereses de la víctima, en este caso, de los hijos, si se considera que la reclusión nada resuelve; por el contrario, puede conducir a empeorar la situación de incumplimiento.

Las dudas valen para cualquiera de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, pues desde la prisión difícilmente el condenado o imputado podrá proveer al cumplimiento de dichos deberes, más concretamente, difícilmente podrá proveer a la asistencia moral o material para los hijos. En un cierto sentido, con la imposición de la sanción de prisión, el Estado provee una excusa adicional para el incumplimiento a un padre irresponsable. No se trata de cuestionar la necesidad del instrumento penal, pero sí puede resultar necesario para la sociedad abrir el diálogo sobre la eficacia de sus sanciones y la real necesidad de imponerlas³¹⁹, o sobre la posibilidad de armonizarlo con otro tipo de medidas, administrativas o civiles, que no comprometan de manera grave la satisfacción del interés superior y prevalente de los hijos, que debe ser, en últimas, la prioridad.

Ese diálogo claramente tiene que prescindir de la idea del derecho penal, del aumento de los delitos y de las penas, como la única vía posible o como el mejor camino

319 Sobre las ventajas de la acción civil frente a la penal para resolver los litigios de índole primariamente civil ver M. ORTELL RAMOS, "La ejecución forzosa civil. Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede hacerlo o debe hacerlo y cómo", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 12, n.º 22, 2013, 121.

para resolver los dramas sociales. Desde este punto de vista, resulta apreciable la disposición del código civil que privilegia la discrecionalidad del juez para valorar el caso concreto y las soluciones que pueden resultar más oportunas según el caso.

Quizá puede hacer falta explorar la “creatividad judicial” para idear remedios que superen los estrechos límites de las penas de prisión y multa, para lo que puede resultar útil apoyarse en los mecanismos de reparación simbólica, piénsese por ejemplo en la orden de pedir excusas, o la imposición de medidas que permitan al imputado redimirse, hacer “un acto de contrición”. En fin, pareciera que existe un vacío en relación con medidas que tiendan a la reducción del conflicto, a la reconciliación de los implicados que, al menos en principio, puede ser más deseable para el interés del hijo. Además, tampoco parecen encontrar espacio instrumentos como la conciliación o la mediación.

La importancia de una innovación en este sentido radica en que, eventualmente, puede conducir a una reducción del conflicto familiar y, por consiguiente, de los procesos contenciosos. Pero, sobre todo, se valoriza el diálogo como un instrumento eficaz para resolver los conflictos en la familia, se garantiza un ambiente más sano y de menor conflictividad para el crecimiento de los hijos, se privilegia el interés superior de estos y el carácter de la familia como lugar natural de los afectos.

2.2.10. El art. 709-ter c.p.c.it. y el ingreso de la responsabilidad civil de los padres por daños intrafamiliares en el derecho positivo

Adicionalmente a los remedios que se han presentado hasta ahora, el derecho de familia italiano con la Ley 54 de 2006 introdujo una serie de modificaciones al sistema de custodia que, buscando privilegiar y dar relieve a la *biparentalidad*, condujo a la consagración de la regla general de

custodia compartida como la solución preferible en caso de separación de los padres, para favorecer el interés del hijo y acabar con la práctica judicial discriminatoria de asignar la custodia siempre a la madre. Esta asignación comporta un claro perjuicio para ella porque resultaba excesivamente responsabilizada; para el padre, que veía resquebrajada su relación con los hijos, pero también liberado de responsabilidad, terminando por ser concebido muchas veces solo como “pagador oficial” o “padre del tiempo libre” y sin participación de las decisiones relativas a la crianza y la educación; y para los hijos, que crecían sin la presencia efectiva paterna, con consecuencias negativas para su bienestar³²⁰. A pesar de las críticas³²¹, el mayor mérito de la reforma radicó en

320 Cfr. P. SCHLESINGER, “L’affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconveniente di rilievo”, *Corriere Giuridico* 23, n.º 3, 2006, 301. G. A. PARINI, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, tesis de doctorado, Padova, Università degli Studi di Padova, 2010, 227, <http://paduaresearch.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitiesidottorato.pdf> [consultado el 24 de febrero de 2016]. P. MAZZAMUTO, “Ratio e disciplina dell’affidamento condiviso”, *Giureta. Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente* 11, 2013, 97.

321 En relación con la ambigüedad del texto, el hecho de que se haya aprobado de forma afanosa, que represente una suerte de ‘colcha de retazos’ entre las más diversas fuentes, cfr. PARINI, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, 225. Sobre la inidoneidad del texto de la norma por la ausencia de criterios para definir la disciplina sobre la distribución de cargas de la custodia compartida entre los padres, SCHLESINGER, “L’affidamento condiviso è diventato legge!...”, cit. Por su parte, L. D’AVACK, “Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice”, en S. Patti y L. Rossi Carleo (eds.), *Affidamento condiviso*, Milano, Giuffrè, 2006, 13, advertía la posibilidad de resolver los problemas que tenía en mente el legislador, mediante la aplicación de los principios generales y las reglas vigentes, aunque reconoce el mérito de las finalidades de la norma y de su carácter educativo. Un ulterior problema se advertía en relación con la atribución de la competencia entre el tribunal ordinario (para controversias entre cónyuges en proceso de divorcio o separación) y el tribunal de menores (para otro tipo de parejas) (del que también habla SCHLESINGER, “L’affidamento condiviso è diventato legge!...”, cit., 304); sin embargo, luego de la unificación del estado de hijo en 2012, aparece pacífica la conclusión de que las disputas en relación con la responsabilidad

haber establecido un sistema de responsabilidad parental común, imponiendo cargas y deberes de colaboración entre los padres para el cuidado y la educación de los hijos.

Para efectos de lo que aquí interesa, en materia de incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, la reforma introdujo un artículo al código de procedimiento civil que dispone una serie de medidas que puede determinar el juez en caso de graves incumplimientos o violaciones:

Art. 709-ter c.p.c.it.: Para la solución de las controversias entre los padres en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental o las modalidades de custodia es competente el juez del procedimiento en curso. [...].

El juez convoca las partes y adopta las medidas oportunas. En caso de graves incumplimientos o de actos que, en todo caso, causen perjuicio al menor de edad u obstaculicen el correcto desarrollo de las modalidades de custodia, puede [el juez] modificar las medidas en vigor y puede, también de forma conjunta:

- 1) amonestar al padre incumplido;
- 2) disponer la indemnización de los daños, a cargo de uno de los padres, a favor del menor de edad;
- 3) disponer la indemnización de los daños, a cargo de uno de los padres, a favor del otro padre;

parental y adopción las tendrá que resolver el tribunal de menores; mientras que las controversias sobre la custodia son de competencia del juez ordinario: *cfr. MAZZAMUTO, "Ratio e disciplina dell'affidamento condiviso", cit., 105. Él mismo critica (p. 106) la debilidad de las normas en relación con la mediación familiar que califica como "exiguas y descarnadas", sobre todo por el hecho de que la mediación siga siendo optativa. En el mismo sentido, G. SPOTO, "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Diritto di famiglia e delle persone* 39, n.º 2, 2010, 912.*

4) condenar al padre que ha incumplido al pago de una sanción administrativa pecuniaria, de un mínimo de 75 euros a un máximo de 5.000 euros a favor de la *Cassa delle ammende*³²².

De una primera lectura del texto del artículo no es difícil intuir su importancia en el derecho de familia italiano. Esta norma comportó un cambio significativo en la solución de controversias en caso de separación personal de los padres, pues otorga un peso importante al incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, incluyendo una serie de instrumentos coercitivos novedosos, sea que se trate de los deberes de tipo personal o patrimonial, y sin que sea posible considerar la tipificación de las medidas como una restricción a la discrecionalidad del juez que, en todo caso, tendrá que considerar el interés superior del hijo³²³.

En relación con la naturaleza de cada una de las medidas, aparecen con una clara función sancionatoria la amonestación por parte del juez³²⁴ y el pago de la sanción administrativa, de la cual mucho ha discutido la doctrina italiana acerca de su posible consideración como “daño punitivo”

322 La *Cassa delle ammende* es un ente público con personalidad jurídica, encargado de financiar “programas de reinserción a favor de los detenidos e internados, programas de asistencia a estos y a sus familias y proyectos de construcción penitenciaria dirigidos a mejorar las condiciones carcelarias”: art. 4, Ley 547 de 1932, como modificado por el art. 44-*bis* del Dcto. Lgs. 207 de 2008, convertido por la Ley 14 de 2009.

323 Aunque, por ejemplo, M. A. LUPOLI, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 50, n.º 4, 2006, 1093, sostiene que el artículo se refiere solamente a los aspectos personales de la custodia y que, en realidad, por la redacción de la norma el juez tiene poca libertad y autonomía; sin embargo, esta parece una lectura reductiva y no correspondiente con el tenor de la norma. Opina en sentido contrario PARINI, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, cit., 229.

324 Una de las primeras providencias es Trib. Catania, ord. 11 de julio de 2006.

o como un tipo especial de “pena privada”³²⁵. Al respecto de lo cual vale la pena señalar que el incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, a diferencia de lo que puede ocurrir con otro tipo de hipótesis en el derecho privado, comporta una negligencia que, en principio, es consciente y, por ende, de mala fe, por lo que la idea de disuadir mediante la imposición de sanciones pecuniarias que no correspondan de manera exacta al monto del daño efectivamente sufrido puede no ser del todo reprochable³²⁶.

Cuestión distinta es la eventual compatibilidad con el modelo de responsabilidad civil del ordenamiento que privilegia el principio de reparación integral del daño. En el caso del ordenamiento italiano contribuye a la discusión el hecho de que en el derecho de familia ya existían previsiones legales que reconocían la posibilidad de otorgar una “indemnización” que no sigue exactamente las reglas del artículo 2043 c.c. En concreto, se hace referencia al artículo 129-*bis* c.c., que prevé, en caso de nulidad del matrimonio, la obligación del cónyuge de mala fe que sea hallado responsable de la misma de pagar a favor del cónyuge de buena fe una indemnización congrua, incluso en ausencia de prueba del daño sufrido³²⁷.

325 Para una reflexión general sobre la admisibilidad de las penas en el derecho privado italiano, con referencia también a los *punitive damages* anglosajones y a la *astreinte* francesa, v. E. MOSCATI, “Note minime su pena e colpa nel diritto privato”, *Giustizia Civile*, n.º 3, 2016, 547-70.

326 “Justamente el sector de la familia –más que cualquier otro– parecería un terreno fértil para la figura del daño punitivo para reprimir aquellas conductas caracterizadas por la mala fe, la deslealtad consciente, el incumplimiento intencional de las obligaciones conyugales y parentales”: M. PALADINI, “Misure sanzionate e preventive per l’attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*”, *Famiglia e diritto* 8-9, 2012, 854.

327 El Trib. Lanciano, 29 de junio de 2011, imputa la responsabilidad *ex art.* 129-*bis*, señalando, además, que para su aplicación se debe prescindir también de cualquier valoración en relación con la culpa o del elemento subjetivo, pues “la norma regula no el hecho generador de la responsabilidad sino

Por su parte, la medida de la sanción administrativa del artículo 709-ter pone otros problemas, pues de la redacción de la norma no aparece clara su naturaleza jurídica y razón de ser. En la doctrina se le ha atribuido una función de prevención general “en cuanto la amenaza de esta [responsabilidad] podría fungir como disuasiva de cometer actos perjudiciales a los menores o que comporten una inobservancia de las medidas adoptadas para el ejercicio de la responsabilidad parental”³²⁸; por lo que algunos vieron en la norma la introducción de una hipótesis de daño punitivo de matriz anglosajona o un llamado de las *astreintes* francesas, coincidiendo en la atribución de una naturaleza punitiva de la medida³²⁹.

Esta posición es criticable por incompatible con el sistema de daños en Italia³³⁰, y, analizado el texto del artículo,

solamente sus efectos”. Sin embargo, el análisis del artículo 129-bis no es pertinente en este contexto, por lo que se reenvía al exhaustivo trabajo de GIARDINA, *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, cit., en particular el capítulo cuarto, relativo a las reglas de una responsabilidad sin daño.

328 G. CASSANO, “In tema di danni endofamiliari: la portata dell’art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente ‘patrimoniali’ fra congiunti”, *Diritto di famiglia e delle persone* 38, n.º 1, 2008, 501.

329 Además de *ibid*, G. CASABURI, “La nuova legge sull’affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)”, *Il corriere del merito* 2, n.º 5, 2006, 572. Con reflejo en la jurisprudencia, por ejemplo, Trib. Termini Imerese, 12 de julio de 2006; Trib. Vallo della Lucania, 7 de marzo de 2007; Trib. Messina, 20 de marzo de 2007; Trib. Palermo 2 de noviembre de 2007; Trib. Napoli, decr., 30 de abril de 2008; Trib. Novara, 11 de febrero de 2011; Trib. Roma, 2 de agosto de 2012.

330 Ya en 2007 la Cas. civ. 19 de enero de 2007, n.º 1183, había excluido la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera que condenaba al pago de daños punitivos por considerarla contraria al orden público interno. En el mismo sentido Cas. civ. 8 de febrero de 2012, n.º 1781; Cas. civ. 19 de junio de 2015, n.º 12717. Sin embargo, en 2017 pareció superarse esta visión con la sentencia de las Secciones Unidas del 5 de julio de 2017, n.º 16601; al respecto de la cual se sugiere la revisión de G. PONZANELLI, “Danni Punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?”, *Jus Civile* 1, 2018, 42-46, http://www.juscivile.it/contributi/2018/05_Ponzanelli.pdf [consultado el 15 de enero de 2020]; y de E. D’ALESSANDRO, “Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos”, *Revista de Derecho Privado* 34, 2018, 313-326, <https://doi.org/10.18601/01234366>.

en realidad la norma se mantiene dentro de las categorías italianas y no parece posible asimilarla al daño punitivo: en primer lugar, el legislador establece un límite del monto, mientras que el daño punitivo en cuanto pena privada no está sometido a ninguna limitación, y puede incluso superar por mucho el monto del daño efectivamente sufrido; además, la sanción administrativa tiene como destinataria una entidad del Estado y no la víctima, por lo que su pago no contribuirá a enriquecer a la víctima³³¹.

Sin embargo, no atribuir a la medida el carácter de daño punitivo no comporta excluir la posibilidad de que la responsabilidad tenga funciones distintas a la clásica compensatoria; en realidad, resulta plausible concluir que la previsión del artículo 709-ter expresa una posible función de la responsabilidad que, una vez que se reconoce en el ámbito familiar, acompaña la clásica función compensatoria. Cabe concluir entonces que en la familia podría ser posible admitir que la responsabilidad pueda tener un carácter sancionatorio o disuasivo³³², entre otras cosas porque

n34.10. Para una reflexión general que, en todo caso, parece adherir a la consideración de la medida del art. 709-ter como una hipótesis de daño punitivo, véase E. LUCCHINI GUASTALLA, "La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche", *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.º 5, 2016, 1474-89.

331 De allí que algunos autores excluyan de manera categórica la posibilidad de concluir que la previsión del 709-ter introduce los daños punitivos en las relaciones intrafamiliares. Ver, entre otros, F. D. BUSNELLI, "Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi", *Europa e Diritto Privato* 4, 2009, 938; E. CAMILLERI, "Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 28, n.º 6, 2012, 216; NICOLUSSI, "Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile", cit., § 5; SPOTO, "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", cit., 915.

332 BUSNELLI, "Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi", cit., 945; PARINI, "La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli", cit., 234. Por su parte, FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 199, habla de función inhibitoria, en cuanto se trata de una medida que busca hacer cesar la conducta dañina,

“una responsabilidad civil que no acaricie la disuasión no es una verdadera responsabilidad civil”³³³, especialmente cuando se atribuya por la negligencia en el ejercicio de la responsabilidad parental, no solo por la mala fe del padre irresponsable, sino por las consecuencias en la esfera personal de la víctima.

Visto así, “la previsión de la sanción administrativa, en función de la gravedad de las violaciones, señala el grave disvalor social del incumplimiento de las obligaciones familiares inherentes a la custodia de los menores. Ciertamente, no se trata de un retorno a la instrumentalización publicista de la familia, sino del reconocimiento del valor social, y no meramente privado, del cumplimiento de las obligaciones parentales en esta delicada fase”³³⁴.

así como “inducir al respeto de las reglas de custodia para el futuro”. En la jurisprudencia, el Trib. Roma, 23 de enero de 2015, decidió “sancionar la conducta del padre, con miras a coartar al cumplimiento de los deberes parentales, por el perjuicio causado a la menor con la conducta omisiva en el ejercicio de la custodia compartida”, condenando a pagar una suma de 15.000 euros a favor de la hija.

333 G. PONZANELLI, “L’attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 22, n.º 2, 2006, 297. En el contexto español, aunque con una reflexión de alcance general, F. PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4, 2000, 173, rechaza la idea de la prevención y la disuasión como funciones alternativas de la responsabilidad civil, señalando que la prevención es “un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación”.

334 NICOLUSSI, “Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile”, cit., § 5. En el mismo sentido, FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 205. Trib. Modena, ord. 7 de abril de 2006.

En relación con otros ordenamientos europeos, llama particularmente la atención el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que se refiere a la “ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas” y prevé la posibilidad de imponer “multas coercitivas” al “cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan”, aun si se trata de “incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo”, cuando lo considere procedente el tribunal y por el tiempo que considere necesario. Frente al incumplimiento del régimen de visitas, se prevé la posibilidad para el tribunal de modificarlo.

Por su parte, con una función claramente compensatoria aparece la disposición de ordenar la indemnización del daño, con lo cual el incumplimiento de los deberes parentales o conductas particularmente graves aparecen como posibles fuentes de daño susceptible de ser indemnizado, cuando con ello se causen perjuicios al hijo (o al otro padre)³³⁵. En relación con el tipo de daño, parece reenviar a una categoría de daño no patrimonial, indemnizable *ex* artículo 2059 c.c. como uno de los casos determinados en la ley³³⁶.

Pese a las críticas que desde la doctrina se señalan en relación con algunos inconvenientes de tipo procesal³³⁷, la

- 335 “El legislador quiso mostrar claramente que el incumplimiento de los deberes relativos a la potestad parental puede ser fuente de daño resarcible y que dicha indemnización bien puede acompañarse a los remedios usuales (modificación de las medidas en vigor), así como a aquellos introducidos por la reforma (amonestación, sanción administrativa pecuniaria)”: G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Familia, Quaderni 8, Milano, Giuffrè, 2006, 20 s.
- 336 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 209. En el mismo sentido, Trib. Varese, 7 de mayo de 2010. Sobre la admisibilidad del recurso a la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes parentales, con un análisis deconstructivo en relación con las posibles objeciones, véase A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar”, en J. R. De Verda y Beamonte (ed.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial 28, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 363-434. Mientras que para el caso francés, PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil*, cit., 228 ss., justifica la admisibilidad de la responsabilidad civil como remedio idóneo para reparar (y sancionar) las faltas por el incumplimiento de los deberes parentales en razón de la incompletitud del derecho especial y de sus normas de procedimiento; y como forma de garantía de la “coparentalidad”.
- 337 En palabras de G. OBERTO, “Riflessioni sulla riforma in materia di affidamento condiviso (traccia ipertestuale di una relazione)”, 2006, <http://www.giacomooberto.com/affidamentocondiviso/affidamentocondiviso.htm> [consultado el 15 de abril de 2017], § 30, “la reforma introduce con el artículo 709-ter c.p.c. un verdadero *rebus* procesal”. En el mismo sentido, PARINI, “La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli”, cit., 228. Por su parte, LUPOLI, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, cit., 1094, crítica “la pésima técnica” de redacción del artículo y (1103) el hecho de que se trata de un complejo

previsión del artículo 709-ter comportó una señal clara y categórica de parte del legislador en relación con la inmunidad familiar, y en particular parental, en el ámbito de la responsabilidad civil. Una lectura sistemática permite ver en la norma la consagración de cuatro medidas distintas: amonestación, indemnización del daño sufrido por el hijo, indemnización del daño sufrido por el otro padre, sanción pecuniaria; con funciones distintas: reprensión, compensación, disuasión-sanción³³⁸. Todas aplicables con el objetivo de concretar el interés superior del hijo, que constituyen igualmente un límite para la determinación de cada una de las medidas.

Por último, en relación con el discurso general de los remedios al incumplimiento de los deberes parentales, una particularidad se presenta con el deber de asistencia moral, puesto que, tratándose de una prestación de hacer infungible, no sería susceptible de ejecución forzada *ex* artículo 2931 c.c., razón por la cual se podría considerar imposible una condena al cumplimiento, lo que convertiría el derecho a la asistencia moral en un derecho sin acción cuyo cumplimiento recae en la libre voluntad del sujeto pasivo³³⁹. Sin

normativo paternalista que conduce a invasivas intervenciones judiciales con el “pretexto” del interés del hijo. Explora las distintas consecuencias procesales problemáticas de la norma PALADINI, “Misure sanzionate e preventive per l’attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli...”, cit., 854 ss.

338 Cfr. Trib. Messina, 5 de abril de 2007.

339 Esta tesis la defiende C. MANDRIOLI, “Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità specifica”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 30, n.º 4, 1976, 1347 y 1352, que señala que la incoercibilidad de la obligación de hacer fungible afronta obstáculos objetivamente insuperables; y, en el plano práctico, la relación costo-beneficio de calificar como “condena” las providencias que reconocen un derecho pero cuya actuación dependería de formas de ejecución indirecta no justifica dicha extensión. La justificación para afirmarlo, según el autor, radica en que las ventajas serían solo terminológicas, mientras que se pagaría un precio muy alto: “el desprendimiento entre la noción de condena y aquella de ejecutabilidad forzada, es decir, de título ejecutivo judicial”; se crea así un *tertium genus*: condena-no-título-ejecutivo.

embargo, no es posible ignorar los demás remedios *supra* mencionados que despliega el ordenamiento frente al incumplimiento de los deberes parentales, sin especificaciones particulares o referencias directas a un determinado deber. Se destacan, sobre todo, los instrumentos *ex* artículo 709-ter que se encuadran en el esquema de responsabilidad por daño o “extracontractual”.

Sin embargo, la consagración de los deberes parentales como *obblighi* en cabeza de los padres ha inducido a pensar que el incumplimiento del deber de asistencia moral da lugar a responsabilidad por incumplimiento (o “contractual”)³⁴⁰, con fundamento en la autorizada doctrina que señala que ante la falta de una disciplina específica es posible una aplicación analógica de los principios del incumplimiento y la indemnización del daño, que no considera la patrimonialidad del *obbligo* violado³⁴¹. En todo caso, la violación de este deber, que es al mismo tiempo derecho fundamental del hijo, se traduce en la lesión de un interés de la persona y, en consecuencia, puede dar lugar a la indemnización del daño extrapatrimonial, si se reúnen los requisitos de relevancia constitucional del interés³⁴², la gravedad de la lesión y la no futilidad del daño³⁴³.

340 MORACE PINELLI, “I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell’unione di fatto”, cit., 703.

341 BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 63.

342 En el 2003 la jurisprudencia propuso una interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 c.c.it., gracias a la cual se considera que esta disposición permite la indemnización de cualquier daño no patrimonial por la lesión de valores inherentes a la persona y constitucionalmente tutelados: Corte Const., 11 de julio de 2003, n.º 233; Cas. civ., 31 de mayo de 2003, n.º 8827 y n.º 8828. Cfr. P. CENDON, “Anche se gli amanti si perdonano l’amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 882/2003”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.º 3, 2003, 685-90; E. BARGELLI, “Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c.”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.º 3, 2003, 691-702; P. ZIVIZ, “E poi non rimane nessuno”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.º 3, 2003, 703-15.

343 Cas. civ. secc. III, 13 de noviembre de 2009, n.º 24030; Cas. secc. lab. 15 de abril de 2013, n.º 9073. Una condena de responsabilidad civil por la violación

2.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS RELACIONADOS CON LA FILIACIÓN DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN ITALIA

Los dos casos que siguen se relacionan con el *status* de hijo, y más precisamente con el reconocimiento de hijo extramatrimonial o la eventual impugnación de la paternidad por defecto de veracidad. En relación con ellos es necesario considerar la reforma que unificó el *status* de todos los hijos, atribuyendo a todos ellos una idéntica condición personal, sin considerar la naturaleza de la relación entre los padres, con lo que se superaron las desigualdades provenientes del hecho de que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio³⁴⁴.

del deber de asistencia, no obstante el padre haya reconocido el hijo y haya proveído a una generosa manutención, se encuentra en Trib. Roma, 11 de enero de 2012.

- 344 Sobre el camino recorrido por el derecho positivo italiano para llegar a la unificación del *status filiationes* y de las implicaciones de la reforma que supera y absorbe la simple ‘paridad’ de tratamiento entre los hijos y cierra un periodo de históricas y fuertes discriminaciones en contra de los hijos nacidos por fuera del matrimonio, *cfr.* G. F. BASINI, “Lo stato di figlio”, en G. Bonilini (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV. La filiazione e l’adozione, Omnia, Trattati giuridici, Torino, UTET, 2016, 3355-65; M. BIANCA, “L’unicità dello stato di figlio”, en C. M. Bianca (ed.) *La riforma della filiazione*, cit., 3-26; R. CARRANO, “La revisione sistematica del codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione”, en C. M. Bianca (ed.) *La riforma della filiazione*, cit., 35-52; M. DOSSETTI, M. MORETTI, y C. MORETTI, *La nuova filiazione: accertamento e azioni di stato*, Le riforme del diritto italiano 26, Bologna, Zanichelli, 2017, especialmente el capítulo I; LENTI, “La sedicente riforma della filiazione”, cit.; PARADISO, “L’unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente”, cit.; M. SESTA, “L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”, *Famiglia e diritto*, n.º 3, 2013, 231-41; ID., “Stato unico di filiazione e diritto ereditario”, *Rivista di Diritto Civile* 60, n.º 1, 2014, 1-34; ID., “Filiazione (diritto civile)”, cit. En clave histórica sobre los orígenes romanos de la distinción entre los hijos legítimos y naturales, *cfr.* VOLTERRA, “Famiglia (dir. rom.)”, cit.; C. PECORELLA, “Filiazione (parte storica)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; SALLER, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, cit.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, “Approche historique d’un grand concept juridique: la filiation”, *Sartoriana, Sarton Chair of the History of Sciences, Universiteit Gent* 20, 2007, 111-30; C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los*

Los dos casos propuestos constituyen escenarios en los cuales el ordenamiento italiano, gracias a la jurisprudencia, ha superado la inmunidad familiar, pese a que desde el punto de vista del derecho legislado nada se diga al respecto, pues en ambos se ha identificado una fuente de perjuicio; sin embargo, subsiste el debate porque son casos de tal complejidad que la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil se enfrenta a no pocos retos, en particular la determinación del daño y su liquidación.

La primera hipótesis consiste en la negativa, consciente y voluntaria, del padre a reconocer el hijo extramatrimonial sumado a la conducta desinteresada o de abandono moral y material del hijo; mientras que la segunda se refiere al falso, pero consciente y voluntario, reconocimiento de hijo, que resulta impugnado, justamente por no corresponder a la verdad. Tratándose de casos ligados a problemas derivados de la filiación, algunas consideraciones generales valen para ambas hipótesis, especialmente aquellas cuestiones relativas a las reglas y los principios generales aplicables al reconocimiento, y eventual impugnación de la paternidad, del hijo extramatrimonial.

La primera cosa que se debe precisar es que la filiación, entendida como la relación jurídica que determina el *status* de hijo y el *status* de madre o padre, puede estar determinada por el lazo biológico (procreación) o por la realización de un acto jurídico, como la adopción o el reconocimiento del hijo extramatrimonial³⁴⁵. Por cuanto esta generalización pueda resumir las características principales de la filiación, en realidad su determinación pasa por algunos problemas, especialmente allí donde el hijo nace de una relación no

poderes del paterfamilias: el pater familias y la patria potestas, Monografías de derecho romano Derecho público y privado romano 42, Madrid, Dykinson, 2009.

345 Cfr. E. CARBONE, "Sull'obbligatorietà del riconoscimento nella filiazione non matrimoniale", *Famiglia e diritto*, n.º 5, 2015, 519-21.

matrimonial, pues si existe dicha relación opera la presunción de paternidad del esposo de la madre al momento de la concepción o del nacimiento (arts. 231, 232 y 269 c.c.it.)³⁴⁶.

Por su parte, la determinación de la maternidad está definida por la verificación del dato objetivo del parto, con lo cual conserva vitalidad jurídica el brocardo *mater semper certa est* que, sin embargo, no está libre de contradicciones o excepciones ya discutidas por la jurisprudencia. Estas provienen del hecho de que, gracias al desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, hoy puede ocurrir que “la madre” no sea solo una, pues ya es posible que el rol materno aparezca disgregado en dos o tres personas, dependiendo de quién aporte el material genético, quién conduzca la gestación y quién críe efectivamente el hijo³⁴⁷.

346 Para un estudio sistemático sobre la presunción de paternidad *cfr.* G. CHIAPPETTA, “L’estensione della presunzione di paternità (art. 231-234)”, en C. M. Bianca (ed.) *La riforma della filiazione*, cit., 328-49; M. DOSSETTI, “La filiazione nel matrimonio”, en G. Bonilini (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 3367-3554; DOSSETTI, MORETTI, y MORETTI, *La nuova filiazione*, cit., 79-146.

347 El ejemplo más notable es el ya clásico caso de la gestación por sustitución; sin embargo, cabe señalar el “caso Pertini” relativo al intercambio erróneo de embriones: en Trib. Roma, ord. 8 de agosto de 2014, se discutió cuál maternidad/paternidad debía prevalecer frente a una gestación iniciada y adelantada gracias a una técnica de reproducción homóloga, pero en la que se habían intercambiado los embriones durante el procedimiento de fecundación, al que también se había sometido otra pareja, con el resultado de haber implantado en un útero los embriones de otra pareja, cuya fecundación no resultó positiva. Se trata entonces de una fecundación heteróloga “con error” y, en consecuencia, de una gestación por sustitución “por error”. En este caso, luego de superadas varias instancias, el tribunal (Trib. Roma, ord. 22 de abril de 2015 y sentencia del 10 de mayo de 2016) atribuyó la maternidad siguiendo la regla de que madre es la del parto, fundamentalmente porque “el derecho a la personalidad constituido por el derecho a la identidad aparece cada vez más desvinculado de la verdad genética de la procreación y cada vez más ligado al mundo de los afectos y a las vivencias de la persona que ha crecido y ha sido acogida por una familia [...]. La reforma de la filiación mantuvo el principio según el cual el parto determina la maternidad natural”. En el momento de dictar la sentencia ya habían nacido los gemelos, por lo que se consideró que el mejor interés para ellos era dejarlos con la pareja que los tuvo como hijos desde la gestación, para evitar el trauma de la separación. Para un análisis crítico y detallado

El punto central radica en que la unificación del *status* de hijo se refiere a la titularidad del estado civil, pero las reglas para la determinación del mismo, así como las acciones que se pueden ejercer, sí son distintas según se trate de filiación dentro o fuera del matrimonio, lo cual produce un sistema de acciones que adolece de incongruencia.

En el primer caso, el fundamento es justamente el matrimonio de los padres y la determinación de la filiación es automática, por lo que las acciones que pueden haber son las de desconocimiento de la paternidad (art. 243-*bis* c.c.it.), de impugnación del estado de hijo (art. 240 c.c.it.) y de reclamo del estado de hijo (art. 239 c.c.it.). Mientras que, por su parte, la filiación extramatrimonial se determina con fundamento en otros principios y actos: el reconocimiento voluntario de cualquiera de los padres, de forma conjunta o separada; o mediante sentencia judicial que declare la maternidad/paternidad³⁴⁸. De lo que se deriva que las acciones admisibles sean las relativas a la declaración judicial de paternidad (art. 269 c.c.it.) y a la impugnación del reconocimiento (arts. 263 y 265 c.c.it.).

La incongruencia del sistema de acciones consiste en que el sistema procesal contrasta la unidad del estado de hijo prevista por el derecho sustancial; se puede ver, por ejemplo, en la permanencia de la acción de reclamo del estado de hijo y de la declaración judicial de paternidad como dos acciones distintas, siendo que la segunda podría

de la cuestión *cfr.* I. A. CAGGIANO, *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Quaderni di familia 2, Ospedaletto, Pisa, Pacini giuridica, 2017, 45-64.

348 Por ello DOSSETTI, "La filiazione nel matrimonio", *cit.*, 3368, afirma que la filiación extramatrimonial se basa en el "principio voluntarista"; sin embargo, no se comparte dicha generalización por cuanto no resulta coherente con la hipótesis de la declaración judicial donde no es claro ni seguro que exista la voluntad de reconocer el hijo. En gracia de discusión, parece, en todo caso, preferible hablar de autonomía privada y no solo de voluntad de reconocimiento, que puede resultar restrictivo.

subsumirse en la primera. Además, se trata de acciones en las que también son distintas las personas legitimadas por activa, existiendo mayores restricciones para actuar en el caso de la filiación matrimonial y, en consecuencia, esta mantiene una posición de privilegio o de mayor certeza pues controvertirla es más difícil³⁴⁹.

Habiendo señalado estas distinciones, valga precisar que, en consideración al contenido y a los objetivos de esta investigación, la filiación matrimonial no será considerada, pues tanto la negativa a reconocer el hijo como el falso reconocimiento hecho a sabiendas de que no existe ningún vínculo biológico pueden presentarse solo frente a una hipótesis en la cual proceda el reconocimiento extramatrimonial, y no la presunción de paternidad. Siendo así, se expondrán los aspectos generales del reconocimiento del hijo extramatrimonial en Italia, solo con el objetivo de ofrecer un contexto común a los dos casos, para luego evaluar la disciplina que la normativa especial reserva al caso en que, por cualquiera de estos dos motivos, se causen perjuicios al hijo.

2.4. NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

A propósito del reconocimiento del hijo extramatrimonial, lo primero que se debe anotar es que se trata de un acto voluntario del padre que, estando en una relación no matrimonial, reconoce como propio el hijo nacido de dicha unión, con lo cual se producen todos los efectos propios de la filiación y aquel asume la responsabilidad parental, con

349 Cfr. LENTI, "La sedicente riforma della filiazione", cit., 210. Sin embargo, GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., 40, advierte que, más allá de los reparos a la incoherencia del sistema de acciones, en realidad la reforma no podía modificarlo sin que el decreto legislativo excediera las competencias que otorgó el legislador.

todos los derechos y deberes que de ella se desprenden³⁵⁰. El problema que se presenta a continuación constituye una hipótesis de un daño, considerando que tiene lugar cuando el padre, conociendo la existencia del hijo se niega a reconocerlo y, de manera negligente, se desentiende y desinteresa de él, no proveyendo al cumplimiento de los deberes que como padre le asisten, y desencadenando, eventualmente, una serie de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que, siguiendo las reglas generales de responsabilidad civil tendrían que ser reparados. Claro está, no se puede perder de vista la naturaleza de la situación.

Más precisamente, el reconocimiento de hijo extramatrimonial es un acto voluntario consistente en la declaración de la paternidad al momento del nacimiento, o en cualquier momento posterior, mediante una declaración ante el funcionario de estado civil, un acto público o en el testamento (art. 254 c.c.it.). El reconocimiento es un acto jurídico irrevocable (art. 256 c.c.it.) y sus efectos no pueden someterse a cláusulas limitativas, las cuales, en caso de existir, se reputarán nulas (art. 257 c.c.it.).

Ahora bien, el principal problema para la protección de los intereses del hijo en esta hipótesis es que, justamente por tratarse de un acto voluntario, no es posible constreñir al padre a reconocer al hijo, por lo que, frente a la imposibilidad de obtener el reconocimiento voluntario, para efectos de determinar la filiación y atribuir la responsabilidad parental es necesario obtener la declaración judicial de paternidad (art. 269 c.c.it), que produce los mismos efectos del reconocimiento (art. 277 c.c.it.).

350 Para un estudio sistemático sobre la filiación extramatrimonial y sobre el contenido y alcance del reconocimiento de hijo extramatrimonial *cfr.* DOSSETTI, MORETTI, y MORETTI, *La nuova filiazione*, cit., 147-70; S. TROIANO, "Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio (art. 250, come modificato dall'art. 1, comma 2º, L.N. 219/12)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 184-230.

2.4.1. Elementos necesarios para la configuración y valoración del daño

En el caso que se está estudiando, para que se pueda hablar de daño, la negativa a reconocer implica que el padre conozca de la existencia del hijo y, por ende, del vínculo biológico o tenga motivos razonables para sospechar que es el padre del nacido de una mujer con la cual había tenido una relación, pero se rehúse a reconocerlo como tal³⁵¹. Las implicaciones no son pocas, pues no estando determinado el vínculo jurídico entre padre e hijo, no es posible atribuir la responsabilidad parental a aquel, por lo que el cumplimiento de los deberes parentales queda sometido a su discrecionalidad, sin que pueda ser exigido judicialmente mientras no se establezca la filiación.

Es fácil intuir que esta es una conducta que concreta una forma de abandono del hijo, quien verá lesionado su interés legítimo de establecer una relación plena con su padre y, en consecuencia, de recibir instrucción, educación y asistencia moral y material. Esta visión permite admitir que dicha lesión del interés legítimo del hijo puede ser fuente de responsabilidad aquiliana y, por ende, dar lugar a la indemnización del daño a favor del hijo³⁵².

351 Este fue el motivo para admitir la condena por daño intrafamiliar en Cas. civ. 1 de marzo de 2018, n.º 4802.

352 Adicionalmente, existiría también un perjuicio a la madre que, dada la negativa al reconocimiento, se ve forzada a criar sola al hijo, así como a pagar todos los gastos por concepto de manutención y educación, gastos que, en virtud de las reglas en materia de responsabilidad parental, en principio corresponden a los dos padres. Debido a ello, a la madre se otorga una “acción de regreso” para repetir contra el padre por los gastos que habría debido erogar, acción que, como se vio, existe desde el derecho romano y obedece a la lógica de solidaridad en el cumplimiento de los deberes parentales, a la manera de “obligación solidaria”, debido a la necesidad de privilegiar el interés del hijo con independencia de la naturaleza y el estado de la relación entre los padres. *Cfr.* Cas. civ. 22 de noviembre de 2000, n.º 15063; Cas. civ. 4 de noviembre de 2010, n.º 22506; Cas. civ. 22 de julio de 2014, n.º 16657. Esto, sin embargo, no se desarrollará porque se trata de un eventual perjuicio

Dicho esto, cobra vigencia el problema acerca del momento en que se entiende que se puede atribuir la responsabilidad parental, que depende directamente de la determinación oficial de la filiación, por lo que frente al no reconocimiento existe una incongruencia por existir un periodo de tiempo en el que la responsabilidad parental debe ser ejercida y cumplidos los deberes a ella inherentes, pero ello no ocurre por la incerteza en relación con la filiación. Por eso, considerando que la responsabilidad parental encuentra fundamento en el hecho mismo de la procreación, la negativa a reconocer al hijo se confirma como una lesión al interés legítimo del hijo, entre otras cosas, porque obstaculiza el ejercicio de la responsabilidad parental y el cumplimiento de los deberes ligados a ella. Sin embargo, aunque actualmente en Italia sea pacífica la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en este caso, persisten algunos aspectos problemáticos.

Desde el punto de vista de la normatividad de derecho de familia, el propio código civil señala algunas reglas sustanciales y procesales en relación con la declaración judicial de paternidad. Así, por ejemplo, establece libertad en materia probatoria (art. 269 c.c.it), la imprescriptibilidad de la acción en cabeza del hijo y el término de dos años para los descendientes de este que quieran promoverla luego de su muerte (art. 270 c.c.it.). De igual manera, la acción puede ser promovida en interés del hijo por quien ejerza la responsabilidad parental o el tutor, debiendo este último pedir la autorización judicial para tal efecto (art. 273 c.c.it.). Mientras

al otro padre y no al hijo, el daño a este asume otras formas que se verán a continuación; baste decir que se ha reconocido el daño de la madre que, por la ausencia del padre, ve violado el derecho fundamental a “compartir el cuidado parental”, no recibiendo ninguna contribución “para la atención, instrucción y manutención de la hija”; debiendo liquidarse con base en la equidad, y pudiendo aplicarse, de manera analógica, los criterios para la liquidación del daño por la muerte del cónyuge”: Trib. Milano, 29 de febrero de 2016, n.º 4169.

que la legitimación por pasiva recae en el presunto padre, sus herederos o un curador nombrado especialmente para ello (art. 276 c.c.it.). El juez, a petición de parte o de oficio, se puede pronunciar en materia de custodia, alimentos o educación (art. 279 c.c.it.), lo que implica simplemente una concreción de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental.

Como se ve, este cuerpo de disposiciones contiene las reglas que establecen los efectos personales y patrimoniales de la declaración judicial, dirigidas a determinar no solo la paternidad y, por ende, la responsabilidad parental en cabeza del padre, sino también a precisar de manera específica los deberes y obligaciones y, en contrapartida, los derechos del hijo reconocido a partir del momento de la sentencia. Sin embargo, nada dice el código en relación con eventuales perjuicios que se deriven por la lesión del interés legítimo del hijo. De este modo se confirma que también en este caso, al menos desde el punto de vista del derecho positivo, y pese a la inexistencia de normas que prohíban la indemnización del ilícito intrafamiliar, se observa otra hipótesis de inmunidad familiar, al menos en el escenario del código.

2.4.2. La privación de la relación parental como daño

Por su parte, la jurisprudencia sí se ha ocupado de este problema admitiendo que hay lugar a declarar la responsabilidad y, por ende, a ordenar la indemnización por ilícitos intrafamiliares, con lo cual, de los pronunciamientos judiciales es posible extraer las reglas en materia de atribución de la responsabilidad civil e indemnización del daño por la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, las cuales se presentan a continuación y constituyen otro paso en el camino hacia la superación de la inmunidad familiar.

En relación con el *daño*, la jurisprudencia ha establecido que la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial produce, sin lugar a duda, perjuicios no patrimoniales

susceptibles de indemnización, bajo el entendido de que el padre sea consciente de serlo y, en consecuencia, se desinterese del hijo de modo manifiesto, concretando con ello una forma de privación efectiva de la figura paterna. Así, se ha señalado que el desinterés por el hijo extramatrimonial constituye una hipótesis de violación de los deberes parentales que se concreta en una lesión de los derechos derivados de la filiación, con lo cual se admite la posibilidad del ejercicio de una acción autónoma *ex* artículo 2059 c.c.it. dirigida a obtener la indemnización de los daños sufridos por el hijo³⁵³. La consideración de la violación de los deberes parentales prescinde, entonces, de la declaración judicial de paternidad, lo que determina un vínculo de causa-efecto entre la procreación y la responsabilidad parental/los deberes parentales y sirve de fundamento a la responsabilidad por ilícito intrafamiliar.

En este caso, el presupuesto que compromete la responsabilidad civil lo constituye que el padre sea consciente de la concepción del hijo, lo que, por supuesto, no sustituye la certeza de la prueba de ADN³⁵⁴, pero exige que se pruebe que el padre tenía conocimiento de la existencia del hijo y que, no obstante ello, se desinteresó de manera deliberada de él, privándolo de la figura paterna y de la asistencia moral y material a que tenía derecho. En relación con el fundamento de imputación, la jurisprudencia es uniforme al señalar que debe existir dolo o culpa por parte del padre, que se puede deducir de la conducta consciente de desinterés del hijo³⁵⁵.

Todo esto confirma que el daño se causa desde el momento del nacimiento, y se prolonga hasta tanto no se haga

353 Cas. civ., 16 de febrero de 2015, n.º 3070. También Trib. Matera, 7 de diciembre de 2017, n.º 1370.

354 Cas. civ., 22 de noviembre de 2013, n.º 26205.

355 Cas. civ., 7 de junio de 2000, n.º 7713; Trib. Venezia, 30 de junio de 2004; Trib. Ap. Bologna, 10 de febrero de 2004.

el reconocimiento o se obtenga la declaración judicial de paternidad.

Desde un punto de vista conceptual, la jurisprudencia ha calificado este daño como “privación de la relación parental” que se traduce en la imposibilidad inmotivada y dolorosa, para el hijo nunca reconocido, de disfrutar de la figura del padre³⁵⁶. Este daño representa una violación del derecho a mantener una plena relación afectiva con los padres, como derecho subjetivo amparado por los artículos 2 y 30 constitucionales (cfr. *supra* nota 339) que garantiza un sano y correcto desarrollo de la persona.

Se puede entender así la especialidad de este daño y de este tipo de responsabilidad civil. Esta específica hipótesis confirma la idea de que en las relaciones entre padres e hijos no es cuestionable que la responsabilidad de los padres se deriva del hecho de la procreación (*procreational responsibility*; *responsabilità per la procreazione*).

2.4.3. La responsabilidad por el hecho de la procreación como elemento relevante para la atribución de responsabilidad civil

Este es un concepto ampliamente utilizado en materia de reproducción humana asistida, para atribuir la responsabili-

356 Reconocido por primera vez en Cas. civ., 7 de junio de 2000, n.º 7713, bajo la forma de daño existencial. También Trib. Venezia, 30 de junio de 2004; Trib. Roma, 27 de octubre de 2011; Trib. Torino, 10 de febrero de 2014; Trib. Milano, secc. IX, 16-23 de julio de 2014. En Trib. Firenze, secc. I, 14 de febrero de 2018, se reconoce que la privación de la relación parental puede dar lugar tanto a daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Cfr. D. AMRAM, “Privazione del rapporto genitoriale e danno intrafamiliare”, *La nuova giurisprudenza civile commentata* 28, n.º 5, 2012, 394-98; E. FALETTI, “Assenza paterna e diritto del figlio minore al risarcimento del danno”, *Minorigiustizia*, n.º 3, 2012, 417-434, <https://doi.org/10.3280/MG2012-003053>; F. GALLETI, “Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 2, 2015, 562 ss.

dad parental en aquellos casos en que, luego de haber dado el consentimiento a la puesta en práctica de la técnica, el padre pretenda desconocer el hijo o impugnar la paternidad, especialmente problemático en casos de fecundación heteróloga donde efectivamente no hay un vínculo biológico entre el padre y el concebido.

Actualmente es pacífica la solución, pues en el ordenamiento italiano la Ley 40 de 2004, art. 9, consagra la imposibilidad de ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad cuando se haya prestado el consentimiento a la fecundación heteróloga aun cuando el padre padezca *impotentia generandi*; por lo que dicho consenso es irrevocable luego de que el óvulo haya sido fecundado (art. 6)³⁵⁷. En función de ello, la jurisprudencia ha sido categórica en señalar que cualquier pretensión de revocar el consentimiento resulta contraria a la protección de los embriones³⁵⁸ y al interés del niño de tener dos figuras parentales, así como

357 Aunque no siempre fue así, antes de la previsión legislativa, la jurisprudencia acogía la pretensión de desconocer la paternidad en consideración a que “el ordenamiento vigente (con excepción de la adopción) no contempla ninguna relación jurídica de filiación que se desvincule del presupuesto de una relación biológica de sangre correspondiente, con la consecuencia de que solo la directa derivación genética (constituyente del fundamento mismo de la presunción de paternidad *ex art. 231 c.c.*) –y no el simple consentimiento (*consensus non facit filios*)– es idónea a constituir una verdadera relación jurídica de filiación”: Trib. Roma, 19 de abril de 1956. En el mismo sentido Trib. Cremona, 17 de febrero de 1992, confirmada en instancia de apelación por la Trib. Ap. Brescia, 14 de junio de 1995, en la que, además, se suma la consideración sobre la indisponibilidad del derecho de ejercicio de las acciones judiciales relativas al estado civil, por lo que no se podía pensar en una renuncia a la acción de desconocimiento. *Cfr.* G. FERRANDO, “Il ‘caso Cremona’: autonomia e responsabilità nella procreazione”, *Giurisprudenza italiana* 146, n.º 2, 1994, 996-1006.

Consideraciones similares emergieron de la decisión Trib. Monza, secc. IV, 13 de julio de 2006, que, en un caso de reconocimiento conscientemente falso, declaró la nulidad por defecto de veracidad con fundamento en el dato normativo y excluyó la indemnización del daño por la pretensión de desconocimiento.

358 *Cfr.* Corte Const., 8 de mayo de 2009, n.º 151; Corte Const., 11 de noviembre de 2015, n.º 229.

a mantener una relación existencial y afectiva con ambas³⁵⁹, razón por la cual el principio de *favor veritatis* no tiene carácter absoluto frente a la atribución legal de la paternidad³⁶⁰.

Tratándose de una situación en la que existe una distinción entre *paternidad biológica o genética* y *paternidad intencionada*, surge un problema de atribución de la *paternidad legal*. En cualquier caso, la responsabilidad por el hecho de la procreación es aquella de los padres, biológicos o intencionados, respecto del hijo³⁶¹ concebido. La referencia a la concepción en vez de a la procreación no es casual, pues tal vez conviene proponer un cambio de forma, considerando que hablar de procreación excluye la posición de padres que resultan titulares de la responsabilidad parental no por el simple dato biológico de haber procreado, sino por el hecho de haber decidido convertirse en padres pese a no tener lazos de consanguinidad con el hijo y de haber ejecutado una serie de actos que reflejan de manera inequívocable dicha intención, p.ej. en los casos de fecundación heteróloga o de falso reconocimiento del hijo extramatrimonial.

Quizá puede resultar más inclusiva, general y técnica, la idea de una *responsabilidad por la concepción* en lugar de una *responsabilidad por la procreación*, porque mientras que

359 Cfr. Corte Const., 22-26 de septiembre de 1998, n.º 347; Cas. civ. 16 de marzo de 1999, n.º 2315, que se refiere de manera específica al principio de auto-responsabilidad de quien otorga el consentimiento.

360 Cas. civ., secc. I., 10 de abril de 2012, n.º 5653; Cas. civ., ord. 18 de diciembre de 2017, n.º 30294. Es la conclusión que emerge también en caso de intercambio de embriones, cfr. *supra* nota 344. En doctrina cfr. G. CASABURI, "Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata", *Il Foro italiano*, n.º 1, 2018, 21-26. U. SALANITRO, "Favor minoris, impugnazione del riconoscimento e maternità surrogata. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata", *Giustizia civile*, 8 de febrero de 2018, <https://giustiziacyvile.com/famiglia-e-successioni/editoriali/favor-minoris-impugnazione-del-riconoscimento-e-maternita> [consultado el 10 de febrero de 2018].

361 Cfr. R. SENIGAGLIA, "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa e Diritto Privato*, n.º 3, 2017, 953-1011; VONK, *Children and their parents*, cit., 270.

la procreación se refiere a la acción de engendrar otro ser humano, la concepción denota eso y la acción de formar una idea o un plan, en este caso: de convertirse en padre. Este tipo de responsabilidad puede verse como una derivación del principio de *autorresponsabilidad* que, a su vez, se especifica como la “necesidad jurídica de padecer los efectos de un acto puesto en práctica o de sus omisiones”³⁶², es decir, como el contrapeso o límite a la libertad y autonomía de los sujetos³⁶³, y que en derecho privado encuentra aplicación en distintos contextos, a saber, por ejemplo: la compensación de culpas, la prescripción, la caducidad.

El fundamento de la autorresponsabilidad está en la equidad, y tiende a proteger es “el interés general de corrección y claridad del comportamiento, como valor socialmente apreciable y que, en consecuencia, realiza los sucesivos intereses individuales mediatos”³⁶⁴. De allí que las eventuales consecuencias desfavorables se deriven de una actuación incorrecta o desleal, con independencia de si se actúa o no en ejercicio de un derecho.

Partiendo de estas consideraciones, es innegable entonces que, si bien el reconocimiento del hijo extramatrimonial ofrece la certeza de la filiación, la responsabilidad parental no se puede fundamentar solo en la paternidad legal³⁶⁵. De

362 A. CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, *Comparazione e diritto civile* 36, Torino, Giappichelli, 2018, 2. Con una perspectiva general E. J. LEIB, “Responsibility and Social/Political Choices about Choice; or, One Way to Be a True Non-Voluntarist”, *Law and Philosophy* 25, n.º 4, 2006, 453-88, <https://doi.org/10.1007/s10982-005-3220-x>.

363 Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, vol. 2, Trattato di Diritto Civile Italiano 15, Torino, UTET, 1960, 109. S. PUGLIATTI, “Autoresponsabilità”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, § 3.

364 CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, cit., 21.

365 A ello se suma la tendencia en la doctrina a considerar que, dada la pérdida de relevancia de la paternidad biológica frente a una paternidad social, se podría pensar en la posibilidad de que no se tenga como único padre legal al biológico, especialmente en casos en que este no “desea ni tenga intención de actuar como padre, no tenga ninguna conexión funcional con el niño, ni conexión social con la madre de este”: M. J. JACOBS, “My Two

lo contrario, el ordenamiento legitimaría una situación de irresponsabilidad frente a sujetos vulnerables y de especial protección constitucional, consistente en la procreación indiscriminada de hijos para luego no reconocerlos como tales y abandonarlos a su suerte, gracias a la posibilidad de evadir las consecuencias negativas de una deslealtad de este tipo.

De allí que en este específico caso produzca cierta perplejidad la eventual inmunidad frente a un daño de tal magnitud; pero de allí también que actualmente la jurisprudencia italiana reconozca la existencia de un daño extrapatrimonial y ordene su indemnización de manera más o menos uniforme.

Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity”, *Arizona State Law Journal* 38, 2006, 813. Sin embargo, dicha propuesta, por cuanto interesante y justificada en la necesidad de garantizar la disponibilidad de al menos dos adultos en la vida del niño, que ofrezcan la figura parental y la asistencia moral y material que este requiere, no se compeadece con la necesidad de certeza jurídica que es, en últimas, la única garantía de exigibilidad del cumplimiento de los derechos del hijo, es decir, un instrumento efectivo de tutela civil de sus intereses. Para una visión general sobre la cada vez mayor ‘irrelevancia’ del dato biológico frente a la práctica social *cfr.* C. SARACENO, *Coppie e famiglie: non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2016, especialmente 70-102; SENIGAGLIA, “Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere”, *cit.* En otros ordenamientos C. G. JEPPESEN DE BOER y A. KRONBORG, “The Incorporation of Intentional Parentage by Female Same-Sex Couples into National Parentage Laws: A Comparison between Danish and Dutch Law”, *European Journal of Law Reform* 17, n.º 2, 2015, 232-46, <https://doi.org/10.5553/EJLR/138723702015017002002>; C. LIND y T. HEWITT, “Law and the Complexities of Parenting: Parental Status and Parental Function”, *Journal of Social Welfare and Family Law* 31, n.º 4, 2009, 391-406, <https://doi.org/10.1080/09649060903430249>; D. MEYER, “Parenthood in a Time of Transition: Tensions Between Legal, Biological, and Social Conceptions of Parenthood”, *The American Journal of Comparative Law* 54, 2006, 125-44; P. VLAARDINGERBROEK, “Fatherhood and The Law in a Modern Society. The Legal Role of The Father in The Netherlands. Working Paper for the Conference on Changing Fatherhood, Tilburg University, The Netherlands”, 1994, <https://pure.uvt.nl/portal/files/1186319/VP5621398.pdf>; VONK, “Towards a New Concept of Parenthood: Procreational Responsibility”, *cit.*; W. WIEGERS, “Fatherhood and Misattributed Genetic Paternity in Family Law”, *Queen’s Law Journal* 36, 2011, 623-71.

2.4.4. Responsabilidad civil del padre que se niega a reconocer al hijo extramatrimonial de quien conoce la existencia

Siguiendo los criterios de la jurisprudencia, para la determinación de cualquier daño se debe valorar la relevancia constitucional del interés afectado, la gravedad de la lesión y la no futilidad del daño. La existencia del perjuicio se debe probar siempre³⁶⁶, siendo posible construir ciertas presunciones³⁶⁷. Según la jurisprudencia, el daño consiste en la privación de la relación parental, y se traduce en un indiscutible sufrimiento moral y psicológico calificable como daño injusto, por cuanto la ausencia del padre grava el desarrollo de la personalidad del hijo, condicionando sus decisiones existenciales y de crecimiento³⁶⁸ con repercusiones sociales y relacionales por la frustración de no haber sido nunca deseado o acogido como hijo³⁶⁹.

Una vez probado el perjuicio y atribuida la responsabilidad por la prueba del dolo o la culpa, para la liquidación del daño se debe acudir a la equidad, de conformidad con lo estipulado por los artículos 2056 y 1226 c.c.it., reconociendo

366 Siguiendo la tendencia de la jurisprudencia de distinguir, para determinar la indemnización, entre daño-evento y daño-consecuencia, de lo cual se deriva que no basta que se presente una violación de un deber parental, sino que se debe probar que dicha violación dio lugar a un daño injusto. *Cfr.* Secc. Unidas, 11 de noviembre de 2008, n.º 26972; Trib. Torino, 5 de junio de 2014; Trib. Forlì, 13 de enero de 2009. Solitaria la jurisprudencia que declara la responsabilidad y ordena la indemnización sin que se determine de manera concreta el perjuicio, como si se tratara de una consecuencia automática de la violación del deber parental: Trib. Milano, secc. IX, 16-23 de julio de 2014.

367 Así, por ejemplo, Trib. Siena, 4 diciembre 2007, y Trib. Bologna, 10 julio 2007, que consideraron la corta edad del hijo para construir la presunción de los efectos que la falta de contribución económica y moral del padre podría tener en el desarrollo del hijo.

368 Trib. Venezia, 30 de junio de 2004.

369 Trib. Ap. Trieste, 6 de febrero de 2012.

los intereses legales a partir del momento de la sentencia³⁷⁰. Ello implica que para la liquidación se deben considerar los indicios y las reglas de la experiencia, sin que la eventual inercia del hijo para ejercer la acción de responsabilidad civil comporte una premisa para reducir el *quantum ex* artículo 1227 c.c.it., según el cual “si el hecho culposo del acreedor concurre en la provocación del daño, la indemnización se disminuye según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se deriven”³⁷¹, pues, si se considera que el daño se causa desde el momento del nacimiento y se prolonga durante todo el tiempo en que el padre se desinteresa del hijo, no es posible atribuir al no ejercicio de la acción un carácter de concurrencia efectiva en la producción del daño.

Adicionalmente, según la jurisprudencia se trata de un daño de naturaleza permanente, por lo que el paso del tiempo no incide en el perjuicio, razón por la cual no falta quien señala que una fórmula tan genérica conduce a ignorar, no solo la inercia del hijo para ejercer la acción, sino también cualquier otra conducta virtuosa del padre que se relacione con la filiación, así como el eventual rechazo del hijo puede ser relevante para la determinación del *quantum*³⁷².

Sin embargo, no es de recibo la tesis según la cual el padre podría escudarse en intentos no concluyentes de remediar el daño, por lo que un (intento de) acercamiento que resulta rechazado por el hijo, por ejemplo, no resuelve que el padre se haya rehusado a reconocerlo y que se haya

370 *Cfr. ex multis* Trib. Milano, 18 de mayo de 2015, n.º 6199; Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

371 Este el criterio en Trib. Milano, secc. IX 16-23 de julio de 2014; Cas. civ. 22 de noviembre de 2013, n.º 26205; Cas. civ. 22 de julio de 2014, n.º 16657; Trib. Matera, 6 de diciembre de 2017.

372 GALLETI, “Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione”, cit., 570, quien señala el ejemplo del padre que, luego de haber sido negligente intenta, de forma seria y apreciable, acercarse al hijo para retomar contacto y reconstruir la relación, pero recibe el rechazo obstinado del hijo.

desinteresado de él. La conducta virtuosa debe ser valorada siempre que se haya dirigido a obtener la determinación de la paternidad y al cumplimiento estricto de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, sin que por ello se afecte la cuantificación del perjuicio extrapatrimonial por la lesión al derecho a la identidad o el sufrimiento provocado por la ausencia del padre o su inasistencia moral y material.

Estos son los principios para la liquidación, pero en concreto, para cuantificar el daño la jurisprudencia recurre con frecuencia, como parámetro de referencia, a las *Tablas jurisprudenciales adoptadas por el Observatorio a la Justicia Civil de Milán*³⁷³ que son el resultado de un análisis y reflexión que dicho observatorio hace de la jurisprudencia durante un determinado periodo, con el fin de elaborar criterios

373 La edición de 2018 de las tablas está disponible en <https://www.tribunale.milano.it/files/news/TABELLE%20MILANO%20EDIZIONE%202018.pdf> [consultado el 30 de enero de 2020]. Estas tablas son aplicadas con frecuencia en la jurisprudencia, así, por ejemplo, en Cas. civ. 22 de julio de 2014, n.º 16657; Trib. Ap. Brescia, 1 de marzo de 2012; Trib. Monza, 5 de noviembre de 2004; Trib. Torino, 5 de junio de 2014. La centralidad de esta iniciativa no impide reconocer otros intentos, como el del Tribunal de Roma para la liquidación del daño por pérdida de la relación parental (Trib. Roma, 11 de enero de 2012 y 18 de noviembre de 2014) y cuya versión del 2019 está disponible en http://www.tribunale.roma.it/allegatinews/A_24405.pdf [consultado el 30 de enero de 2020], o en doctrina D. AMRAM, “Verso una tabella per i danni non patrimoniali da violazione dei doveri genitoriali?”, *Danno e responsabilità* 15, n.º 5, 2010, 506-16, quien propone la construcción de una tabla *ad hoc* partiendo de la de Roma. GALLETTI, “Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione”, cit., 572 nota 34, explica el elaborado intento de Trib. Sulmona, 26 de noviembre de 2012, de formular un criterio más preciso y determinado, partiendo de las Tablas de Milán. En cambio, ha expresado críticas al uso de las tablas para el cálculo de la indemnización del ilícito intrafamiliar el Trib. Ap. Napoli, 18 de julio de 2013. Este criterio también se ha aplicado en sentido ‘inverso’, esto es, cuando el reconocimiento voluntario del hijo no es posible en virtud de comportamientos obstruccionistas por parte de la madre, así Trib. Milano, 5 de octubre de 2016, calificó el del padre como un daño existencial, cuya liquidación se basa en el monto reconocido por la pérdida de un hijo según las tablas del tribunal de Milán.

orientadores, más o menos homogéneos, para la liquidación del daño no patrimonial.

En concreto, para la liquidación de este particular daño se acude y parangona a la categoría relativa a la lesión de la relación parental por parte de un tercero, es decir, se refiere al daño extrapatrimonial por la pérdida definitiva del padre (cuyo monto se calcula –a 2018– desde € 165.960.00 a € 331.920.00), por lo que para cuantificar el daño por “privación de la relación parental por abandono moral, el importe base se debe adecuar”³⁷⁴ a otros criterios, como la gravedad del daño o su prolongación en el tiempo.

Esta es la posición mayoritaria que, en todo caso, no está libre de críticas por la equiparación, considerada poco técnica, entre la pérdida definitiva de la relación y la violación de los deberes u obligaciones familiares, con lo que el método de las tablas “parece descuidar la relación entre gravedad de la conducta y gravedad del ilícito y la oportunidad de modular la intervención, en consideración de la posibilidad de retomar la relación, una vez enmendado”³⁷⁵.

374 Trib. Milano, secc. IX 16-23 de julio de 2014, en la que, considerando el tiempo durante el cual se produjo de manera continua el daño, la gravedad y el conocimiento por parte del hijo, se cuantifica el daño en un cuarto del importe mínimo del daño por pérdida del padre como monto base de cálculo. Según GALLETTI, “Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione”, cit., 571 nota 31, en lugar de ser el monto base de cálculo debería ser el umbral máximo de este daño, pues las Tablas de Milán se refieren a la hipótesis de pérdida del padre por muerte, considerada, por el autor, más grave que la pérdida por abandono. También FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 466 señala que existe una diferencia sustancial entre la pérdida irreparable y la lesión que puede sanar, por lo que señala la arbitrariedad del uso y aplicación de las tablas, propias del daño biológico, a otras hipótesis de daño que no se pueden equiparar. En el mismo sentido, Trib. Trento, 14 de noviembre de 2016.

375 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 467.

2.4.5. Prescripción de la acción de responsabilidad civil

Quizá, la cuestión más problemática en relación con esta hipótesis de daño es la relativa al momento inicial para comenzar a computar el término de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad civil, en relación con el cual los tribunales italianos han debatido ampliamente, y no siempre con criterios homogéneos. En la jurisprudencia prevalece el criterio del *dies a quo* de la ejecutoria de la sentencia que declara la filiación, privilegiando la necesidad de ofrecer la certeza jurídica de la declaración judicial de la paternidad o, también habría que entender incluido, del reconocimiento voluntario³⁷⁶.

Sin embargo, y a pesar del consenso, existen algunos pronunciamientos que, debido a las particularidades de los casos, han intentado ofrecer criterios distintos al de la ejecutoria de la sentencia, porque se advierte que, visto que el reconocimiento puede tener lugar en cualquier momento y que la acción *ex* artículo 269 c.c.it. (declaración judicial de paternidad) es imprescriptible, ello conduce a que el tiempo inicial para contar la prescripción sea del todo incierto, contradiciendo la *ratio* de la prescripción³⁷⁷. A ello se suma que, condicionar la admisibilidad de la demanda de responsabilidad civil a la declaración de paternidad impide u obstaculiza, *de facto*, el ejercicio del derecho a accionar³⁷⁸.

Considerando las dudas, se ha dicho, en contraste con la posición mayoritaria, que “el término debe identificarse en

376 Trib. Venezia, 18 de abril de 2006; Trib. Roma, 11 de enero de 2012.

377 Cfr. GALLETI, “Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione”, cit., 574.

378 Cas. civ., 10 de abril de 2012, n.º 5652, que advierte la posibilidad de determinar la filiación *incidenter tantum*, excluyendo que se deba determinar formalmente el estado de hijo. Cfr. D. AMRAM, “Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - La responsabilità civile nelle relazioni familiari A.D. 2012”, *Danno e responsabilità* 17, n.º 8/9, 2012, 870-73.

el momento en el que el hijo obtiene la independencia económica, porque es en ese momento cuando cesa la obligación del padre de contribuir a su manutención³⁷⁹. Esta conclusión, que puede parecer eficaz y coherente con las reglas de la experiencia, fue criticada tres años después por el mismo tribunal que la había proferido, que consideró que se trataba de una posición que conduce a “admitir la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria aun prescindiendo de una sentencia de atribución judicial de la filiación”³⁸⁰. Habría que señalar que tampoco resulta compatible con la naturaleza del daño, pues la privación de la relación parental concreta también lesiones a derechos personalísimos, como el de la identidad del no reconocido y que no desaparece por el logro de la independencia económica.

De otra parte, también se ha dicho que el perjuicio no lo causa la falta de reconocimiento *per se*, sino la conducta de abandono, de la cual la falta de reconocimiento representa sólo una forma de concreción³⁸¹. A propósito de ello, la jurisprudencia hizo la consideración de que, si se tiene como legítima la pretensión indemnizatoria de un hijo reconocido y luego abandonado por el padre, no resulta igualmente legítima la demanda del hijo que, aun no siendo reconocido, haya gozado, en todo caso, de hecho, de la plena presencia afectiva del padre. Gracias a ello, concluyó que el abandono constituye un ilícito permanente, por lo que la conducta del padre se extiende en el tiempo y produce daños por cada día que pasa luego de la primera omisión, hasta cuando cese la conducta dañina; por lo que la prescripción corre “desde cada día sucesivo al daño ya verificado y al relativo derecho a la indemnización”³⁸². Esta consideración, en todo caso, puede ser discutible, pues conduce a una especie de

379 Trib. Roma, 7 de marzo de 2014; Trib. Roma 1 de abril de 2014.

380 Trib. Roma, 19 de mayo de 2017.

381 Trib. Milano, secc. IX, 23 de julio de 2014.

382 Trib. Roma, 11 de enero de 2012.

imprescriptibilidad de la acción, en desmedro del interés de certeza del derecho. Adicionalmente, tampoco considera la naturaleza del daño por el no reconocimiento y su consiguiente lesión al derecho a la identidad.

Una cuestión que llama la atención, luego de haber analizado este caso, es el reenvío que parece hacer la categoría de daño intrafamiliar por privación de la relación parental a la idea de abandono moral y material del hijo, por lo que podría considerarse la posibilidad de encuadrar la indemnización bajo la regulación del artículo 709-ter. Ciertamente el legislador tendría que resolver el problema que la incertidumbre de la filiación agrega para la determinación del momento a partir del cual comienza a contarse el término de prescripción. Eventualmente puede constituir solo una cuestión de forma, pero recoger las distintas formas de ilícito intrafamiliar en las que el hijo es víctima de la conducta negligente de los padres puede eliminar de tajo cualquier duda en relación con la admisibilidad o no de la responsabilidad civil como instrumento idóneo para reparar la lesión al interés legítimo del hijo. El fundamento común entre las distintas hipótesis de daño puede ser el que la conducta concrete una forma específica de abandono, moral o material, cuya puesta en práctica desencadene un daño injusto.

Luego de estas reflexiones se pasa al siguiente daño, para el cual resultan también útiles, pues se trata de otra problemática asociada a la filiación extramatrimonial.

2.5. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSCIENTEMENTE FALSO Y CONSIGUIENTE ABANDONO DEL RECONOCIDO

La última hipótesis de daño, que también representa un problema relacionado con la filiación, aparece con la impugnación por parte del autor del reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial hecho a sabiendas de que no existe ningún vínculo biológico. Sin embargo, como se verá,

se trata de una hipótesis compleja que puede presentar distintas variantes.

Este tipo de reconocimiento del hijo extramatrimonial ha sido llamado, de manera desafortunada, *reconocimiento por complacencia*, al menos en su traducción literal del italiano que tiene origen en la fórmula francesa *reconnaissance de complaisance*, pero que la doctrina y la jurisprudencia de lengua castellana refieren como *reconocimiento de/por complacencia*³⁸³.

El problema con esta calificación es que parece tener una cierta carga emotiva derivada del uso del vocablo *complacencia*, que comporta que el reconocimiento lo hace el padre por complacer o agradar a alguien, en este caso, a la madre y al hijo. Dicha consideración excluye que se trate de un reconocimiento puramente altruista y motivado solo por el deseo de ofrecer una relación paterna a un menor de edad, pero también puede entenderse excluido el reconocimiento que entraña motivaciones egoístas que persiguen un fraude a la ley, como el que se hace para evadir las reglas en materia de inmigración o en materia de adopción³⁸⁴. Pero, además, llamarlo así esconde de manera eufemística el hecho que está a la base de dicho reconocimiento, y que entraña su principal defecto genético: la falsedad, que una vez descu-

383 En ese sentido, *cf.* la sentencia del Tribunal Supremo de España, 15 de julio de 2016, n.º 494 /2016, Rec. 1290/2015. *Cfr. ex multis* A. S. GALLO VELÉZ, “Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español”, tesis de doctorado, Universidad de Zaragoza, 2013, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=138958> [consultado el 3 de febrero de 2018]; L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El reconocimiento de complacencia ante notario”, *Revista de Derecho Civil* 4, n.º 4, 2017, 237-64; F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2005, 1049-1114.

384 Para una crítica por la ambigüedad de la expresión “per compiacenza” *cf.* E. CARBONE, “Abuso del diritto e filiazione naturale: osservazioni sul riconoscimento di compiacenza”, *Giurisprudenza italiana*, n.º 10, 2009, 2209. Un ejemplo de falso reconocimiento con el fin de evadir las normas en materia de adopción se puede ver en Cas. civ., 23 de marzo de 2015, n.º 6136.

bierta puede dar lugar a una serie de consecuencias dañinas, especialmente para el hijo.

Pasando por alto los reparos terminológicos, de este tipo de reconocimiento emergen dos cuestiones que suscitan alguna reflexión y que se verán a continuación.

2.5.1. Interés legítimo del hijo falsamente reconocido

De una parte, con la declaración surge un interés legítimo del hijo falsamente reconocido, interés que puede resultar lesionado y, por lo mismo, debe protegerse. Bajo esta consideración, el interés del hijo en función de su posición en la relación paternofilial podría describirse en los siguientes términos:

Visto [1] que, en este caso, si de una obligación, en sentido técnico, se tratara, a este debería corresponderse una situación de ventaja activa del hijo como un derecho de crédito porque contiene una pretensión; [2] que de obligación no puede tratarse porque los padres, en consideración a ello, resultan investidos de la llamada potestad parental que se manifiesta bajo el perfil de la *cura personae*; [3] que la potestad [...] constituye una situación de contenido eminentemente discrecional; se puede admitir que el interés de los hijos menores de edad, justamente por ser jurídicamente relevante, se configura como interés legítimo³⁸⁵.

De conformidad con esto, sumado al hecho de que el reconocimiento no se puede someter a condición, que se presume la buena fe del declarante, que con el reconocimiento se establece jurídicamente la filiación y se atribuye la responsabilidad parental, para todos los efectos el hijo falsamente

385 L. BIGLIAZZI GERI, "Interesse legittimo: diritto privato", en *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 72.

reconocido se entiende que asume el *status familiae* de hijo, el cual, como se vio, no presenta diferencias con el *status* de un hijo matrimonial, no obstante las ya señaladas incoherencias en materia procesal.

La noción de interés legítimo resulta la más apropiada para describir la posición del hijo, especialmente si se consideran los trascendentales cambios en la relación paternofilial, que ya no resulta descrita como una relación de potestad, autoridad u obligación, sino como una relación de responsabilidad parental con la atribución de deberes en cabeza de los padres, lo que permite centrar la atención en los intereses del hijo y en su adecuada protección, así como en la posibilidad de hacer frente a cualquier conducta u omisión ilegítima. Justamente, en relación con la posibilidad de impedir o sancionar cualquier lesión al interés legítimo en el contexto del derecho privado³⁸⁶, esta configuración abre la puerta a la responsabilidad civil como instrumento idóneo para la reparación de dicha lesión, junto a los demás instrumentos de tutela dispuestos por el ordenamiento³⁸⁷.

En contrapartida, con el reconocimiento del hijo y, en consecuencia, con la determinación de la filiación surge una responsabilidad por *il da farsi*³⁸⁸, como una forma de con-

386 Para una reflexión general sobre la aplicación de la teoría del interés legítimo en el derecho privado *cf.* L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1964. Y más recientemente con una reflexión con distintos ejemplos a lo largo y ancho del derecho privado de situaciones que configuran supuestos de hecho de interés legítimo *cf.* BIGLIAZZI GERI, "Interesse legittimo: diritto privato", *cit.*

387 "La responsabilidad aquiliana tiene la función de reparar el 'daño injusto', entendiéndose como tal el daño que el ordenamiento no puede tolerar que quede a cargo de la víctima, sino que se transfiere al autor del hecho, en cuanto lesivo de derechos subjetivos o de intereses legítimos. En consecuencia, la lesión de un interés legítimo, al igual que aquella de un derecho subjetivo, o de otro interés (no de solo hecho sino) jurídicamente relevante, puede ser fuente de responsabilidad aquiliana y dar lugar a la indemnización del daño": Secc. Unidas, 22 de julio de 1999, n.º 500.

388 La expresión es de H. JONAS, *Il principio responsabilità: un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 2014, 49.

creción de la *responsabilidad por el hecho de la concepción* que “grava” el rol parental y se traduce en una responsabilidad “irrevocable, no negociable, global, única en su naturaleza por cuanto incondicional y altruista”³⁸⁹. Cabe hablar de este tipo de responsabilidad, entendida como ya se describió, esto es, como responsabilidad por la concepción, pues en este caso el origen de la relación paternofamiliar se puede identificar en la decisión de reconocer como propio al hijo extramatrimonial, decisión que se presume libre, autónoma y responsable; en otras palabras, la relación tiene inicio gracias a la “concepción” del proyecto de vida en común en calidad de padre y a la puesta en marcha de una serie de conductas idóneas para reputarlo padre del reconocido.

Con ello se quiere destacar que, si bien la falsa declaración es reprochable, justamente por falsa, por fraudulenta, por contraria a la ley, ello no excluye *per se* la vinculatoriedad de la relación de filiación, es decir, la decisión de declarar a un hijo como propio, aun a sabiendas de que no lo es, es un acto jurídico equivalente al hecho de haberlo procreado. El reconocimiento, como se vio, permite atribuir con certeza la responsabilidad parental, por lo que surgen para el padre todos los deberes inherentes a ella, y cualquier incumplimiento resulta injustificado y desleal.

En ese sentido, el hijo, en cuanto tal, es destinatario de una completa protección de sus intereses y necesidades, por lo que no debería tener que padecer consecuencias negativas por el arrepentimiento del supuesto padre, al menos si se traduce en una pretensión de impugnación de

389 FAVILLI, “Responsabilità e diritto di famiglia”, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Giuffrè, 2017, 794-811. Para profundizar sobre la función moralizadora de la responsabilidad por la procreación, se reenvía a S. KAMPOWSKI, *A Greater Freedom: Biotechnology, Love, and Human Destiny (In Dialogue with Hans Jonas and Jürgen Habermas)*, Cambridge, The Lutterworth Press, 2014; LENMAN, “Compatibilism and Contractualism...”, cit.; MELLE, “Responsibility and the Crisis of Technological Civilization”, cit.

la paternidad por “defecto de veracidad” por fuera de los términos previstos por la ley, es decir, de un año luego de la anotación en el registro civil (art. 263 c.c.it.).

El problema que aquí se propone entonces no es tanto la reprochabilidad de la falsa declaración cuanto la pretensión de impugnarla con fundamento en el deseo de privilegiar el *favor veritatis*, queriendo corregir la falsedad del reconocimiento inicial; de allí que, para la prosperidad de la acción, debería exigirse que quien ha reconocido demuestre que actuó de buena fe, por ejemplo, que se encontraba en un estado de error cuando hizo la falsa declaración; aunque en realidad, como se verá adelante, la norma correspondiente no hace ninguna referencia a la calificación de la conducta del falso padre, por lo que no condiciona la prosperidad de la impugnación a su buena fe.

De este modo, el ordenamiento parece patrocinar una deslealtad, pues normalmente la impugnación por parte del autor del reconocimiento se persigue después de la separación conyugal, con el objetivo de obtener la eliminación del apellido del padre y, sobre todo, de sustraerse al cumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, especialmente aquellos que implican un empeño económico. Mientras que es distinta la situación en la que quien propone la impugnación es un tercero, quien con frecuencia actúa por un interés puramente económico³⁹⁰, aunque no porque sea promovida por un tercero se excluye necesariamente la existencia de un daño extrapatrimonial por haber descubierto el falso reconocimiento.

Este caso revela un problema para el ordenamiento en relación con la configuración de respuestas a conductas que se pueden calificar como incorrectas o desleales, cuya solución puede encontrar un punto de referencia en la buena fe que debe gobernar las relaciones jurídicas, pero que en

390 Por ejemplo, Trib. Napoli, 11 de abril de 2013.

este caso involucra un comportamiento incorrecto de los padres. La gravedad de la conducta no se mide solo por el hecho de que quien defraude la buena fe sea el titular de la responsabilidad parental, sino porque tiene implicaciones particularmente graves, considerando que el estado civil del hijo se determinó con fundamento en información falsa, es decir, este construyó su identidad y desarrolló la propia personalidad a partir de una mentira. Agregándose el problema de que, si es el padre quien promueve la impugnación de la paternidad, con independencia de los motivos, el hijo se ve rechazado por quien tenía como padre y, eventualmente, privado de la relación con el verdadero padre.

Bajo esta premisa, ¿cómo responde el ordenamiento?, ¿cuáles son los principios que prevalecen?

2.5.2. El reconocimiento conscientemente falso del hijo y su relevancia penal

En primer lugar, la conducta del falso reconocimiento asume relevancia penal y puede dar lugar a distintos delitos (tabla 5).

Como se ve, aunque se trate de una hipótesis distinta, la respuesta del derecho penal es la misma, con los mismos vacíos ya señalados en relación con el incumplimiento de los deberes parentales: ¿cómo puede la pena de prisión reparar el daño por el sufrimiento que produce en el hijo haber descubierto que quien tuvo como padre no es tal? De ninguna manera; nuevamente el derecho penal se revela inadecuado para remediar el daño del padre al hijo, especialmente si se piensa que, pese al descubrimiento de la verdad, el hijo probablemente creó lazos afectivos con el falso padre, por lo que no es descabellado pensar que la posibilidad de verlo en prisión lo ponga en una posición aún más penosa.

Ciertamente no se pretende desconocer las posibles virtudes del derecho penal, pero en ámbitos como estos cabe pensar en otro tipo de soluciones, más armónicas con el carácter personalísimo de los derechos violados que parece

ignorar la norma penal; por ejemplo, no puede dejar de notarse su espíritu comunitario al considerar esta conducta como violatoria de los bienes jurídicos de la fe pública y de la familia, haciendo caso omiso al hecho de que el efecto más dañino de la falsedad recae sobre quien ve falseado su estado civil y su identidad, con indiscutibles consecuencias, también de orden patrimonial, en sus relaciones afectivas. Este vacío, en todo caso, resulta útil al propósito de justificar la procedibilidad de la acción civil que sí se puede concentrar en remediar la lesión del hijo.

TABLA 5. REMEDIOS DEL DERECHO PENAL ITALIANO
AL FALSO RECONOCIMIENTO³⁹¹

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Medida
Delitos contra la fe pública	Falsedad ideológica cometida por un privado en un documento público	Art. 483 c.p.	Prisión de hasta veinticuatro (24) meses Cuando se trate de actos del estado civil, la reclusión no puede ser de menos de tres (3) meses
	Falsa declaración a un servidor público sobre la identidad o las cualidades personales propias o de otros	Art. 495 c.p.	Prisión de doce (12) a setenta y dos (72) meses Cuando se trate de actos del estado civil, la reclusión no puede ser inferior a veinticuatro (24) meses
Delitos contra la familia	Alteración del estado civil	Art. 567 c.p.	Prisión de treinta y seis (36) a ciento veinte (120) meses ³⁹¹

Fuente: elaboración propia.

391 Con sentencia Corte Const., 21 de septiembre - 10 de noviembre de 2016, n.º 236, se declaró la inconstitucionalidad de la pena especial impuesta para la alteración mediante falsas certificaciones o declaraciones de 60 a 180 meses, frente a la pena relacionada en la tabla, inicialmente impuesta a la alteración mediante la sustitución de un neonato.

2.5.3. La impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad y la contradicción sistemática que entraña

A diferencia de los otros daños aquí estudiados, el derecho de familia no ofrece respuestas precisas que conduzcan a una efectiva reparación o que se concentren en satisfacer el interés de la víctima. El hecho es que el código civil establece una acción de impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad, lo que de golpe señala una situación *sui generis* y no libre de confusiones, por cuanto se prevé la posibilidad de que el reconocimiento no corresponda a la verdad y de impugnarlo por esa razón, en contradicción aparente con la prohibición que se deriva de la sanción penal.

Ciertamente, el falso reconocimiento puede tener lugar bien porque el supuesto padre actúe con la convicción de ser el padre o bien con la certeza de que no es el padre. Pero son dos cuestiones muy distintas, pues en el primer caso quien reconoce actúa de buena fe o en estado de error, con lo cual el descubrimiento de la verdad puede provocar el daño por la *falsa representación de la paternidad*, una de cuyas víctimas es el padre. Siendo también el padre una víctima directa, se excluye de este análisis, pero ciertamente, basada en los mismos principios, se trata de una conducta relevante en materia de responsabilidad civil³⁹². De allí la relevancia de la buena fe, que podría permitir la exclusión de la respon-

392 Al respecto, Trib. Ap. Milano, 12 de abril de 2006; Trib. S. Angelo dei Lombardi, 26 de enero de 2011; Cas. Civ., Secc. VI, 17 de enero de 2012, n.º 610; Trib. Bologna, 16 de diciembre de 2014; Trib. Firenze, 2 de febrero de 2015; Trib. Torino, 24 de abril de 2018, n.º 2000, esta última caracteriza el daño como lesión al derecho de autodeterminación del propio rol de padre. Cfr. D. AMRAM, “*Mater semper certa est, pater nunquam*” e il danno da falsa rappresentazione della paternità”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 31, n.º 8, 2015, 698-706; G. FACCI, “L’illecito endofamiliare tra danno *in re ipsa* e risarcimenti ultramilionari”, *Famiglia e diritto* 5, 2006, 515-22.

sabilidad civil del padre y, en consecuencia, considerarlo una víctima del daño causado con la actuación negligente o de mala fe de la madre, bajo el entendido de que se pruebe.

En el segundo caso, en cambio, resulta claro que el supuesto padre actúa de mala fe, pues es consciente de la inexistencia del lazo biológico. Teniendo en cuenta que, en principio, el ordenamiento jurídico permite el falso reconocimiento, el problema que aquí se plantea surge en un momento posterior, es decir, cuando el hijo descubre la verdad; o cuando el padre, con fundamento en la falsedad del reconocimiento, pretende incumplir los deberes parentales; o cuando el padre, el hijo o un tercero impugnan el reconocimiento espurio. En cualquiera de estas hipótesis existe la posibilidad de que se hayan causado daños al hijo, sin que la regulación de la acción de impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad permita relevar reglas para la reparación del daño o distinga entre las actuaciones de buena y de mala fe.

Una primera explicación a la existencia de esta acción sin que se exija la buena fe del declarante para que pueda proceder la impugnación se puede encontrar en la *Relación del Ministro de la Justicia Grandi al Código Civil del 1942*, con la cual se presentaba la exposición de motivos del Código, que advertía que

Fue propuesto que se admitiera la impugnación por defecto de veracidad por parte del autor del reconocimiento solo en la hipótesis en la cual haya actuado de buena fe. Pero una limitación en ese sentido, aunque se resuelva como una especie de sanción en contra del declarante de mala fe, habría violado el principio superior según el cual toda falsa apariencia de estado debe caer independientemente del comportamiento subjetivo de quien haya hecho el reconocimiento. Por lo demás, bajo el imperio del viejo código, la doctrina prevalente ha conside-

rado que el reconocimiento mendaz no sea un obstáculo a la impugnación por parte del autor³⁹³.

De esta reflexión se puede ver el carácter absoluto que tradicionalmente se ha otorgado al principio de favorecer la verdad biológica, con aparente total indiferencia por el interés del hijo o por la valoración subjetiva de la conducta, lo que enmascara un patrocinio velado del reconocimiento conscientemente falso³⁹⁴. En verdad el desinterés por la primacía de los intereses del hijo es hoy una tendencia superada, pero explica y refuerza el espíritu de inmunidad que rodeó la posibilidad de impugnación del reconocimiento conscientemente falso; mientras que aún se discute sobre la relevancia o no de la buena fe de la conducta, con consecuencias trascendentales en materia de reparación del daño.

Las nuevas tendencias en el derecho con referencia a la relación paterno-filial condujeron a limitar la posibilidad de impugnar el reconocimiento por defecto de veracidad, sobre todo, mediante la imposición de términos de prescripción de corta duración. La acción está regulada en el artículo

393 Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, vol. XXI, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, 37. En la jurisprudencia *cfr.* Cas. civ., 16 de julio de 1956, n.º 2721; Corte Const., 2 de mayo de 1985, n.º 134; Corte Const., 30 de diciembre de 1987, n.º 625; Corte Const., 18 de abril de 1991, n.º 158; Cas. civ., 24 de mayo de 1991, n.º 5886; Corte Const., 22 de abril de 1997, n.º 112; Cas. civ., 15 de abril de 2005, n.º 7924; Corte Const., 12 de enero de 2012, n.º 7.

394 Ya desde mucho antes de que se formulara el problema de la reparación del daño por la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad, F. D. BUSNELLI, "La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2, 1959, 1262, criticaba la falta de consideración de la buena fe, pues "una norma jurídica no puede servir a revestir de legalidad una posibilidad aberrante, como aquella que directamente descendería de admitir, a quien reconoce en mala fe, impugnar el reconocimiento por defecto de veracidad", derivado también de la certeza de que se puede reconocer a un hijo en mala fe para luego anular dicho reconocimiento.

263 c.c.it., como modificado luego de la ya tanto mentada reforma a la filiación, según el cual

El reconocimiento puede ser impugnado por defecto de veracidad del autor del reconocimiento, por quien fue reconocido y por cualquier otra persona que tenga interés.

La acción es imprescriptible en relación con el hijo.

La acción de impugnación por parte del autor del reconocimiento debe proponerse dentro del año siguiente al día de la anotación del reconocimiento en el registro civil. Si el autor del reconocimiento prueba que ignoraba la propia impotencia durante el tiempo de la concepción, el término corre desde el día en que tuvo conocimiento de ella; en el mismo término, la madre que haya hecho el reconocimiento puede probar que ignoraba la impotencia del presunto padre. En todo caso, la acción no puede proponerse después de cinco años de haberse anotado el reconocimiento.

La acción de impugnación por parte de los demás legitimados debe proponerse en el término de cinco años, que corren desde el día de la anotación del reconocimiento en el registro civil³⁹⁵.

La redacción de la norma es bastante transparente y no deja lugar a mayores dudas en relación con los principios que recoge, pues, si bien encarna una manera de garantizar el principio de *favor veritatis*, el hecho de que se consagre la imprescriptibilidad de la acción del hijo, pero se determine un tiempo de prescripción de la acción para los demás in-

395 Termina el artículo reenviando al artículo 245 c.c.it. relativo a la suspensión del término de prescripción por interdicción. Para un análisis sistemático de la acción *cf.* G. CHIAPPETTA, "L'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (artt. 263, 264 e 267)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 496-537; DOSSETTI, MORETTI, y MORETTI, *La nuova filiazione*, cit., 291-330.

teresados³⁹⁶, comporta relativizar el privilegio de conocer y establecer la verdad biológica de conformidad con el interés legítimo y la prohibición de dañarlo³⁹⁷. En consecuencia, el artículo se encuadra en el espíritu de la reforma del derecho de familia: el eje de protección es el interés superior del hijo.

Por su parte, el término de prescripción particularmente corto de la acción en cabeza del supuesto padre y, en todo caso, la determinación de un término de prescripción de la acción en cabeza de terceros (que antes no existía) conduce a pensar que el ordenamiento parece garantizar la tutela de los lazos que se pueden crear entre el supuesto padre y el hijo, de manera que un lapso más largo promovería la creación de vínculos afectivos que, de acogerse la impugnación, se verían afectados con claro perjuicio para el bienestar del hijo. Adicionalmente, una prescripción corta puede ser útil para prevenir comportamientos desleales por parte del padre (que puedan causar un daño injusto), en caso de que haya reconocido a sabiendas de la falsedad del reconocimiento³⁹⁸, lo que no quiere decir que la pretensión de impugnación dentro del término legal no pueda provocar daños.

El problema tiene que ver con el hecho de que se pretenda una impugnación con fundamento en que el reconocimiento no corresponde a la verdad, habiendo conocido ello desde un principio. De este modo, emerge una posible hipótesis de violación de la regla *venire contra factum proprium non valet* y, por ende, de la buena fe, con lesión del interés legítimo del hijo. Esta, por supuesto, es una perspectiva de análisis que considera las reflexiones aquí señaladas, pero que no

396 Términos introducidos en la reforma del 2013, pues antes se trataba de una acción imprescriptible para cualquiera.

397 Cfr. Trib. Napoli, 11 de abril de 2013.

398 De hecho, la Casación civil ha afirmado que la previsión de un término de prescripción constituye una aplicación del principio *neminem laedere*: Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

se ve reflejada de manera concreta en la redacción de la norma, sin que resulten claros los motivos por los cuales el legislador italiano ignoró la elaboración, no tanto difundida en doctrina y jurisprudencia, pero sí autorizada, que señalaba la posibilidad de consagrar la buena fe como un requisito para la prosperidad de la impugnación, o mejor, la relevancia de la mala fe para excluir la legitimidad para impugnar³⁹⁹.

Una cuestión que se acerca a la idea de valoración subjetiva de la conducta es la previsión sobre el desconocimiento de la impotencia al momento de la concepción, que parece desafortunada porque no resulta claro por qué considera esa como única hipótesis y no otras en las que, en todo caso, haya habido una actuación de buena fe que haya puesto a quien reconoció en una posición de error.

Además, se trata de una disposición que contradice la pretensión de certeza que buscaba la reforma, pues, aunque se mantenga el término de un año, que se condicione a que el supuesto padre conozca la impotencia, ni siquiera actual sino al momento de la concepción, en concreto se traduce en una situación de suspenso permanente frente a la posibilidad de que en cualquier momento se impugne la paternidad. En últimas, es una forma de imprescriptibilidad enmascarada, al menos durante los cinco años que la norma establece como límite.

399 Cfr. Cas. civ., 24 de mayo de 1991, n.º 5886; Trib. Roma, 17 de octubre de 2012; BUSNELLI, "La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali", cit.; BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. La famiglia, cit., 397-98. Pero durante mucho tiempo la jurisprudencia consideró admisible la impugnación por parte del autor, señalando la primacía del *favor veritatis*, cfr. *ex multis* Trib. Parma, 19 de mayo de 1999; Trib. Monza, secc. IV, 13 de julio de 2006; Trib. Genova, 26 de abril de 2012. Con posterioridad, se pronunció Cas. civ., 26 de marzo de 2015, n.º 6136, para condenar el reconocimiento conscientemente falso como una forma de "adopción enmascarada y fraudulenta".

Considerado ello, se confirma la utilidad de la buena fe como un criterio de valoración *ex post* de la conducta de quien reconoce, buena fe que debe ser objetiva y, por ende, probada en el proceso.

2.5.4. La buena fe como criterio de valoración de la conducta de quien reconoce

Admitir la utilidad y necesidad de acudir a la buena fe como criterio de valoración *ex post* de la conducta de quien reconoce y requisito necesario para la prosperidad de la acción de impugnación, y así valorar la posición de las partes en un proceso de impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad, puede producir dos consecuencias distintas:

De una parte, que se refiere a la prosperidad o no de la acción de impugnación. De este modo, si la acción la persigue el falso padre, puede ocurrir que no esté legitimado, caso en el cual se puede ver enfrentado a las excepciones de falta de legitimación o de prescripción. De otra parte, si está legitimado, la pretensión puede ser controvertida mediante la aplicación de la regla de *venire contra factum proprium non valet* y, en consecuencia, del principio de buena fe en las relaciones jurídicas que exige un comportamiento correcto y leal por parte de los sujetos⁴⁰⁰. Ello porque

400 En ese sentido, Trib. Napoli, 28 de abril de 2000; Trib. Civitavecchia, 19 de diciembre de 2008 y Trib. Civitavecchia, 23 de febrero de 2009, que también se refiere a una hipótesis de abuso del derecho a impugnar la paternidad. De igual manera, *cfr.* Cas. civ. 18 de septiembre de 2009, n.º 20106, que señala que el reproche se basa en la prohibición de abuso del derecho, pero también en el deber de buena fe objetiva y lealtad; en Trib. Roma, 17 de octubre de 2012, se concluye en el mismo sentido, acompañando los fundamentos de derecho en el derecho internacional y las normas de protección de los intereses de los niños. Con la reducción de los términos de prescripción pierde relevancia la consideración del abuso del derecho. *Cfr.* CARBONE, "Abuso del diritto e filiazione naturale...", cit. M. DI NARDO, "Venire contra factum proprium: applicabilità del principio in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *Giurisprudenza di merito* 42, n.º 1,

el recurso a las nociones de la solidaridad, de la confianza y de la lealtad en las relaciones familiares valen [...] a revelar el carácter especioso, por ende, inadmisibles y la relativa indignidad de los intereses [que nada tienen que ver con la relación de filiación] que buscan realizarse mediante el ejercicio de la acción judicial [...] instrumentalizando, de forma evidentemente subrepticia, el mero dato de la deformidad entre lo que es biológicamente verdadero y lo que es jurídicamente coactivo⁴⁰¹.

Esta configuración comporta una aplicación de la buena fe en las relaciones familiares, gracias a la cual se impone un deber de comportamiento, cuya violación resulta lesiva y, en consecuencia, constituye “la fuente de la obligación de *praestare* el equivalente de la falta de cumplimiento específico”⁴⁰², que se traduce en el cumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental. Dicha solución es coherente con el principio de interés del menor; sin embargo, no se puede ignorar que es una solución que contradice de manera flagrante el principio de *favor veritatis*, por lo que corresponde al juez una ponderación en la solución del caso.

2010, 1250-68. F. GALGANO, “Azioni di stato e abuso del diritto”, *Contratto e impresa* 26, n.º 3, 2010, 547-51. P. RESCIGNO, “*In pari causa turpitudinis*”, *Rivista di diritto civile* 12, 1966, 10.

- 401 Trib. Civitavecchia, 19 de diciembre de 2008. En el mismo sentido ya se había pronunciado Cas. civ., 16 de marzo de 1999, n.º 2315, que luego sirvió de fuente para la Ley 40, en su redacción original, según la cual, estando vigente la prohibición de la fecundación heteróloga, el sujeto que, no obstante ello, diera su consentimiento para practicarla, no podía ejercitar la acción de desconocimiento. Cfr. M. G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, 239 ss. A. THIENE, “Figli, finzioni e responsabilità civile”, *Famiglia e diritto*, n.º 3, 2016, 243.
- 402 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 270. La autora describe la buena fe (*rectius* lealtad y corrección) bajo dos perspectivas: (i) una estática, la buena fe como deber de comportamiento; (ii) una dinámica, para efectos indemnizatorios, que permite “ponderar, en el caso concreto y *post facto*, entre el interés perseguido por el autor del daño y aquel cuya lesión acusa la víctima”.

Si se admite la aplicación de la buena fe, la pretensión de impugnación de la paternidad en caso de que haya habido un falso reconocimiento tendría otra consecuencia de tipo indemnizatorio, derivada de la lesión del interés legítimo del reconocido, y que se traduce en la falsedad de la declaración y el rechazo posterior, y que se agrava por la prolongación en el tiempo del falso *status familiae*⁴⁰³, pues “la identidad, como todos los derechos de la personalidad, se refuerza y consolida con el paso del tiempo. Por lo tanto, mayor es el lapso que pasa entre el reconocimiento y la impugnación por defecto de veracidad, mayor será la lesión al derecho a la identidad”⁴⁰⁴.

2.5.5. Configuración de la responsabilidad civil por el falso y consciente reconocimiento del hijo extramatrimonial

Dar cabida a la responsabilidad civil en este caso impone una serie de desafíos para el derecho civil y de familia que no encuentran una respuesta unívoca, pero que han sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, cabe preguntarse ¿cuáles daños se causan e indemnizan?, ¿cuál es el fundamento de imputación?, ¿en qué hecho se basa: en el falso reconocimiento, en la pretensión de impugnación o en otros?

En este punto, no se pretende hacer una presentación exhaustiva de la evolución jurisprudencial de la indemnización de este daño, sino más bien exponer lo que podría tenerse como el estado de la cuestión, señalando los elementos que puedan resultar útiles a efectos de la comparación final, entre otras cosas, porque este es un caso que dio lugar a mucha discusión en doctrina y jurisprudencia pero que

403 GAUDINO, “Riconoscimento del figlio ‘per compiacenza’...”, cit., 196.

404 Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

con la imposición de la prescripción de corto tiempo con la reforma del 2013, en teoría tendería a desaparecer. De lo contrario, y considerando que en materia de responsabilidad civil y de daño extrapatrimonial la doctrina italiana no ha ahorrado esfuerzos de reflexión, se corre el riesgo de perder de vista el problema central.

Así pues, en el caso del reconocimiento por defecto de veracidad se precisa que el daño se podría padecer por el solo hecho de haber descubierto la falsedad del reconocimiento, aún sin haber interpuesto la demanda de impugnación, por lo que la acción de responsabilidad civil es autónoma en relación con la de impugnación⁴⁰⁵. Bajo esa misma premisa, la responsabilidad no podría prosperar si el vínculo entre el falso padre y el hijo es tan fuerte, que descubrir la verdad no implique dolor o sufrimiento traducible en un daño injusto, sin que importe quién ejercite la acción de impugnación. En todo caso, no cabe duda de que se trata de una conducta que puede causar daños extrapatrimoniales⁴⁰⁶, aunque hay quien señala la posibilidad de que se proyecte también en la esfera patrimonial, bien por cuenta de los cambios en la situación económica del hijo⁴⁰⁷ o bien por las pérdidas en relación con las expectativas sucesorales⁴⁰⁸.

Pero ¿cómo se concretan esos daños extrapatrimoniales? Siguiendo la jurisprudencia y la doctrina, se ha identificado, como consecuencia directa de la prosperidad de la impugnación, una lesión al derecho a la identidad personal, a la

405 Cfr. Gaudino, "Riconoscimento del figlio 'per compiacenza'...", cit., 201.

406 Indemnizables, entre otras cosas, ex artículo 2359 justamente por la configuración de un delito. Cfr. Trib. Torino, 31 de marzo de 1992; Trib. Ap. Milano, 17 de junio de 2005.

407 F. FESTI, "Riconoscimento consapevolmente non veritiero di figlio nato fuori dal matrimonio e ripensamento", *Corriere Giuridico* 30, n.º 3, 2013, 348; CAGGIANO, *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, cit., 79 ss.

408 Cfr. G. PALAZZOLO, "Verità dello status e verità degli affetti tra sanzione penale e risarcimento del danno", *Vita notarile* 64, n.º 3, 2012, 1503-8.

dignidad y al estado civil de quien fue reconocido, así como a la serenidad familiar⁴⁰⁹. Adicionalmente, se reconoce la provocación de dolor por el descubrimiento de la verdad, que implica que la relación paternofilial, al menos desde el punto de vista biológico, no existe, haciendo incierta la propia identidad, con efectos nocivos para las relaciones familiares y personales por la pérdida del sentido de pertenencia a un grupo familiar, y dificultades de adaptación social⁴¹⁰; pero también puede provocar humillaciones o burlas en el contexto escolar para el hijo, sumado a la dificultad derivada de un eventual cambio de apellidos en el registro civil. Eventual, porque puede no ocurrir, de hecho, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a mantener el apellido usado durante años, si gracias a ello se ha convertido en un elemento distintivo de la identidad personal⁴¹¹.

A ello se suma una consecuencia derivada exclusivamente de la impugnación o de pretenderla, antes que de la falsedad: el rechazo afectivo de parte de quien se ha considerado como padre. Si, en cambio, se trata de una situación en la que no se propone la impugnación o, en todo caso, no prospera por el cumplimiento de la prescripción, la conducta de rechazo afectivo o incluso de incumplimiento de cualquiera de los deberes inherentes a la responsabilidad parental puede producir un daño extrapatrimonial que tendrá que ser indemnizado *ex art. 709-ter c.p.c.it.*

Por último, cabe señalar que, de prosperar la acción de impugnación, se priva al hijo, de hecho, de la relación parental, o al menos la compromete, presupuesto que se puede

409 Derecho que en la jurisprudencia se ha amparado bajo la categoría del daño biológico y, luego, del daño existencial. *Cfr.* Trib. Venezia, 13 de diciembre de 2004; Trib. Roma, 3 de enero de 2004; Trib. Como, 12 de octubre de 2001; Trib. Milano, 16 de mayo de 1988.

410 *Cfr.* Trib. Torino, 31 de marzo de 1992; Trib. Ap. Milano, 17 de junio de 2005; Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

411 Corte Const., 3 de febrero de 1994, n.º 13; Trib. Ap. Palermo, 7 de marzo de 1995; Corte Const., 24 de junio de 2002; Trib. Bologna, 27 de julio de 2006.

indemnizar como daño autónomo⁴¹². Pero, al margen de la relevancia para la responsabilidad civil, no puede dejar de anotarse que esta es quizá una de las contradicciones que mayor perplejidad producen en este caso, por el hecho de que el ordenamiento permita la impugnación por defecto de veracidad aun en caso de que su autor sepa con certeza que no es el padre, es decir, que actúe de mala fe. Se trata de una excepción de proporciones mayores a la responsabilidad parental que no parece estar justificada por la defensa extrema del *favor veritatis*, por lo que no se entiende cuál sea el fundamento constitucional para mantenerla, no obstante en ningún otro caso sea posible una pretensión de sustraerse a la responsabilidad parental y, en cambio, se prohíba de manera expresa en otras hipótesis, como la de quien da el consentimiento a la fecundación heteróloga, sin que, de golpe, se vean diferencias sustanciales entre dicho consentimiento y la decisión de reconocer a un hijo como propio a sabiendas de que no lo es.

Todos los daños que se reclamen, así como el *quantum* para su liquidación, se pueden probar mediante indicios, con lo que se aligera la carga de la prueba para la víctima⁴¹³. Por su parte, el juez, como se vio para el caso del daño por privación de la relación parental, debe liquidar el daño acudiendo a la equidad, para lo cual, también se ha recurrido al daño por la pérdida de la relación parental⁴¹⁴.

En función de estas reflexiones, no cabe duda de la configuración de una lesión susceptible de ser indemnizada. Ahora bien, en relación con el fundamento de imputación de la responsabilidad es necesario identificar cuál es el hecho

412 Cfr. *ex multis* Trib. Milano, 21 de febrero de 2007; Trib. Modena, 21 de mayo de 2008.

413 Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

414 Trib. Ap. Milano, 22 de mayo de 2013 y depositada el 10 de septiembre de 2013, luego confirmada por Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222.

constitutivo del perjuicio, pero no parece posible ofrecer una respuesta unívoca:

Decir que es el falso reconocimiento, sumado al hecho de que el legislador ignora la relevancia de la buena fe para calificar la conducta, conduciría a predicar la responsabilidad civil de cualquier hipótesis, aun aquellas en las que el padre se encuentre en error; en contrapartida, permitiría identificar el daño pese a que sea un tercero quien proponga la impugnación⁴¹⁵. Considerar solo el falso reconocimiento implica admitir un tipo de daño, que se traduce en una violación de la identidad biológica.

Otra posibilidad puede ser la impugnación del reconocimiento por parte de su autor⁴¹⁶. Sin embargo, pese a la evidente intención de sancionar la mala fe del autor del reconocimiento, se trata de una solución que no parece de recibo, pues, como ya se dijo, la acción de responsabilidad civil es autónoma, pero, aunque así no fuera, no se puede ignorar que los daños se podrían derivar por el solo hecho de haber descubierto la verdad, lo que ciertamente ocurrirá aun si la impugnación la propone un tercero, caso en el cual, de admitir que la fuente del daño radica en la pretensión del autor del reconocimiento de impugnarlo, se corre el riesgo de excluir la responsabilidad cuando la impugnación la proponga un tercero o el hijo mismo. Atribuir la responsabilidad con fundamento en la pretensión de impugnación por parte de su autor comporta reconocer un daño distinto, pues se trata de una aniquilación de la identidad que se construyó a lo largo del tiempo; pero hay que tener en cuenta que la reducción de los tiempos de prescripción tendría que conducir a una reducción de

415 P. UBALDI, "Il riconoscimento del figlio naturale", en G. Collura, L. Lenti, y M. Mantovani (eds.), Zatti (dir.), *Filiazione*, Trattato di diritto di famiglia, Milano, Giuffrè, 2012, 364.

416 L. ATTADEMO, "Mala fede nel riconoscimento del figlio naturale e possibilità di impugnazione ex art. 263 c.c.", *Il corriere del merito* 9, n.º 2, 2013, 159.

demandas de impugnación, por lo que tampoco desde un punto de vista práctico resulta admisible esta posibilidad.

Cabe entonces preguntarse qué ocurre si quien propone la impugnación es un tercero interesado o el reconocido. Además de las reglas en materia de prescripción descritas por el artículo 263 c.c.it., habría que considerar los motivos para impugnar el reconocimiento, y si tienen la potencialidad para destruir la relación de filiación.

En el caso del hijo, se puede presumir que ejercitar esta acción implica una confluencia entre el interés público de *favor veritatis*, esto es, de la certeza del estado civil, y su propio interés. Podría especularse que el interés del hijo puede consistir en el deseo de obtener la consolidación de la relación de filiación con el verdadero padre, por razones de tipo afectivo o económico; o en el deseo de romper todo vínculo con el falso padre por la intolerabilidad de la relación una vez descubierta la verdad o simplemente porque, no obstante haberlo reconocido, fue un padre ausente que no cumplió con sus deberes legales. En el primer caso podrían no haberse causado daños; en el segundo, sí.

Por su parte, y de conformidad con la jurisprudencia, normalmente los terceros actúan por motivos e intereses puramente económicos; sin embargo, tampoco en este caso se excluye la posibilidad de que el falso padre se haya comportado de manera desleal y, en consecuencia, haya provocado daños al reconocido.

Visto esto, aparece claro que la impugnación del reconocimiento por sí sola no puede tenerse como el hecho dañino, aquel que permite atribuir la responsabilidad. En cambio, lo que sí parece común a todos los posibles escenarios tiene que ver con la premisa del reconocimiento conscientemente falso y un comportamiento incorrecto posterior frente al hijo, consistente en el repudio o abandono moral y material. Por lo que podría pensarse en una suma de presupuestos: el falso reconocimiento unido a una conducta posterior de

rechazo del hijo sea que se concrete o no en una impugnación de la paternidad propuesta por cualquier persona.

Dicho repudio constituye un comportamiento de mala fe y sancionarlo, con independencia de quien proponga la impugnación, mediante la indemnización del daño extrapatrimonial implica realizar el principio de autorresponsabilidad⁴¹⁷ y, en consecuencia, dotar de contenido la responsabilidad por el hecho de la concepción, sobre todo porque su violación da cuenta de una relación deteriorada cuya armonía probablemente ya no existe⁴¹⁸. Hay que considerar por ejemplo que la jurisprudencia da cuenta de que normalmente la impugnación se pretende, con independencia de que prospere o no, luego de que se ha concretado la crisis de la pareja, con la intención de “deshacerse” de la prole, por lo que se excluye que exista daño allí donde el reconocimiento se haya hecho con la “voluntad de acoger como propio el hijo de una persona amada, y con la plena intención de asumir definitivamente todas las responsabilidades que ello comporta: intención luego confirmada gracias a la construcción de una relación armoniosa con el hijo”⁴¹⁹.

Dicho esto, sin lugar a duda, el fundamento de imputación es la culpa⁴²⁰, concretada en la negligencia que comporta la falsa declaración, con independencia de los

417 Al que se refieren Trib. Civitavecchia, 19 de diciembre de 2008; Trib. Roma, 17 de octubre de 2012 y Trib. Firenze, 30 de julio de 2015, que declaran la falta de legitimidad del tercero para impugnar la declaración falsa de paternidad, motivado por intereses oportunistas, por cuanto dicha intervención lesiona las relaciones familiares ya consolidadas. Cfr. CORDIANO, *Il principio di autoreponsabilità nei rapporti familiari*, cit., 113; GAUDINO, “Riconoscimento del figlio ‘per compiacenza’...”, cit., 203; y M. G. STANZIONE, “Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza”, *La nuova giurisprudenza civile commentata* 29, n.º 4, 2013, 352-58.

418 FESTI, “Riconoscimento consapevolmente non veritiero di figlio nato fuori dal matrimonio e ripensamento”, cit., 348.

419 GAUDINO, “Riconoscimento del figlio ‘per compiacenza’...”, cit., 203.

420 Trib. Torino, 31 de marzo de 1992 habla de dolo.

motivos, pues aun en el contexto más altruista, el de la complacencia, este constituye una elusión de las normas de adopción⁴²¹; sumado al abandono moral y material del hijo con fundamento en que no existe el vínculo biológico. De allí que para atribuir la responsabilidad sea necesario examinar, en el caso concreto, todas las circunstancias relevantes y los motivos para valorar la conducta del falso padre desde el momento del reconocimiento⁴²².

Estas reflexiones, y este caso, ponen al ordenamiento frente a una encrucijada, cuestionan el carácter absoluto de principios que por mucho tiempo fungieron como piedra angular de la filiación, pero que, en virtud de los cambios en la realidad social, se transformaron en ladrillos de una construcción mucho más compleja y rica de elementos.

De la mano de los desafíos que provienen de las técnicas de reproducción humana asistida, aquellos propuestos por los casos de "parentalidad social" o de ejercicio del rol parental sin un clásico fundamento jurídico confirman que la filiación puede tener origen, además que en el dato biológico o en la adopción, también en el consentimiento al ejercicio de la paternidad, o en comportamientos que, a la manera de la conducta concluyente en los contratos, vinculan a su autor, especialmente si, con ellos, se crea una confianza legítima en el hijo, que prohíbe al padre aparente actuar en contravención a su propia conducta y en perjuicio del hijo. Esta relevancia del consentimiento para la constitución de la relación de filiación fue descubierta hace ya varios años por la jurisprudencia italiana, con referencia a la pretensión de desconocimiento de la paternidad, y según la cual

421 Cfr. Cas. pen., 23 de enero de 1970.

422 PALAZZOLO, "Verità dello status e verità degli affetti...", cit., 1506. Cfr. también A. GORGONI, "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona e Mercato*, n.º 3, 2017, 157.

El consentimiento del padre no aparece como acto dispositivo del estatus de hijo o de la acción de desconocimiento sino como un aspecto de un comportamiento más complejo que parte de la decisión de tener un hijo y se completa en la acogida del hijo en la propia familia, en el tratarlo como propio [...] en fin, en una conducta socialmente relevante de asunción de responsabilidad hacia una nueva vida, hacia la cual la propia conducta es determinante, sea para hacerla nacer, sea para atribuir derechos de estatus. Si es cierto que la reforma está inspirada a una tendencial correspondencia entre verdad natural y verdad formal, es también verdad que la búsqueda de la verdad biológica no es un valor en sí misma, absoluta y sin límites, como se deriva, por ej., de los términos de prescripción para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, de la necesidad de consentimiento del hijo para su reconocimiento o de la inadmisibilidad de la declaración judicial de paternidad cuando contraste con el interés del hijo. El concepto jurídico de paternidad resulta entonces ligado no exclusivamente al dato biológico, sino también al principio de responsabilidad por la procreación y, en consecuencia, al aspecto social y afectivo⁴²³.

Reflexiones del todo pertinentes también para el caso del reconocimiento conscientemente falso, agregando las consideraciones sobre la relevancia del principio de autorresponsabilidad hechas con precedencia.

Valga, en este punto, insistir en que luego de analizar las distintas hipótesis, a partir de una lectura flexible, las cuatro podrían ser recogidas bajo la forma de “incumplimiento de los deberes parentales” y, en consecuencia, ser indemnizadas *ex* artículo 709-ter c.p.c.it., pues, en mayor o menor medida, todas concretan una forma de abandono moral o material que priva al hijo de la relación paterna o,

423 Trib. Napoli, 2 de abril de 1997, que relevaba dudas sobre la constitucionalidad de la norma que permitía el desconocimiento de la paternidad luego de haber consentido el tratamiento de fecundación heteróloga.

en todo caso, la erosionan. El fundamento seguiría siendo la responsabilidad por la concepción, y el monto del daño dependería de la gravedad de la conducta y de la intensidad del sufrimiento que puede producir, análisis que deberá ser conducido considerando todas las circunstancias relevantes del caso concreto.

De este modo se concluye la descripción del panorama del derecho italiano, para pasar al estudio de los mismos problemas en el ordenamiento colombiano.

CAPÍTULO III.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PARENTALES EN COLOMBIA: CUATRO EJEMPLOS

A partir de este momento se analizará el ordenamiento jurídico colombiano en relación con los remedios frente a los daños intrafamiliares cuando el causante es el padre o la madre y la víctima es el hijo. Para garantizar la comparabilidad la estructura de análisis será la misma y se seguirá el mismo orden, esto es, en una primera parte se estudiarán los daños causados por el padre o la madre que ya son titulares de la responsabilidad parental; y en la segunda parte se analizarán los daños que se relacionan con el reconocimiento de hijo extramatrimonial.

El objetivo principal es, al igual que con el derecho italiano, demostrar que la regulación especial, sobre todo de derecho de familia y de derecho penal, se revela insuficiente o incluso inadecuada para garantizar los intereses de las víctimas, lo que conduce a una situación de inmunidad de la tutela indemnizatoria frente a los daños intrafamiliares. Una diferencia particular con el derecho italiano consiste en que en Colombia no ha habido hasta ahora una fuerte y decidida intervención de la Corte Suprema de Justicia (de casación) ni de la jurisprudencia en general en materia de reparación del daño intrafamiliar. Por su parte, solo recientemente la doctrina ha comenzado a ocuparse de ello, sin que por lo pronto sea posible determinar el impacto que ha tenido en la práctica judicial.

Valga anotar que algunas reflexiones hechas en precedenza tienen validez en esta parte del trabajo y, allí donde corresponda, se harán los reenvíos correspondientes.

3.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La premisa de esta primera parte es la certeza respecto de la titularidad de la responsabilidad parental en cabeza de un sujeto. Según el art. 14 del Código de Infancia y Adolescencia (en adelante c.i. y a.)

La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

Esta definición de la responsabilidad parental entraña algunos problemas para la caracterización de aquello que puede entenderse como tal. Así, por ejemplo, señalar que la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad parece ser solo la herencia de la cultura patriarcal que se resiste a abandonar el ordenamiento, fundamentalmente porque desde un punto de vista conceptual se trata de dos cuestiones distintas.

La principal diferencia radica en que, mientras que la patria potestad se concentra en las atribuciones de los padres como un poder sobre los hijos, la responsabilidad parental redimensiona la relación paternofamiliar en función

de las nuevas exigencias de derecho internacional y de derecho constitucional de protección de los niños como sujetos vulnerables y de especial protección.

Adicionalmente, la redacción de esta norma del código, que se encuadra en un esquema de protección de derechos de los niños en clave constitucional, resulta confusa por la confusión de categorías jurídicas, pues define la responsabilidad parental como una obligación. ¿Quiere decir ello que su incumplimiento podría dar lugar a la responsabilidad civil por incumplimiento? De la redacción se tendría que responder positivamente; sin embargo, no parece ser esa la mejor solución.

Igualmente problemática es la fórmula según la cual *la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos*. Si bien es de resaltar que con esta definición el código parece consagrar un derecho a la biparentalidad, toda vez que atribuye la responsabilidad parental a ambos padres, sin distinguir entre ellos, la redacción resulta imprecisa por varios motivos.

En primer lugar, parece establecer un principio según el cual la responsabilidad se puede atribuir solo, en un núcleo familiar, a un hombre y una mujer. Es cierto que se trata de una norma concebida en el año 2006, por lo que para su interpretación debe acudir a la jurisprudencia constitucional, de conformidad con la cual las parejas de personas homosexuales también conforman una familia reconocida constitucionalmente, y pueden adoptar.

Con base en una interpretación constitucionalmente adecuada de esta disposición, habría que señalar que en el caso de familias en las cuales los padres sean una pareja de personas homosexuales la responsabilidad parental se atribuye a ambos sin ninguna distinción entre ellos. Con este tipo de fórmulas se demuestra nuevamente el problema que reviste que el legislador pretenda incluir definiciones en la ley, sin una adecuada ponderación de la realidad.

Un problema adicional aparece con la fórmula “asegurarse que [...] puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”, pues puede conducir a interpretaciones ambiguas en relación con lo que puede ser el máximo nivel de satisfacción. Al respecto habría que precisar que se aplica la misma lógica de la obligación alimentaria, por lo que el máximo nivel de satisfacción sería relativo a las capacidades de los padres. A ello se suma que en relación con esto también se impone una interpretación constitucionalmente orientada, para establecer con certeza cómo satisfacer los derechos del hijo y que se trate realmente de derechos de los cuales es titular. Esto por supuesto no es tarea fácil; basta pensar en la discusión sobre la procedibilidad o no de la adopción por parte de parejas de personas homosexuales que muchas veces, trasladada a un terreno de política del derecho, termina en la discusión de un aparente derecho a la paternidad, obviando los intereses de los niños y su derecho a tener una familia y a recibir el cuidado y amor de los padres.

En todo caso, al igual que en el derecho italiano, la titularidad de la responsabilidad parental comporta la existencia de una serie de deberes en cabeza de los padres, que se relacionan con los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y los derechos que el propio c.i. y a. desarrolla.

Dicho esto, se pasa directamente a estudiar los daños que se propusieron como posibles daños causados en el ejercicio de la responsabilidad parental, caracterizados por el incumplimiento de los deberes que se derivan de aquella, o por un ejercicio abusivo que comporta una transgresión de los derechos del hijo y de su dignidad.

3.2. VIOLENCIAS Y ABUSO INTRAFAMILIAR

La primera hipótesis, que podría considerarse como la menos problemática para la aplicación de la responsabilidad civil como remedio reparador del daño, es tratada por el

derecho colombiano bajo una lógica autónoma. Al igual que en el ordenamiento italiano, tanto el derecho penal como el derecho de familia disponen una serie de medidas que tienden a la sanción del sujeto agente y, por ende, se concentran en el aspecto punitivo. Sin embargo, cabe resaltar que en Colombia el debate ha considerado, no siempre con éxito, a las víctimas como el eje de la acción del Estado. Tratándose de una conducta ilícita con relevancia penal, las víctimas son titulares de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En este punto valen las reflexiones ya hechas en relación con las violencias y sus implicaciones cuando tienen lugar en la familia, que hace las veces de caja de resonancia de un fenómeno ya de por sí grave, porque la carga emotiva termina magnificando los efectos, tanto en la esfera personal como en el grupo y en la sociedad. Así pues, solo para contextualizar se recuerdan los aspectos esenciales que justifican la intervención decidida del ordenamiento para prevenir todas las formas de violencia y remediar los daños que pueden causar.

3.2.1. Dificultades para la caracterización y sanción de las violencias en Colombia

En primer lugar, es imperativo recordar que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, es el escenario natural para el desarrollo de la personalidad de sus miembros; es allí donde cada uno de ellos tendrá una primera posibilidad de ejercicio de las libertades individuales⁴²⁴. Por eso cualquier conducta violenta o abusiva reviste la mayor gravedad si ocurre en la familia, pues comporta no solo la violación de los derechos y libertades de un pariente, sino que este se verá obligado a soportar la convivencia con el agresor, lo

424 Cfr. RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 87.

que comporta un recuerdo permanente de la agresión, así como la exposición a eventuales nuevas agresiones.

En términos generales, la violencia puede considerarse como un problema de salud pública⁴²⁵ que exige del Estado la adopción de una serie de políticas públicas para prevenirla, para sancionar a los agresores, para proteger a las víctimas, pero también para educar a la sociedad en el respeto de la dignidad humana. Por ello, la creación de circunstancias de agravación punitiva para los delitos relativos a la violencia intrafamiliar, el aumento de las penas o la inclusión de sanciones civiles no son suficientes para atender la violencia de manera adecuada y eficaz e, incluso, pueden disuadir a las víctimas de buscar la intervención del sistema penal⁴²⁶.

-
- 425 Así lo han reconocido múltiples estudios, entre los cuales valga mencionar: M. C. ELLSBERG, "Violence Against Women: A Global Public Health Crisis", *Scandinavian Journal of Public Health* 34, n.º 1, 2006, 1-4, <https://doi.org/10.1080/14034940500494941>; C. GARCIA-MORENO *et al.*, "Public Health: Violence Against Women", *Science* 310, n.º 5752, 2005, 1282-83, <https://doi.org/10.1126/science.1121400>; L. HEISE, M. C. ELLSBERG, y M. GOTTEMOELLER, "Ending Violence Against Women", Baltimore, John Hopkins University School of Public Health; Population Information Program, 1999.
- 426 Cfr. A. L. SÁNCHEZ-MEJÍA, "Agendas en competencia para abordar la violencia intrafamiliar: justicia restaurativa vs. punitivismo", *Vniversitas* 133, 2016, 423-82, disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602016000200012&lng=en&tlng=en#? [consultado el 20 de octubre de 2017], quien a partir de una investigación de largo aliento sobre la acción del Estado frente a situaciones de violencia intrafamiliar tanto en vigencia del Código de Procedimiento Penal (2004), donde se impuso un enfoque restaurativo, como luego de sus reformas, en las que ha prevalecido un enfoque punitivo, demuestra que el enfoque punitivo ha ayudado a controlar la criminalidad, pero ha fallado pues "solo un pequeño porcentaje de los agresores está siendo condenado y castigado, y parece que la regulación punitiva desincentiva a las mujeres para buscar ayuda institucional, presentar quejas y cooperar con los fiscales". También señalan la necesidad del enfoque restaurativo frente a las limitaciones del sistema punitivo, así como la necesidad de una mayor capacitación de los funcionarios competentes L. A. RODRÍGUEZ CELY *et al.*, "Análisis de la justicia restaurativa para atender casos de violencia intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación, Colombia", *Revista Diversitas - Perspectivas en*

Esta situación exige una acción de parte de todos los actores sociales, pues ciertamente políticas públicas adecuadas no pueden obtener resultados eficaces sin los debidos instrumentos de control de su cumplimiento, o si los jueces y las autoridades administrativas no se encargan o comprometen con su ejecución. De igual manera, una solución a este problema exige de los ciudadanos, de la academia, de los actores económicos y políticos mayor responsabilidad social.

Pero la complejidad de este problema radica en múltiples aspectos, algunos ya vistos en el capítulo anterior, referidos, por ejemplo, a que la violencia se puede manifestar bajo distintas formas, todas igualmente graves por la posibilidad de producir secuelas temporales o permanentes en la vida de la víctima. Así pues, la violencia puede ser física, psicológica, sexual o económica. Esto es un problema porque, considerando que la violencia física es aquella que deja señales físicas visibles, puede ocurrir que, socialmente, se reconozca solo esta como violencia, pese a que, por ejemplo, la ocurrencia de la violencia psicológica es mucho mayor⁴²⁷

Psicología 6, n.º 2, 2010, 355-73; L. RODRÍGUEZ *et al.*, "Criterios para el diseño de un programa piloto de justicia restaurativa orientado a la atención de casos de violencia intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (Cavif) de la Fiscalía General de la Nación en la Ciudad de Bogotá (Colombia)", *Anuario de Psicología Jurídica* 20, 2010, 71-82, <https://doi.org/10.5093/jr2010v20a7>.

- 427 Ello se desprende de la más reciente Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS), que "es un documento que Profamilia publica cada cinco años desde 1990 en el que se recoge información sobre la dimensión, estructura, evolución, dinámicas y características generales de la población colombiana en el ámbito de salud sexual y reproductiva y otros temas relativos a la salud". Según el documento de 2015, "el 64.1 % de las mujeres ha sufrido de algún tipo de violencia psicológica y en el caso de los hombres el 74.4 %. [L]a subvaloración o descalificación por parte de la pareja, es otra de las formas en las que se ejerce la violencia psicológica, la cual recae en mayor proporción sobre las mujeres (39 %) que sobre los hombres (35.7 %). Así mismo, la intimidación y las amenazas son ejercidas en su mayoría por los hombres contra sus parejas: El 7 % de las mujeres manifestó que su pareja las había amenazado con un arma, frente a 5.4 % de los hombres. El 15.5 % de las mujeres y el 13.1 % de los hombres manifestaron que su pareja los

en relación con el número de casos de violencia física⁴²⁸. De hecho, la conclusión según la cual existen distintos tipos de

había amenazado con abandonarlos o irse con otra pareja; y el 12.8 % de las mujeres y el 9.4 % de los hombres, dijeron que sus parejas les habían amenazado con quitarle los hijos”: MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo. Encuesta Nacional de Demografía y Salud –ENDS– 2015”, Bogotá, Profamilia, 2015, 78, <http://profamilia.org.co/docs/Libro%20RESUMEN%20EJECUTIVO.pdf> [consultado el 25 de agosto de 2018]. El documento completo está dividido en dos tomos así: MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, *Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Componente Demográfico*, vol. 1, Bogotá, Profamilia, 2015, <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20TOMO%20I.pdf>; MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, *Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Componente de Salud Sexual y Reproductiva*, vol. 2, Bogotá, Profamilia, 2015, <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20TOMO%20II.pdf> [consultados el 30 de enero de 2018]. En el contexto de las relaciones paternofiliales, “el 17.2 % de mujeres y el 14.5 % de hombres manifestaron que alguna persona diferente a la pareja se había dirigido en términos desobligantes. El 39.8 % de las mujeres y el 29.5 % de los hombres dijeron que fueron sus padres o madres quienes les hablaron en esos términos. De igual modo, son los padres y las madres de las personas encuestadas las que han ejercido control, impidiéndoles encontrarse con sus amigos; así lo reportan el 62.4 % de las mujeres y 55.3 % de los hombres” (p. 82).

- 428 Así, por ejemplo, “la violencia física recae en mayores proporciones sobre las mujeres. El 31.9 % de ellas actualmente o alguna vez unidas, reportó que su pareja o expareja había ejercido violencia física en su contra; por su parte, el 22.4 % de los hombres reportó haber vivido violencia física. El uso de la fuerza para someter es más alto por parte de los hombres que de las mujeres, el 8.7 % de las mujeres ha sido pateada o arrastrada por parte de su pareja, a diferencia de los hombres que reportan en un 1.8 %. Así mismo, el intento de estrangulamiento o quemar a la pareja también es mayor contra las mujeres; al 4.4 % de ellas su pareja ha tratado de estrangularla o quemarla”: MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 79. En relación con los niños, “El cuidado y atención de estos está a cargo principalmente de las mujeres, lo cual explica que en lo referente al castigo; el 26.2 % de las mujeres y el 15.8 % de los hombres manifestaron que castigan o han castigado a sus hijos e hijas golpeándolas con objetos; y el 14.7 % de las mujeres y el 7.3 % de los hombres lo hacen con palmadas. En porcentajes similares, el 0.6 % de las mujeres y el 0.4 % de los hombres con empujones” (p. 81). Por su parte, en relación con la violencia ejercida por una persona distinta de la pareja o en contra de los hijos, mediante golpes, bofetadas, patadas o heridas físicas, “el 13% del total de las mujeres” afirmó haber recibido una de esas agresiones, y “de estas el 36.2% fueron agredidas por la madre o padre. [P]or su parte, el 16.6 % de los hombres manifestó haber sido agredido por alguna persona diferente a la pareja. De estos, en el 16.4 %, la agresión provino de los padres, [...] en el 9.3 % otro pariente” (p. 82).

violencia es el producto de un debate que se ha prolongado a lo largo de la historia reciente y que ha implicado que, antes de reconocer la existencia de un determinado tipo de violencia, esta se haya ignorado, de manera que las conductas que la concretaban resultaban calificadas como rutinarias y, por ende, debían ser toleradas en el ámbito familiar en función de la idea de comunidad⁴²⁹.

En relación con esta idea de tolerancia, es sabido y está demostrado que la violencia no es denunciada con la frecuencia con que ocurre, lo que puede suceder por distintos motivos, muchos de ellos asociados al temor a las consecuencias de la denuncia. A su vez, esto refleja una debilidad del ordenamiento para responder al drama de la violencia, pues no está en grado de producir confianza en sus instrumentos de prevención y sanción, o de atención y apoyo a las víctimas, allí donde existen⁴³⁰.

429 V. *supra* nota 94. Así también lo ha reconocido el legislador, según el cual “la violencia intrafamiliar suele sobrellevarse reservadamente por la valoración de la familia como ámbito privado por excelencia, y por la exaltación de los afectos conyugales, filiales y fraternos. El encubrimiento de sus modalidades nace de la elevada valoración social de que es objeto la familia”: J. J. VIVES PÉREZ, M. A. PAREDES y A. PINTO AFANADOR, “Ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”, *Gaceta del Congreso*, 26 de octubre de 1999, 4.

430 Así lo confirma la ENDS 2015, de la que se desprende que “el 76.4 % de las mujeres y el 90.1 % de los hombres nunca han buscado ayuda en instituciones”: MINISTERIO DE SALUD Y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 83. Llama la atención el porcentaje tan alto de hombres que no denuncian, lo que puede deberse a un prejuicio asociado a la incidencia de la visión patriarcal de la familia y de la sociedad, pues el hombre víctima de violencia puede sentir cuestionado su “rol como hombre ante una sociedad, el temor de este género a ser señalado por ser víctima de violencia intrafamiliar”: N. Y. MARTÍNEZ, M. OCHOA TORO y E. F. VIVEROS CHAVARRÍA, “Aspectos subjetivos relacionados con la violencia intrafamiliar. Caso municipio de Sabaneta, Antioquia”, *Estudios Sociales* 47, 2016, 23. Volviendo a la ENDS 2015, entre quienes denunciaron, en el 28.2% de los casos de violencia contra la mujer, el agresor no recibió sanción o no se presentó, mientras que “en el 4.7% de los casos las mujeres manifestaron que la violencia no cesó, y en el 2.3% la violencia aumentó” y frente a denuncias provenientes de los hombres, “en

La falta de conciencia social que conduzca a un reproche serio de esta conducta representa un problema adicional, en particular por una serie de prejuicios de tipo ideológico, algunos como herencia de la concepción patriarcal de la familia, según la cual el hombre conserva amplios poderes de “corrección” sobre la mujer y los hijos, que conducen a minimizar las agresiones como si fueran solo una expresión de dicha potestad.

Así, las violencias resultan fomentadas y legitimadas por imaginarios y creencias culturales como que “los hombres de verdad son capaces de controlar a sus parejas” y a sus hijos, o que “una buena esposa [y un buen hijo] obedece a su esposo [padre] siempre”⁴³¹; “los hombres son violentos por naturaleza”, “hay ocasiones en que se justifica violentar a los familiares”⁴³²; “los hombres son la cabeza del hogar”, “cuando los hombres están bravos es mejor no provocarlos”, “la ropa sucia se lava en casa”, “a la violencia contra las mujeres se le da más importancia de la que merece”, “todos los hombres son propensos a ser agresores”⁴³³. Todo esto

el 29% de quien agredió no recibió sanción o no se presentó”: MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 84.

431 Según la ENDS 2015, “el 39.4 % de las mujeres y el 41.3 % de los hombres están de acuerdo” con la primera afirmación, mientras “el 36.5 % de las mujeres y el 50.1 % de los hombres considera” válida la segunda afirmación: Ministerio de Salud y Profamilia, “Resumen Ejecutivo...”, 85.

432 A. ARIZA y G. CHIAPPE, “Sin celos sí hay amor. Una experiencia latinoamericana para desactivar la violencia intrafamiliar”, en A. Mockus, H. Murraín y M. Villa (coords.), *Antípodas de la violencia. Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in)seguridad en América Latina*, New York, Banco Interamericano de Desarrollo, Corprovisionarios, 2012, 188-89.

433 Estas son afirmaciones que emergen del estudio de tolerancia social e institucional frente a la violencia contra las mujeres, algunas de las cuales son compartidas por servidores públicos de las principales ciudades del país; citado por A. ARIZA, “Morir de amor. Una mirada a las violencias afectivas desde un enfoque de cultura ciudadana”, en A. Eslava (ed.), *Lo mejor de las personas. Teoría, intervención y agenda de la cultura ciudadana*, Medellín, Alcaldía de Medellín, 2019, 105-6.

puede definirse como creencias que son producto de una idea de masculinidad asociada al control y la dominación.

Dicho esto, vale la pena anotar la importancia que tienen los mitos del amor romántico que conducen a la legitimación de conductas violentas como manifestaciones de amor; o que asocian el amor al sufrimiento, el control, los celos y el maltrato. Al respecto se ha dicho que, pese a su aire de normalidad, el amor romántico

se configura como cuestionable toda vez que se compone de creencias socialmente compartidas que validan las agresiones y el daño ‘por amor’ con afirmaciones como ‘tú eres mía’, ‘cuando se ama, se sufre’, ‘sin ti no puedo vivir’, ‘si me dejas, no sé qué sería capaz de hacer’, ‘si a uno lo celan, es porque lo quieren’, etc. [...sumado al problema de] la construcción de identidades y relaciones entre los géneros marcadas por la violencia, el control y la inequidad, propiciadas desde la familia y socialmente validadas en una cultura fuertemente machista. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en el hecho de que en 2016 los principales factores desencadenantes de violencia de pareja fueron el machismo, los celos, la desconfianza y la infidelidad⁴³⁴.

A ello se suman prejuicios de otro tipo que se dirigen a minimizar o a justificar otras formas de violencia como la psicológica, la económica⁴³⁵ o las agresiones sexuales, en

434 *Ibid.*, 105.

435 Que no es infrecuente, pues “el 31.1 % de las mujeres reportó haber sido víctima de violencia económica, frente al 25.2 % de los hombres. Así mismo, el 14 % de las mujeres manifestó que su pareja le prohibió trabajar o estudiar, frente al 1.5 % de los hombres; y el 10.5 % de ellas manifestó que su pareja amenazó con quitarle el apoyo económico, frente al 2 % de los hombres”: MINISTERIO DE SALUD Y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 79. Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-012 de 2016 la ha definido como aquella en la que quien ejerce la violencia se aprovecha de su posición o del poder económico en el grupo familiar para controlar las decisiones y el proyecto de vida de la víctima: “es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin

función de un consentimiento tácito por parte de la víctima (de allí que muchos creen que “las mujeres que siguen con sus parejas después de ser golpeadas es porque les gusta” ser agredidas⁴³⁶), o por la supuesta imposibilidad para el agresor de controlarse frente a las provocaciones de la víctima. Estos prejuicios pueden superarse solo mediante la educación y transformación de la sociedad, pues se traducen en un círculo vicioso de revictimización, aumentando las consecuencias dañinas y prolongando el ciclo de violencia⁴³⁷.

En Colombia habría que agregar algunos problemas adicionales. En primer lugar, el fenómeno de la desigualdad social y económica parece contribuir a la ocurrencia de la violencia, pero, sobre todo, a la falta de denuncia o de intervención de las autoridades, pues en muchos casos el acceso a los mecanismos de protección y de asistencia a las víctimas depende de su situación socioeconómica⁴³⁸. Por lo que parece tener que concluirse de manera perversa

importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos”.

436 Afirmación compartida por “el 60.1 % de las mujeres y el 61.8 % de los hombres” según la ENDS 2015: MINISTERIO DE SALUD y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 85.

437 A este respecto, en Colombia ya se han puesto en marcha estrategias dirigidas a hacer una intervención a partir de la promoción de cultura ciudadana, con resultados muy positivos en la reducción de las violencias a partir de cambios culturales con enfoque de cultura ciudadana. Por ejemplo, un caso de éxito se puso en marcha en Barrancabermeja, contemplando estrategias pedagógicas de sensibilización y asistencia psicológica tanto a víctimas como a agresores; los resultados están disponibles en: ARIZA y CHIAPPE, “Sin celos sí hay amor...”, cit., 165-202; ARIZA, “Morir de amor...”, 103-122.

438 Así se ha reconocido incluso a escala interamericana, donde “la CIDH ha constatado la gran divergencia que existe entre el acceso a la justicia por parte de mujeres que tienen recursos económicos y las que se encuentran en desventaja económica”: Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, 79. <http://www.cidh.oas.org/>

que la pobreza o la falta de acceso a la educación pueden ser factores de riesgo o que, en todo caso, determinan una condición de vulnerabilidad⁴³⁹.

Adicionalmente, una cuestión característica de la sociedad colombiana puede ser una tendencia a la “normalización” de la violencia gracias, fundamentalmente, a la influencia que la historia social y política del país ha tenido en la consciencia social. Así, desde que nació la república, Colombia se ha visto envuelta en una sucesión de conflictos internos, la mayoría de tinte político, que han degenerado en verdaderas guerras intestinas que se prolongaron a lo largo de décadas, con actores de todo tipo enfrentados entre sí y contra el Estado. Esto, que podría parecer desligado del problema de la violencia intrafamiliar, en realidad ha influido pues, luego de tantos años acostumbrada al conflicto,

pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf párrafo 184 [consultado el 5 de mayo de 2016].

- 439 De acuerdo con la ENDS 2015, “en las mujeres, la violencia física se concentra entre quienes alcanzaron la secundaria (35.3 %), y en el quintil de riqueza bajo (36.9 %); mientras que en hombres se concentra en quienes terminaron educación secundaria (24.7 %), y en quienes se ubican en los quintiles de riqueza bajo (26.2 %) y medio (26.7 %)”. Por su parte “la violencia económica contra las mujeres, se presenta en mayor proporción en las mujeres que se encuentran en los quintiles de riqueza bajo y medio; y entre los 45 a 49 años (34 %). En los hombres se concentra en mayor porcentaje en los quintiles de riqueza medio y alto; y en el rango de edad entre los 25 a 29 años (29.3 %). La violencia económica tanto en mujeres como en hombres se presenta con mayor frecuencia entre quienes tienen educación secundaria. [L]a violencia sexual ejercida por la pareja se presenta en mayor proporción en las mujeres entre los 45 a 49 años (11.4 %), seguida entre los 40 a 44 años (9.3 %) y los 35 a 39 años (9.1 %). En referencia con el nivel educativo, entre mayor es este la violencia sexual disminuye, mujeres que cursaron primaria (9.6 %) y aquellas que alcanzaron educación superior (5.5 %); además, se concentra en los quintiles de riqueza bajo y medio (8.8 % y 8.3 %)”. Además, la edad es un factor relevante pues “la violencia física es mayor en la medida que aumenta la edad de las mujeres; el porcentaje más alto se presentó en las mujeres entre los 45 y 49 años (33.9 %), mientras que en los hombres hay una tendencia a disminuir a medida que su edad aumenta, ya que los mayores porcentajes fueron reportados por los jóvenes de 15 a 19 años (31.1 %)”: MINISTERIO DE SALUD Y PROFAMILIA, “Resumen Ejecutivo...”, cit., 79.

una sociedad puede tender a valorar ciertos episodios de violencia como normales, como parte de la cotidianidad, de manera que los márgenes de tolerancia pueden volverse maleables y difusos; o, simplemente por el hecho de que la sociedad haya dado más importancia a la violencia política, puede tender a concebir la violencia intrafamiliar como un fenómeno menor⁴⁴⁰.

El punto esencial, en relación con esta investigación, es que es innegable que la violencia produce una serie de daños que deben ser remediados por el ordenamiento, por lo que, en principio, no parece admisible excluir su reparación. A este respecto, la violencia debe ser rechazada y sancionada aun cuando parezca mínima, pues en cualquiera de sus manifestaciones se concreta una violación a los derechos

440 M. F. FIGUEROA, L. H. FIGUEROA y J. H. ORTIZ, "El Cacique Juancho Pepe", en Defensoría del Pueblo (ed.), *Mecanismos de protección contra la violencia intrafamiliar*, Bogotá, Defensoría del pueblo, 2001, 13-14, señalan que, pese a la mayor importancia que ha tenido la violencia política y social en Colombia, la violencia intrafamiliar es un fenómeno "que ha existido siempre [en la historia de Colombia] en diversas formas". Por su parte, autorizada doctrina en el derecho parece sugerir que la paz familiar es en realidad una suerte de utopía, pues "es imposible evitar que sujetos que en cierta medida están forzados a permanecer uno junto al otro puedan quedar inmunizados de tener conflictos de interés, porque siendo como es cada uno único y sin par desde el punto de vista intelectual y con variadas necesidades (aquellas que genera el concepto personal de lo útil, apetecible, agradable, satisfactorio, deseado en lo físico o en lo moral o lo psicológico y, en la otra cara, de lo molesto, incómodo, desagradable, etcétera), no hay forma real de mantener satisfechos a todos, en todo momento, y el descontento por fuerza conduce a la fricción o el choque directo, que se acentúa en la medida en que son mayores las carencias o se ha relajado el vínculo afectivo. La paz familiar es, desde esa consideración, una frágil situación en el discurrir de la vida que siempre está en riesgo de fracturarse. Visualizar como una anormalidad de conducta la confrontación en el seno de la familia es pecar de ingenuidad, porque en el hogar es donde se dan las circunstancias detonantes del conflicto, con el ingrediente de la relación afectiva, la cual, lo mismo que permite la proximidad cuando las aguas están tranquilas, promueve el rechazo en situación de tormenta": J. E. MEDINA PABÓN, *Derecho civil: derecho de familia*, 4.ª ed., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 132.

fundamentales de la víctima y, sobre todo, a su integridad psicofísica.

3.2.2. El rechazo a las violencias en las fuentes del derecho colombiano

El rechazo jurídico de las violencias en Colombia, y en especial aquella en contra de los niños, encuentra fundamento en instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en la Constitución Política, dentro de los que se destacan: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, art. 19).

De manera más específica, existen herramientas adicionales previstas en función del género como aquellas en función de la edad:

En el primer caso, también son importantes la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 1993), art. 4; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” de la Organización de Estados Americanos (OEA, 1994), art. 3, ratificada por la Ley 248 de 1995.

En el segundo caso, la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de la ONU (1989); la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño de la Cumbre Mundial en favor de la Infancia (1990); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de la Asamblea General de la ONU (Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

(Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000); el Convenio n.º 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de la Organización Internacional del Trabajo (2000); la Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En relación con el ordenamiento interno, el estudio de esta problemática está en directa relación con las normas constitucionales que consagran los derechos a la vida, la integridad personal, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la protección de la familia, en particular el inciso 3 del artículo 42, según el cual “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”, consagrando así una ruptura con la lógica patriarcal y jerarquizada de la familia y ratificando la igualdad que debe gobernar las relaciones familiares.

Bajo ese entendido, el principio de igualdad impone el respeto entre todos los miembros del grupo familiar, por lo que, aplicando la norma constitucional, cualquiera que sea su forma de manifestación, la violencia supone un agravio a la familia, a su armonía y unidad⁴⁴¹. Esta consideración

441 Desde otras disciplinas se han propuesto lecturas alternativas a la de la violencia como un acto que produce un daño, para concebirla como “un intercambio, una especial forma de vincularse con el otro que vitaliza los vínculos subjetivos y sociales, dotándolos de nuevos sentidos y formas significantes, y en consecuencia, con una función particular”; a saber, “en primera instancia mantiene, modifica o sustituye la imagen que el padre o la madre poseen de sí mismos como individuos (hombres y mujeres) y padres (madre y padre), la cual se ampara en la representación social que una cultura ofrece de estos lugares. De ese modo, la imagen que el padre y la madre poseen de sí como individuos y padres, se mantiene, modifica o sustituye a través de la imagen que presenta al otro, quien valida o rechaza a la misma, y en consecuencia (segunda función) mantiene, modifica o

es relevante porque pone un primer problema en relación con la inmunidad, pues, si la violencia atenta ya contra la unidad familiar, no es posible definir la responsabilidad civil como atentatoria contra esta.

En desarrollo de la disposición constitucional, se dictó la Ley 294 de 1996 que prevé normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, modificada por la Ley 575 de 2000, luego por la Ley 599 de 2000 (código penal) y por la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. Uno de los mayores logros con la promulgación de esta ley consistió en la relevancia que se dio a un fenómeno que, hasta entonces, era considerado una cuestión privada e íntima, por lo que difícilmente trascendía como un problema social o de salud pública. Es decir, comportó un primer paso para romper con antiguos dogmas en la familia y para combatir la violencia como un problema estructural, complejo y arraigado culturalmente, con gravísimas consecuencias para toda la sociedad. Por lo mismo, la respuesta del ordenamiento debía ser igualmente compleja, y tendiente a la superación de las barreras que debían enfrentar las víctimas cuando pretendían acceder a la justicia⁴⁴².

sustituye el vínculo gracias a la representación que poseen de esos lugares los mismos individuos, cónyuges o padres”: J. G. CARMONA OTÁLVARO, J. I. JARAMILLO ZAPATA y D. A. GARZÓN SERNA, “Función de la violencia intrafamiliar entre cónyuges (padres de familia)”, *Katharsis*, n.º 20, 2015, 103, 107. Esta interpretación puede ayudar a entender la violencia intrafamiliar como una premisa para combatirla, pero en ningún caso puede tenerse como válida para efectos de excluir una intervención del ordenamiento.

442 La Corte Constitucional así lo caracterizó al señalar que “resulta necesario entender que la violencia de género es estructural, ya que surge para preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad a un orden social establecido históricamente. Según esta perspectiva es necesario analizar las agresiones como sucesos que contribuyen a conservar la desigualdad y no como hechos domésticos aislados, lo que a su vez exige cuestionar la sociedad en la que se desarrollan los actos violentos. En lo que se refiere a la violencia por quien es o ha sido compañero sentimental, aunque resulte

Cuestión distinta tiene que ver con el hecho de que, pese a las intenciones del legislador, la jurisprudencia sigue demostrando que las víctimas continúan siendo discriminadas debido al género y que encuentran barreras, a veces insuperables, para acceder a la administración de justicia. La mayoría de las veces esto ocurre por prejuicios de los funcionarios judiciales y de policía, por procesos de revictimización o por intervención tardía o negligente por parte de las autoridades que interpretan las medidas de la ley sin consideración a sus finalidades, exigiendo en ocasiones requisitos adicionales que la norma no prevé, lo que hace fútil la protección (*cf.* por ejemplo, *infra* nota 473).

Ahora bien, la Ley 294 prevé una serie de principios (art. 3) que orientan la aplicación de las medidas de protección contra la violencia intrafamiliar:

Para la interpretación y la aplicación de la presente Ley se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- a) Primacía de los derechos fundamentales y reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad;
- b) Toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas;

paradójico, el hogar es el espacio más peligroso para las mujeres, ya que es en el seno de la familia en donde la violencia se revela con mayor intensidad, situación que se agrava por el secretismo que la envuelve. Este fenómeno afecta a mujeres de todas las edades, culturas y condiciones económicas y se cree que causa más muertes e invalidez que los accidentes de tránsito, el cáncer, la malaria o el conflicto armado en el mundo”: T-878 de 2014. Un profundo análisis de las distintas dificultades y obstáculos que deben superar las víctimas de violencia de género para acceder a la justicia se puede ver en C. BÁEZ *et al.*, *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*, Acceso a la Justicia, Bogotá, Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008, 55-96, <http://www.bdigital.unal.edu.co/45466/> [consultado el 3 de octubre de 2017].

c) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar;

d) La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer;

e) Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de sus opiniones;

f) Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás;

g) La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente;

h) La eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad en la aplicación de los procedimientos contemplados en la presente Ley;

i) El respeto a la intimidad y al buen nombre en la tramitación y resolución de los conflictos intrafamiliares.

Como se puede notar, se trata de principios que desarrollan las disposiciones constitucionales, tanto así que el literal b transcribe, en parte, la norma constitucional. El fundamento es la protección de la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, así como la igualdad de todos sus miembros y el carácter prevalente de los derechos e intereses de los niños. La esencia de esta visión es que, siendo el núcleo fundamental y el escenario natural para el desarrollo de la personalidad de sus miembros, dicho desarrollo debe tener lugar en un contexto libre de violencia.

Del mismo modo, es relevante que la norma prevea ya desde los principios al menos tres fases de intervención de las autoridades: la prevención, la corrección y la sanción. La importancia radica en que, por ser principios, orientan toda la actividad jurisdiccional y administrativa, por lo que la omisión en cualquier fase comporta un incumplimiento de la ley. Sin embargo, la configuración de la ley hace pensar en un privilegio de la sanción, es decir, en una prevalencia del componente punitivo respecto del componente restaurativo⁴⁴³ o preventivo, pues se concentra, especialmente, en la disposición de medidas de protección conducentes a poner fin a la violencia, maltrato o agresión o a evitar que esta se realice cuando fuere inminente (art. 4).

Adicionalmente, se destaca el reconocimiento que el legislador hace de distintas formas de violencia, utilizando además la palabra “daño”. Sin lugar a duda, y como se verá a continuación, se trata de un vocablo utilizado por el legislador sin rigor técnico, pues de lo contrario su reconocimiento como tal conduciría a la aplicación del principio de *neminem laedere*, con la consiguiente imposición de la obligación en cabeza del agente causante del daño de indemnizar a la víctima. Ello no sucede y, por el contrario, en la jurisprudencia se registra cierta resistencia a su reconocimiento.

Sin embargo, la fórmula que “sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico”, interpretada según una orientación constitucional, conduce a admitir de manera inequívoca la existencia de un daño

443 Que “se basa en los derechos de las víctimas a la autonomía y la libre determinación, los cuales comprenden el derecho a participar en la decisión de su conflicto. Esta perspectiva busca empoderar a las víctimas, al darles una voz directa en el proceso penal y en otros procedimientos relacionados con el delito. Este modelo está centrado en las víctimas, por ello privilegia sus necesidades, intereses y decisiones”: SÁNCHEZ-MEJÍA, “Agendas en competencia para abordar la violencia intrafamiliar...”, cit.

susceptible de reparación, que se traduzca en la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil. Para ello se debe considerar el tipo de relación entre víctima y victimario, no como una circunstancia eximente de responsabilidad, sino justamente considerando el efecto amplificador que tiene el que la violencia la origine un familiar. Dicho efecto se concreta en el sufrimiento de la víctima, pero también en el hecho de que la violencia es en sí misma un factor de riesgo para su reproducción, y que ocurra en familia constituye un factor de normalización⁴⁴⁴, así como para considerar mecanismos alternativos para la reparación del daño, teniendo en cuenta las susceptibilidades emotivas propias de la relación.

De todas maneras, no se puede desconocer el hecho de que el legislador, acertadamente, reconoce una serie de conductas que califica como violentas y que, por ende, deben ser sancionadas según las reglas de la misma ley. Dicha enumeración no se puede considerar, en todo caso, exhaustiva ni taxativa, y debe ser interpretada de conformidad con la evolución de los estudios en materia de violencia, los cuales pueden dar cuenta de expresiones de violencia veladas.

Por último, en relación con estos principios, la ley precisa determinados derechos en cabeza de los miembros de la familia y, en particular, de los niños, que tienen carácter prevalente frente a los derechos de los demás. No parece clara la necesidad de enunciar los derechos fundamentales de los niños en el marco general de esta ley que se dedica, sobre todo, a cuestiones procesales; de allí la inclusión de los principios de eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad, así como la posibilidad de favorecer la conciliación allí donde pueda beneficiar la unidad y armonía familiar.

444 Cfr. C. A. REY ANACONA y J. A. MARTÍNEZ GÓMEZ, *Violencia en el noviazgo: evaluación, prevención e intervención de los malos tratos en parejas jóvenes*, Bogotá, El Manual Moderno, 2018.

3.2.3. Caracterización de la violencia intrafamiliar en Colombia

Ahora bien, ¿qué se entiende por violencia intrafamiliar en el ordenamiento jurídico colombiano? En principio, podría decirse que es aquella que ocurre en el seno de la familia (art. 1 Ley 294 de 1996); sin embargo, del estudio de la ley se desprenden algunos matices o particularidades. Por ejemplo, el artículo 2 reproduce la definición constitucional de la familia, pero precisa que, para la aplicación de las medidas de protección allí previstas, se entiende que la integran:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados [sic] a la unidad doméstica.

Llama la atención la aclaración del literal b en relación con la falta de convivencia y el que se distingan del primer literal, pues habría que preguntarse, por ejemplo, si incluye a los cónyuges no convivientes. En otras palabras, ¿dicha aclaración significa que en todos los demás casos los parientes deben convivir en el mismo hogar? Hay quien considera que la referencia a la condición de “padre y madre de familia” conduce a concluir que “si los hechos de agresión conciernen a una esfera personal de los cónyuges separados de hecho, sin relación alguna con la unidad familiar”⁴⁴⁵, puede no haber una infracción de esta ley, haciendo uso de la idea

445 PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 96.

de maltrato “con referencia al hogar y su manejo”. Según eso, en los casos de violencia habría que examinar a qué se refiere cada agresión para poder aplicar esta ley.

Esta visión no puede compartirse porque resulta contraria al espíritu de la ley y conduce a discriminaciones injustificadas con base en criterios artificiosos no contenidos en la disposición. Una interpretación constitucional debe respetar el hecho de que la definición de la familia no está ligada a la convivencia. Por ello, cuando los cónyuges separados de hecho incurrían en violencia entre sí, deben poder acceder a las medidas de protección previstas en esta ley. Entre otras cosas, porque de no ser así, y considerando que lo que se concluya en relación con el literal a se debe predicar del literal c, se llegaría al absurdo de excluir la aplicación de la ley en casos de violencia contra los ascendientes y descendientes si no hay convivencia.

Siguiendo este criterio, el último literal se refiere a la excepción a la regla general, señalando la relevancia de la convivencia para determinar cuándo hay violencia intrafamiliar, allí donde no exista el vínculo descrito en los literales a, b, o c, como puede ocurrir, por ejemplo, con primos que conviven en casa, los niños beneficiarios de una medida provisional de protección como el hogar de paso a la espera de la adopción, o los empleados asociados al servicio doméstico. Esto, por supuesto, se entiende como una interpretación funcional a la aplicación de las medidas previstas en esta ley que no modifica la noción constitucional de la familia. Sin embargo, esta se debe considerar, justamente para que en su aplicación se respete la lógica de superación del modelo patriarcal y jerarquizado, así como de la eliminación de cualquier posible discriminación por el género o la edad⁴⁴⁶.

446 Cfr. EICHLER, “Cambios familiares...”, cit.; V. GUTIÉRREZ DE PINEDA, “Cambio social, familia patriarcal y emancipación femenina en Colombia”, *Trabajo*

En relación con las conductas que pueden configurar violencia intrafamiliar, la ley no ofrece mayores elementos, aunque la evolución de esta normativa puede dar luces acerca de la visión del legislador. Es claro que, tratándose de una conducta con relevancia penal, su sanción se traduce en la imposición de una serie de medidas propias del proceso penal. Así, el legislador decidió intervenir sancionando la violencia intrafamiliar en consideración, entre otros, a sus efectos devastadores, a su poder para proyectarse en distintas esferas de la vida de la víctima y a su vulnerabilidad, a la posibilidad de ser un supuesto de hecho para otros delitos⁴⁴⁷. En ese sentido, el objetivo primario de la ley

Social, n.º 1, 1998, 39-50; MARELLA y MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., 7; RUBIO-MARÍN, "I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale...", cit., 161; RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia...*, cit., 13 ss.; N. RUEDA, "Corrección del registro civil por 'cambio de sexo'. A propósito de una sentencia italiana: ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 30, 2016, 397 s.

447 "Su efecto [de la violencia] es profundo y sus proyecciones pueden relacionarse directamente con diversas modalidades de criminalidad. *En la vida personal causa no solo padecimiento físico a quienes sufren las agresiones, sino daños emocionales, la disminución de la autoestima, el deterioro de la imagen personal; ocasiona el resentimiento y crea desconfianza hacia los demás y hacia el medio social. Por lo mismo, limita las capacidades para establecer relaciones, cooperación y solidaridad y crea inhabilidades para interpretar y responder de manera no violenta a las demandas o exigencias planteadas por la familia o el círculo social. [...]* La posición de cada integrante en el núcleo familiar, su edad o su sexo, determinan particularidades en los ataques y abusos de sus allegados. En este sentido, están más expuestos a la intolerancia y a la violencia los miembros más indefensos, o sea los niños pequeños, que dependen de sus padres o sustitutos de éstos para la satisfacción de sus necesidades fundamentales y que, por lo mismo, plantean mayores exigencias tanto en el orden material como en el afectivo y social. Son innumerables los casos que atentan contra la vida y el desarrollo integral del niño: *la desnutrición, el abandono, las golpizas, el trato cruel y otras, pero que no son exclusivas de éstos. El maltrato afectivo, los insultos, los sarcasmos, las respuestas impredecibles, el comportamiento inconsistente*, es más común que el físico y que produce huellas más indelebles en la personalidad del niño. Las niñas en edad escolar y en menor proporción los varones de la misma edad se hallan expuestos a abusos sexuales. La propia condición femenina, expone a la mujer a distintas modalidades de violencia en la familia que han sido subestimadas. En las relaciones de pareja, la mujer está expuesta a la violencia del marido, puesto que la socialización la ha moldeado para ser

es proteger a todos los miembros de la familia, prestando especial atención a aquellos que están en condiciones de indefensión⁴⁴⁸.

3.2.4. La indemnización de los daños producidos por violencia intrafamiliar si conoce antecedentes en la legislación

Conociendo en qué consiste la violencia intrafamiliar, no puede dejar de señalarse una contradicción del legislador, pues, mientras de una parte reconocía la existencia de una serie de daños causados por la violencia, de otra, excluyó su indemnización, lo que comporta el uso no técnico del vocablo “daño”. A este respecto, valga señalar que, dentro de las medidas de protección actualmente enunciadas, se incluye que *“si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima”*. Pero esto es producto de las reformas a la versión original de la ley que, en cambio, sí preveía una indem-

pasiva, tolerante y sumisa, para que acepte con resignación los abusos de los demás, y más específicamente del hombre con el cual conviva. El maltrato del marido a la mujer varía de acuerdo con la condición social, pero esta condición no la protege completamente de los abusos. Podría afirmarse que *el estupro, el encierro, las golpizas y el desalojo* son los típicos padecimientos de las mujeres de los sectores más pobres envueltas en conflictivas relaciones con el esposo o el compañero”: VIVES PÉREZ, PAREDES Y PINTO AFANADOR, “Ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”, 4; cursiva no original.

448 Según la Corte Constitucional, Sentencia T-290 de 1993, la indefensión consiste en una relación de dependencia de una persona respecto de otra, cuyo origen está en “situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”. En el mismo sentido, la Sentencia T-378 de 1995 es relevante porque precisó que la indefensión no necesariamente es una posición asociada al género, la edad o la fuerza física, por lo que para analizarla se debe determinar la imposibilidad para impedir que una conducta desconozca o amenace derechos fundamentales propios.

nización. Así pues, según el texto original del artículo 5, literal c, la víctima podía reclamar el pago de los daños, y enunciaba algunos haciendo referencia a los perjuicios materiales a título de daño emergente⁴⁴⁹, abriendo la posibilidad a considerar la violencia como una fuente de daño susceptible de reparación:

En todos los casos de violencia el Juez ordenará al agresor el pago, con sus propios recursos, de los daños ocasionados con su conducta, en los cuales se incluirán los gastos médicos, psicológicos y psiquiátricos; los que demande la reparación o reposición de los muebles o inmuebles averiados, y los ocasionados por el desplazamiento y alojamiento de la víctima si hubiere tenido que abandonar el hogar para protegerse de la violencia.

De esta norma se deduce que el legislador colombiano no ha sido reacio al reconocimiento de la indemnización por el daño intrafamiliar, por lo que puede afirmarse que en el ordenamiento colombiano no es posible considerar la familia y la responsabilidad civil como instituciones extrañas o incompatibles. A ello se suma que el artículo 148 del código civil ya preveía de manera expresa la indemnización de todos los perjuicios causados por el cónyuge que de mala fe hubiera dado lugar a la nulidad del matrimonio. Desde el punto de vista procesal, tanto en el código de procedimiento civil como en el código general del proceso, se ordena al juez incluir en la sentencia la condena “al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo, a favor del otro, si este lo hubiere solicitado” (arts. 443, num. 3, c.p.c.; 389, num. 5, c.g.p.). Ade-

449 Aunque, considerando que en Colombia desde hace casi un siglo se admite y privilegia la indemnización del perjuicio extrapatrimonial y que la norma dice “en los cuales se incluirán”, es dable pensar que la reparación del perjuicio extrapatrimonial era procedente; *cfr.* KOTEICHI, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona...*, cit., 187 ss.

más, la interpretación conforme a la Constitución impone concluir que el sistema de responsabilidad civil y sus reglas generales no prevén inmunidad familiar por daños, pues ello violaría la Constitución, en la medida en que pone a la víctima en posición de desigualdad manifiesta frente a las víctimas de otro tipo de daños.

Por ello, se insiste en que, para la determinación de la responsabilidad civil, la condición de miembro de la familia no puede ser un criterio de exclusión o una causal eximente⁴⁵⁰, pues ello crea un escenario de inmunidad⁴⁵¹.

Sin embargo, la posibilidad de reclamar la indemnización desapareció con la reforma de la Ley 575 del 2000. En la exposición de motivos nada se dice con relación a esta modificación⁴⁵², de allí la contradicción, pues, en la reflexión sobre la necesidad de intervenir para sancionar la violencia intrafamiliar, el legislador se refiere continuamente a ella como una conducta con la potencialidad de afectar grave-

450 DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, “Responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales”, cit., 107.

451 Cfr. G. G. ASHDOWN, “Intrafamily Immunity, Pure Compensation, and the Family Exclusion Clause”, *Iowa Law Review* 60, 1974, 239; F. NICOLA, “Intimate Liability: Emotional Harm, Family Law, and Stereotyped Narratives of Interspousal Torts”, *Digital Commons @ American University Washington College of Law*, 2013, http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=facsch_lawrev [consultado el 4 de junio de 2016]; RESCIGNO, “Immunità e privilegio”, cit., 416.

452 Los proyectos son: J. E. PIÑACUÉ ACHICUÉ, “Ponencia para primer debate en Senado al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 294 de 1996”, *Gaceta del Congreso*, el 7 de octubre de 1998; J. E. PIÑACUÉ ACHICUÉ, “Ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 294 de 1996”, *Gaceta del Congreso*, el 24 de noviembre de 1998; J. J. VIVES PÉREZ, J. Y. BAZÁN, y M. A. PAREDES, “Ponencia para primer debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”, *Gaceta del Congreso*, el 9 de junio de 1999; VIVES PÉREZ, PAREDES y PINTO AFANADOR, “Ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”.

mente la esfera personal y familiar de la víctima, en virtud de los daños de diversa índole que produce.

Esta decisión puede explicarse solo si se atribuye a que la reparación del daño no resulta coherente con la finalidad de las medidas de protección previstas en la ley: que cese la violencia o que no se produzca. La idea inicial de la reforma era la de ofrecer mecanismos que garantizaran una atención especializada a las víctimas de violencia intrafamiliar, y así descongestionar los juzgados y ofrecer apoyo a las víctimas⁴⁵³.

Sin embargo, y justamente por ese último motivo, se trata solo de una especulación sin sustento en los proyectos, los cuales simplemente omiten cualquier explicación para eliminar el literal c del artículo 5; por lo que la única razón puede ser el descuido del legislador y una apresurada discusión en el Congreso. Lo que se confirma si se considera que los proyectos presentados para los tres primeros debates no incluían instrumentos de protección para la víctima, por lo que para el cuarto y último debate se hicieron modificaciones importantes al proyecto inicial, que se concentraba en el aspecto puramente punitivo e ignoraba por completo las medidas de protección⁴⁵⁴. Así, en ese último proyecto se dispuso la medida que quedó en el texto definitivo y vigente actualmente, según el cual: *“si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima”*.

Para el cumplimiento de esta medida, el legislador señala que el Estado debe garantizar los servicios de los que trata la norma (num. 4, art. 3, Decreto 4799 de 2011), y previó el

453 VIVES PÉREZ, PAREDES Y PINTO AFANADOR, “Ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”, 5.

454 PIÑACUÉ ACHICUÉ, “Ponencia para primer debate en Senado al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 294 de 1996”.

procedimiento para reembolsar a la víctima en caso de que ella asuma los costos de dichos servicios. Esta tendrá que acreditar los pagos para que, cuando se disponga la medida, se ordene también el reintegro de los gastos, orden que constituye título ejecutivo, por lo que la autoridad debe enunciar la obligación de forma clara, expresa y exigible. El incumplimiento en los pagos comporta la imposición de sanciones como multas, arresto o revocación de las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, si corresponde⁴⁵⁵.

Sin embargo, la redacción definitiva contiene una grave omisión, pues confirma la tendencia a concentrar la atención en el victimario, ignorando a la víctima y los beneficios para la colectividad de la satisfacción de los intereses de la víctima, no solo, sino también, mediante la reparación de los daños que haya padecido. Adicionalmente, la medida de protección prevista en ese sentido no responde con eficacia a la violencia intrafamiliar, pues omite el vocablo 'daño' que, pese a la reforma, sigue apareciendo a lo largo de toda la ley para caracterizar el efecto de la violencia; y limita la 'reparación' al puro daño emergente por una eventual asistencia médica.

455 "El incumplimiento de las medidas de protección dará lugar a las siguientes sanciones: a) Por la primera vez, multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, la cual debe consignarse dentro de los cinco (5) días siguientes a su imposición. La Conversión en arresto se adoptará de plano mediante auto que sólo tendrá recursos de reposición, a razón de tres (3) días por cada salario mínimo; b) Si el incumplimiento de las medidas de protección se repitiere en el plazo de dos (2) años, la sanción será de arresto entre treinta (30) y cuarenta y cinco (45) días. En el caso de incumplimiento de medidas de protección impuestas por actos de violencia o maltrato que constituyeren delito o contravención, al agresor se le revocarán los beneficios de excarcelación y los subrogados penales de que estuviere gozando": art. 7 de la Ley 294 de 1996, como modificado por el art. 4 de la Ley 575 de 2000. Adicionalmente, según el artículo 8 de la Ley 294, "Todo comportamiento de retaliación, venganza o evasión de los deberes alimentarios por parte del agresor, se entenderá como incumplimiento de las medidas de protección que le fueron impuestas".

Esta lectura que se desprende de la redacción de la norma puede conducir a pensar que el legislador está excluyendo el daño extrapatrimonial o, peor aún, que legitima la posibilidad de que el agresor se sustraiga a la obligación derivada del principio *neminem laedere*, en caso de que, pese a la verificación del hecho violento, la víctima no reciba atención médica, lo que puede ocurrir por varias razones, por ejemplo: que no se denuncie públicamente la violencia o que se trate de formas de violencia veladas o que no requieran, en el inmediato, atención médica, como la violencia económica o la psicológica.

Este es, pues, el desafortunado panorama legal⁴⁵⁶. En relación con la jurisprudencia, una primera cuestión a señalar es que en Colombia las sentencias de los juzgados y tribunales no son publicadas, por lo que cuando se hace referencia a la posición de la jurisprudencia se habla de la Corte Suprema de Justicia como el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y de la Corte Constitucional. Hasta el momento no existe un solo antecedente judicial del que se tenga noticia en el que se haya condenado al pago de la reparación de los perjuicios por violencia intrafamiliar de los padres contra los hijos o entre cónyuges.

3.2.5. La tímida irrupción de la jurisprudencia: la violencia como fuente de daños intrafamiliares

Pese a la resistencia desde el punto de vista legislativo, en relación con la violencia intrafamiliar contra el cónyuge, la primera discusión se dio en un caso de tutela contra providencia judicial en un proceso de divorcio, cuya causal

456 Cfr. D. C. SALDARRIAGA y N. ÁLVAREZ CADAVID, *Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Implementación de la Ley 1257 de 2008*, Medellín, Ediciones Unaula, 2019, donde se hace un análisis sobre la implementación de la ley a partir de un estudio de campo en el que se analiza la ejecución de las medidas de protección previstas por la ley.

alegada era precisamente la violencia del cónyuge⁴⁵⁷. En ese caso, la demandante solicitó, de manera equivocada, que se otorgara la pensión alimentaria a título de *indemnización* con base en la conducta violenta reiterada por años por parte del esposo. Al margen de los detalles del caso, que se alejan de la premisa de las relaciones paternofiliales, es pertinente ver las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en relación con la responsabilidad civil por la conducta violenta contra el cónyuge.

En ella se reconoce, por primera vez, que es admisible la reparación de los daños intrafamiliares, aunque por la naturaleza del proceso –acción de tutela– la providencia no declaró la responsabilidad civil, sino que devolvió el caso al tribunal para que modificara la decisión en el sentido de no excluir la responsabilidad civil *a priori* porque no se cumplieran los supuestos necesarios para ordenar la pensión alimentaria. Esta sentencia fue objeto de impugnación, examinada por la sala de casación laboral, que revocó la decisión de la sala de casación civil, en el sentido de negar la tutela, pero señalando que la peticionaria podía pedir la indemnización de los daños intrafamiliares en un proceso de responsabilidad civil⁴⁵⁸.

Luego de ello, la tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional, quien dictó la sentencia SU-080 de 2020, en la cual se reconoce la necesidad de indemnizar los daños a la víctima de la violencia de género por parte del cónyuge. En este caso, la Corte pareciera confundir los fenómenos de violencia de género y de violencia intrafamiliar, pues fundamenta la atribución de la responsabilidad civil en el derecho de las mujeres a ser reparadas, según lo que ordena la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belem

457 CSJ, cas. civ., 25 de julio de 2017, ref. stc10829-2017.

458 CSJ, cas. lab., 27 de septiembre de 2017, rad. 75391.

do Pará”, sin siquiera referir o mencionar, aun de manera marginal, las disposiciones de derecho interno que consagran el principio general de reparación; en particular, olvida la Corte estudiar el problema a la luz del artículo 2341 c.c.; mientras que respecto del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 afirma que no garantiza una protección efectiva. Este análisis se antoja artificioso, pues sin desconocer la gravedad del fenómeno de la violencia de género, de la cual ampliamente ya se ha hablado en este libro, centrar el análisis de la violencia intrafamiliar en la violencia de género introduce limitaciones o restricciones a la posibilidad de reparar a víctimas de la violencia no basada en el género, al tiempo que dificulta la aplicación del que es un principio que, en cuanto tal, irradia todo el ordenamiento, cual es el de *neminem laedere*. Decir, como lo hace la Corte en este caso, que nuestro ordenamiento no contempla salidas al problema de la reparación de los daños intrafamiliares, sin siquiera tomar en consideración los instrumentos que existen, alimenta discursos que pueden redundar en denegación de justicia.

Ahora bien, en este caso es claro que el error parte de la demandante, que en su pretensión de que se otorgue la pensión alimentaria a título de *indemnización* confunde dos categorías completamente distintas y, por ende, con requisitos diferentes: la pensión alimentaria y la responsabilidad civil⁴⁵⁹. Según lo que explica la Corte Constitucional en la

459 Permítase el reenvío a N. RUEDA, “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 48, n.   128, 2018, 211, donde se resumieron las diferencias entre estas dos instituciones así:

	Obligación alimentaria a favor de persona mayor de edad	Obligación indemnizatoria
Fuente de la obligación	Ley	Daño

Fundamento	Principio de solidaridad	Principio <i>neminem laedere</i>
Requisitos	Necesidad del acreedor	Existencia del daño
	Capacidad del deudor	Conducta culposa o dolosa
		Nexo de causalidad entre la conducta y el daño
Límites a la liquidación	Necesidad del acreedor	Cuantía del daño
	Capacidad económica del deudor	
Formas de la prestación	Pago en dinero	Pago en dinero
		Mecanismos de reparación simbólica
Funciones	Protección de las personas en condición de vulnerabilidad	Compensatoria
	Protección de la familia	
	Sancionadora (?)	Reparadora

La función sancionadora se incluye por el modelo de divorcio del derecho civil colombiano, basado en la culpa de uno de los cónyuges, figura que resulta anacrónica. De hecho, la tendencia en algunos ordenamientos es la de eliminar el criterio de valoración de la culpa en el divorcio, esto es, el incumplimiento de los deberes conyugales, para atribuir la legitimación para demandar o la titularidad de la obligación alimentaria. Es el caso de España (Ley 15 de 2005) y Argentina (Código Civil y Comercial). En cambio, el divorcio por culpa obstaculiza el trámite del divorcio en cabeza del cónyuge culpable que no recibe el consentimiento del otro. Esta visión comporta una fuerte restricción porque, en concreto, se está obligando a mantener un matrimonio que existe solo en el papel. Y tampoco es suficiente consagrar la causal objetiva, según la cual es posible pedir el divorcio luego de un determinado tiempo de no convivencia entre los cónyuges, pues su configuración comporta un incumplimiento del deber de cohabitación (con el riesgo de ser declarado cónyuge culpable ante una eventual demanda de divorcio) o impone cargas, tiempos y costos adicionales, debiendo adelantarse el proceso de separación de cuerpos (que representa una recarga al sistema judicial si se hace con miras a un posterior proceso de divorcio). La causal objetiva existe, por ejemplo, en Bolivia (art. 131 C. Familia), Colombia (art. 154.8 c.c.), Ecuador (art. 110.11 c.c.), Honduras (art. 238.8 C. Familia), Uruguay (art. 187 que remite a 148.8 c.c. y 185 c.c.). En consecuencia, la

Sentencia SU-080 de 2020, la parte demandante justificó dicha pretensión en el supuesto carácter sancionatorio de los alimentos que se deben al cónyuge no culpable; sin embargo, esta lectura no se puede compartir, pues aun en estos casos el fundamento de la obligación es la solidaridad. Tanto es así que, pese a que se declare que hay un cónyuge culpable, si no se configuran los requisitos de necesidad del alimentado y capacidad del alimentante, no hay lugar, bajo ninguna circunstancia, a ordenar el pago de la obligación de alimentos. De allí que tampoco sea posible afirmar, como se pretendía en la demanda, que la obligación alimentaria puede reparar ciertos daños.

Además, el tribunal, que niega la indemnización porque no se configuran los requisitos para ordenar el pago de la pensión alimentaria, también se equivocó, pues dicha confusión lo condujo a valorar la obligación alimentaria y la obligación indemnizatoria como una misma figura y, por ende, a excluir la indemnización con fundamento en la capacidad económica de la demandante.

Pero también se equivocó la Corte Suprema que propuso la indemnización por medio de la figura de la pensión compensatoria, pues la concibe como una indemnización de perjuicios, que no lo es y, en tal sentido, ciertamente no la excluye⁴⁶⁰. También resulta extraño que se hubiera con-

eliminación del divorcio por culpa contribuiría a la descongestión judicial y permitiría una mayor protección de la autonomía de los sujetos, quienes podrían decidir con libertad el momento de poner fin al matrimonio. El ejercicio responsable de dicha libertad se puede garantizar con la disposición de medidas que sancionen su ejercicio abusivo, como la responsabilidad civil.

460 En RUEDA, “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, cit., 212, se expusieron las diferencias entre la pensión compensatoria y la obligación indemnizatoria así:

	Pensión compensatoria	Indemnización de perjuicios
Presupuesto	Existencia de un desequilibrio económico	Existencia del daño
Finalidad	Corregir el desequilibrio	Reparar el daño

centrado el análisis en la obligación alimentaria, del todo impertinente. En fin, parece ser que la Corte desaprovechó la oportunidad para sentar una línea jurisprudencial en materia de reparación del daño intrafamiliar, cuando se trate de daños distintos al de la nulidad del matrimonio por la mala fe de uno de los cónyuges.

Pese a esta cadena de errores de interpretación, la Corte Suprema acertó excluyendo de manera categórica que la inmunidad sea un principio del ordenamiento colombiano que se explica con base en la ausencia de disposiciones especiales que prevean la indemnización de otro tipo de daños intrafamiliares. A partir de esta consideración, la Corte confirma la viabilidad de apelar a las reglas generales en materia de responsabilidad civil para garantizar una mayor protección a las víctimas de daños por violencia intrafamiliar, por lo que no serían necesarios grandes cambios legislativos, bastando un trabajo de interpretación de dichas normas generales conforme a la Constitución. Afirma entonces la Corte que

se trata de la propia interpretación que puede hacer esta Sala, desde las entrañas del derecho reparatorio que postula las premisas 2341 y siguientes del Código Civil, apalancables por la regla máxima de la supremacía constitucional y que compelen a esta Corte de cuando en cuando para abogar por derroteros que hagan más justa y humana la ardua tarea de aplicar justicia en las controversias de la familia actual para no desamparar al cónyuge o compañero víctima de la intempestiva, irregular

Parámetro de liquidación	Posición de los cónyuges durante el matrimonio y después del divorcio	Cuantía del daño
Beneficiario	Quien quedó en una posición peor a la que tenía durante el matrimonio	Víctima del daño

o arbitraria ruptura del vínculo jurídico que lo ata con el otro integrante de la relación obligatoria causante del finiquito.

De este modo, se podría afirmar que la Corte Suprema zanja así cualquier posible discusión sobre si se pueden o no indemnizar los daños intrafamiliares. El alto tribunal justifica su posición en la relevancia de los vínculos de familia, basados en el afecto y la solidaridad entre sus miembros. En ese sentido, cuando quien debiendo tener una conducta respetuosa de los derechos de un pariente y del estatus de la relación provoca un daño, conculca de manera grave los derechos personalísimos de la víctima, situación que se potencia por el hecho de que la relación esté llamada a perdurar en el tiempo.

Es importante señalar que la segunda instancia de tutela, aunque haya revocado la sentencia con base en que el proceso de divorcio no es el escenario idóneo para declarar la responsabilidad civil por daño intrafamiliar y, en consecuencia, condenar al pago de la indemnización de los perjuicios, no excluyó el reconocimiento del daño intrafamiliar por violencia. Tampoco negó que la víctima pueda ejercer la acción de responsabilidad, confirmando, en todo caso, la posibilidad de indemnizar este tipo de daños.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-080 de 2020 revocó esta decisión y confirmó parcialmente la de primera instancia, bajo “el entendido de que se protege el derecho fundamental de la actora a vivir libre de violencia de género, a ser reparada, a no ser revictimizada y a una decisión de la Administración de Justicia dentro de un plazo razonable”. En consideración a que el proceso ya estaba concluido, la Corte ordenó la apertura de un incidente de reparación para la liquidación de los perjuicios. Esta sentencia constituye un primer paso muy importante hacia la indemnización de los perjuicios intrafamiliares; sin embargo, introdujo más dudas que respuestas. Especialmente problemático resulta señalar como fundamento para la responsabilidad

la Convención “Belem do Pará”, lo que de plano excluiría, si se quisiera hacer una interpretación literal, la reparación de cualquier daño por violencia no basada en el género. De igual manera, concentrando la atención en la violencia de género, la Corte no se ocupó de los daños que pudieron haber sufrido los hijos, de los cuales dan cuenta los hechos relatados en las distintas decisiones de instancia. Bien se podría decir que se trata de una sentencia de tutela, lo que limita los efectos, pero no se puede ignorar el hecho de que se trata de una sentencia de unificación.

En fin, y en contraste con los fundamentos de la decisión, la Corte exhortó al Congreso para que legislara en relación con la reparación de los daños por *violencia intrafamiliar*, reiterando el error en su apreciación de considerar que en el ordenamiento interno no existen remedios efectivos para indemnizar a las víctimas de daños intrafamiliares. En cambio, al Consejo Superior de la Judicatura lo exhortó a capacitar a los jueces en materia de “*violencia contra la mujer* y la urgencia de su prevención y de respuesta efectiva en términos de reparación integral” (cursiva añadida). Así las cosas, no es del todo claro el criterio que orientó la decisión. En este caso también se perdió una valiosa oportunidad para hacer claridad en relación con la interpretación constitucional de este problema.

En todo caso, de darse una intervención por parte del legislador sería interesante que se dirigiera a precisar los aspectos procesales que pueden resultar problemáticos para garantizar, por ejemplo, un acceso efectivo a la administración de justicia para obtener la reparación de estos daños en los procesos de familia, de una parte, porque beneficia la economía procesal, la celeridad y el acceso a la justicia, pero también porque el juez de familia tiene la competencia para determinar las sensibilidades propias del contexto familiar, pero sobre este punto se volverá en la comparación. Pero también, y sobre todo, para garantizar que se reparen los daños, en virtud del principio general de reparación

integral, en casos en los cuales la situación no alcanza a ser conocida por los jueces, *v. gr.*, cuando hay intervención en casos de violencia por parte de las comisarías o, por ejemplo, cuando se trate de unión marital de hecho, donde no hay lugar a alegar causales de terminación de la convivencia con miras a la declaratoria de un “compañero culpable”.

Con estas premisas aparece clara la viabilidad de la indemnización del daño intrafamiliar en el derecho colombiano. Resta, sin embargo, determinar cómo se establece dicha responsabilidad y cómo se indemniza el daño. Al respecto, partiendo de que se propone una aplicación de las reglas generales, para declarar la responsabilidad civil el juez debe determinar la configuración del daño, la existencia de un título de imputación y de un nexo de causalidad entre el hecho dañino y el daño.

En ese sentido, para el legislador la violencia intrafamiliar puede dar lugar a una serie de daños que se proyectan en la esfera psicofísica de la víctima. Es lo que se desprende de una lectura de la Ley 1257 de 2008, que se refiere en concreto a la violencia contra la mujer⁴⁶¹, cuyos principios sirven también para interpretar las normas en materia de violencia intrafamiliar. Por ejemplo, la ley ofrece una serie de definiciones del daño, así:

461 Relevante en este caso porque “[l]a violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, las cuales operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto [por lo que] corresponde al Estado y a la familia procurar mecanismos destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, teniendo los órganos estatales que asumir la mayor responsabilidad, debido a su naturaleza, estructura y funciones”: Corte Const., C-776 de 2010. De este modo, además de la legislación que prevé las medidas de protección contra la violencia, la Ley 1009 de 2006 creó el Observatorio de asuntos de género con carácter permanente, a cargo de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (CPem) y el Decreto 164 de 2010 creó la Comisión Intersectorial “Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres”.

daño psicológico como la “consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”;

daño o sufrimiento físico como “riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona”;

daño o sufrimiento sexual como las “consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas”;

daño patrimonial como la “pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer” (art. 3)⁴⁶².

Además, la misma ley prevé el principio de integralidad, de conformidad con el cual “la atención a las mujeres víctimas de violencia comprenderá información, prevención, orientación, protección, sanción, *reparación* y estabilización”

462 Según la jurisprudencia constitucional, “[l]a importancia de estas disposiciones [con referencia a todas las medidas introducidas por la ley 1257] radica en que el Legislador incorporó en nuestro ordenamiento un tratamiento especial para este tipo de eventos, a la vez que reconoció que cuando los actos de violencia contra las mujeres deben ser resueltos y analizados con base en criterios diferentes a los que tradicionalmente se utilizan”: Corte Const., T-012 de 2016.

(art. 6), y consagra el derecho de *toda víctima* de alguna de las formas de violencia previstas en la ley a “la verdad, la justicia, la *reparación* y garantías de no repetición frente a los hechos constitutivos de violencia”⁴⁶³.

Con ello, el legislador reconoce que la violencia intrafamiliar se puede traducir en lesiones a la integridad psicofísica, con la posibilidad de producir daños patrimoniales y extrapatrimoniales susceptibles de reparación, por lo que, al menos en relación con la hipótesis de violencia, no tendrían por qué existir reservas de ningún tipo por parte de los jueces para declarar la responsabilidad civil y la consiguiente indemnización. A este respecto, se tendrá que considerar tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como el hecho de que se trata, sin lugar a duda, de un daño a la persona. Sin embargo, pese a los esfuerzos legislativos, estas previsiones no se han reflejado en la jurisprudencia, que se detiene en la imposición de los tradicionales remedios civiles y penales.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional no ha sido consistente en la interpretación. En un primer momento se consideró que la violencia intrafamiliar comportaba una violación a los derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad humana, a la prohibición de someter a tratos crue-

463 En relación con las garantías de no repetición, resulta relevante la Sentencia de la Corte Constitucional T-434 de 2014 que, luego de haber verificado una serie de conductas negligentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley para la real garantía de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar, decide ordenar a una serie de autoridades judiciales, de policía y administrativas “que adopten los correctivos necesarios dirigidos a brindar una respuesta oportuna, eficiente y diligente frente a los casos de denuncia por hechos de violencia intrafamiliar contra mujeres y menores de edad, con miras a garantizar el carácter prevalente de los derechos de los niños y velar por el cumplimiento del principio de protección especial a la mujer víctima de la violencia”.

les, inhumanos o degradantes⁴⁶⁴ asimilables a la tortura⁴⁶⁵; por lo que se reconoció la procedencia de la acción de tutela como un mecanismo expedito para proteger a los miembros de la familia víctimas de la violencia⁴⁶⁶. Esta interpretación confirmaba que la violencia intrafamiliar puede dar lugar a daños a la integridad de las víctimas, por lo que procedía ordenar medidas de protección especial ante las autoridades de policía y autoridades judiciales, pues hasta entonces no existían herramientas, distintas a la denuncia penal, que permitieran hacer frente al problema⁴⁶⁷.

Con la expedición de la Ley 294 de 1996 la línea jurisprudencial cambió, para excluir la procedencia de la acción de tutela en casos de violencia intrafamiliar, pues, en criterio de la Corte, el procedimiento de la ley era más sumario, por lo que la tutela podría proceder solo de manera excepcional, mientras se decretaban las medidas previstas en la ley, o si estas resultaban insuficientes. Adicionalmente, se creyó

464 Al respecto, la Corte Const., C-408 de 1996, señaló que “las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer (sic), ‘la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’ (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer*. Documento E/CN.4/1996/53, párrafo 48)”.

465 En relación con ello, *cfr.* AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Cuerpos rotos, mentes destrozadas, tortura y malos tratos a mujeres*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2001, que presenta una serie de desgarradores relatos de mujeres de todo el mundo y sostiene la relevancia global del problema de la violencia como una violación de derechos humanos, constitutiva de una forma de tortura, agravada por el hecho de que se presente en la familia, el que las víctimas no cuenten con garantías efectivas de protección.

466 Corte Const., T-529 de 1992, T-382 de 1994, T-487 de 1994, T-552 de 1994.

467 Corte Const., T-181 de 1995, T-436 de 1995 y T-557 de 1995.

necesario que los casos de violencia intrafamiliar fueran conocidos por las autoridades que, ejerciendo las facultades previstas en la Ley, podían determinar con mayor previsión y competencia los hechos relevantes, así como los mecanismos idóneos para superar y conjurar la violencia⁴⁶⁸.

Luego, la Corte ha tenido varias oportunidades para adecuar el sistema de protección a las exigencias derivadas de una interpretación respetuosa de la Constitución y del bloque de constitucionalidad⁴⁶⁹.

468 Corte Const., T-608 de 2001, T-789 de 2001, T-282 de 2002, T-133 de 2004 y T-416 de 2006. Para un análisis crítico sobre los problemas en materia de competencia de los comisarios de familia, en particular con relación a la naturaleza de sus decisiones y a la posibilidad de prejuzgamiento de la violencia, véase D. M. GÓMEZ AFANADOR y L. M. ESTRADA JARAMILLO, "Dificultades en las competencias jurisdiccionales en materia de violencia intrafamiliar de las comisarías de familia", *Revista CES Derecho* 8, n.º 1, 2017, 139-55.

469 Entre otras, se destacan Corte Const., sentencias C-285 de 1997, en la que declaró inexecutable el artículo 25 de la ley 294 de 1996 "al considerar que no era proporcionado imponer una sanción menor para el delito de violencia sexual cuando se daba entre cónyuges, que aquella que se imponía cuando las dos partes eran desconocidas"; C-652 de 1997; C-273 de 1998, en la que declaró inexecutable el desistimiento tácito de la víctima en los procesos de violencia intrafamiliar, por considerar que, en nombre de la celeridad de la justicia, se desprotegió a la parte más débil del conflicto familiar; previó sí la posibilidad de que la víctima desistiera de las medidas de protección, de manera unilateral o producto de una conciliación con su agresor; C-059 de 2005, donde afirmó que "en la complejidad de la vida intrafamiliar pueden presentarse conflictos que trasciendan al ámbito de la violencia, para cuya solución y tratamiento, dada la convivencia cercana y cotidiana entre agresor y víctima, no sólo es suficiente la adopción de medidas de carácter represivo contra el agresor, sino que además deben implementarse otros mecanismos que, en el ámbito preventivo y correctivo, ofrezcan protección a la víctima a la vez que contribuyan al restablecimiento de la armonía y unidad familiar"; C-674 de 2005 en la que señaló que "el problema de la violencia intrafamiliar abarca toda expresión de agresiones entre integrantes de la familia, independientemente de su gravedad, incluyendo la violencia física, psicológica y sexual, así como la social y la económica. Explicó que las víctimas de maltrato sexual tienen tres herramientas para lograr su protección: (i) pueden acudir a la justicia penal bajo los tipos penales que protegen la libertad, la integridad y la formación sexuales; (ii) para las manifestaciones de violencia que no se reprimen con una sanción mayor, se debe imponer la sanción del delito de violencia intrafamiliar; y (iii) para los actos que no encajan en las anteriores hipótesis, la norma previó medidas de prevención, asesoramiento

En conclusión, el ordenamiento jurídico colombiano prevé una serie de herramientas que se dirigen a combatir la violencia intrafamiliar y a proteger a las víctimas, tanto en el derecho de familia como en el derecho penal.

3.2.6. Medidas de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar

Una primera herramienta para hacer frente a la violencia la constituyen las medidas de protección a las que se refiere la Ley 294 de 1996, reformada por la Ley 1257 de 2008 y según la cual la autoridad competente (los comisarios de familia, o en su defecto, los jueces civiles municipales o promiscuos municipales del lugar de los hechos), una vez que tenga conocimiento de la violencia, “ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar” (art. 5), y podrá imponer una serie de medidas con cierta discrecionalidad, pudiendo impartir *cualquiera* de ellas u otras, según lo que considere más adecuado para conjurar la violencia⁴⁷⁰.

y asistencia”; C-322 de 2006; C-335 de 2013, en la que declaró exequible la expresión “medidas para fomentar la sanción social” del numeral 5 del artículo 9 de la Ley 1257 de 2008, por considerar que desarrolla los mandatos constitucionales y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; C-368 de 2014, que declaró la exequibilidad del art. 229 c.p.co. que incrementaba la sanción penal para los casos de violencia intrafamiliar, por considerar que era una medida idónea para dar cumplimiento al deber especial de protección a la familia y a sus miembros más vulnerables; C-239 de 2014, que declaró la exequibilidad del art. 230A c.p.co., que prevé el tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, por considerar que “dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene a su cargo la custodia y cuidado del hijo menor y a la situación del padre a quien corresponde el régimen de visitas al mismo, no implica una discriminación injustificada ni desconoce el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella”.

470 “En lugar de limitar la discrecionalidad de la autoridad judicial que tiene a su cargo la solución del conflicto, dicho listado opera como un marco

A continuación, se enunciarán las medidas como están previstas por la ley y se advierten, allí donde corresponda, los elementos que se desprenden de la jurisprudencia para interpretarlas y aplicarlas. En primer lugar, las medidas que buscan la protección inmediata de la integridad psicofísica de las víctimas, o de sus bienes, son:

- a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia⁴⁷¹;
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada⁴⁷²;

ilustrativo de los instrumentos que la ley puso a su disposición para salvaguardar los bienes jurídicos que podrían resultar vulnerados a partir de una conducta constitutiva de violencia intrafamiliar o reparar el daño que se les ha causado, una vez consumado el acto nocivo”: T-261 de 2013.

471 Para hacer efectiva la medida, “la autoridad competente enviará copia de la medida provisional o definitiva decretadas a la persona encargada de la vigilancia de la respectiva casa o lugar de habitación, así como al Consejo de Administración o al Comité de Convivencia, al propietario, arrendador o administrador o a quien tenga a su cargo la responsabilidad del inmueble, para que adopten las medidas pertinentes, con copia a la Policía Nacional, con el objeto de evitar el acceso al lugar por parte del agresor. Cuando no exista un sistema de control de ingreso en la casa o lugar de habitación, la autoridad competente deberá oficiar a la Policía Nacional para que garantice el cumplimiento de la orden”: Decreto 4799 de 2011, num. 1, art. 3, artículo compilado en el artículo 2.2.3.8.2.4 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

472 Para hacer efectiva la medida, “a solicitud de la víctima, o su representante, apoderado o solicitante, la autoridad competente enviará orden de fijación de la medida provisional o definitiva decretada, a los sitios que la víctima determine, para que los encargados del control de entrada y salida del personal, el propietario, arrendador o administrador o quien tenga a su cargo la responsabilidad del inmueble, den cumplimiento a la misma, para evitar

c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar⁴⁷³;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere;

g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad⁴⁷⁴;

i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada;

l) Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente.

el ingreso del agresor. Cuando no exista un sistema de control de ingreso, la autoridad competente deberá oficiar a la Policía Nacional para que garantice el cumplimiento de la orden”: Decreto 4799 de 2011, num. 2, art. 3.

473 En este caso, “la autoridad competente oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que esta Entidad adopte las medidas necesarias de información a todos los centros zonales a fin de impedir el otorgamiento de custodias a favor de los agresores”: Decreto 4799 de 2011, num. 3, art. 3.

474 En estos dos casos, “cuando corresponda a la Policía Nacional la ejecución de la orden impartida por la autoridad competente, se realizará de manera concertada con la víctima, atendiendo a los principios de los programas de protección de Derechos Humanos, y a los siguientes criterios: a) La protección de la víctima teniendo en cuenta las circunstancias particulares de riesgo; b) El cumplimiento de la orden contenida en la medida protección conferida por la autoridad competente; y, c) La responsabilidad del Estado en materia de protección de los derechos de las mujeres”: Decreto 4799 de 2011, num. 5, art. 3.

Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial;

m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima;

Todas son medidas que pretenden garantizar de manera inmediata la integridad psicofísica de la víctima y de los demás miembros de la familia. Su decreto depende del riesgo para la integridad, por lo que para su imposición no se exigen requisitos adicionales, ni tampoco es necesario que haya habido con anterioridad agresiones físicas, pues el estado de zozobra por la amenaza ya justifica declarar cualquiera de ellas.

Exigir que la amenaza se concrete en agresiones físicas, o que medie denuncia penal⁴⁷⁵, o exigir requisitos no contem-

475 Como lo hizo el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2016, de apelación, en la que revocó una serie de medidas impuestas por la Comisaría Octava de Familia de Kennedy, porque consideró que para imponer la medida de desalojo era necesaria la denuncia previa al sancionado por los delitos de violencia intrafamiliar o lesiones personales, pues en su criterio la medida de desalojo es “de las últimas que se debe adoptar y en circunstancias muy particulares de violencia física”, que no correspondía aplicar en este caso porque el querellado era una persona de la tercera edad, así lo manifestó en contestación a la demanda por la tutela interpuesta por la víctima de la violencia contra la sentencia, resuelta por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (25 de julio de 2016) en primera instancia, y por la Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 24 de agosto de 2016, ambas confirmando la interpretación del juzgado. Consideraciones similares hizo la Comisaría Segunda de Familia de Chía que, en audiencia del 2 de febrero de 2012, ordenó a los cónyuges a mantener residencias separadas, pero se abstuvo de ordenar el desalojo por parte del querellado porque “no representaba una amenaza para la vida, integridad física o salud de los miembros de la familia”. No resulta comprensible que se ordene la separación del padre, pero se deje la residencia familiar a él aun cuando hay hijos menores de edad de por medio, lo que parece constituir una medida que concentra la atención en el conflicto de la pareja y parece ignorar el interés de los hijos menores de edad; la Comisaría justificó la decisión en el hecho de que la madre estaba ya fuera de la residencia porque había huido con los hijos antes de la fecha de la audiencia. Esta decisión fue

plados en la ley, no es más que una distorsión del sentido y del espíritu de la norma que busca garantizar el derecho a una vida libre de violencia. Tampoco procede la exclusión de estas medidas en consideración a una posición de debilidad del agresor (como, por ejemplo, pertenecer a una población vulnerable), pues no procede privilegiar los derechos del agresor cuando ello suponga un desconocimiento de los derechos de la víctima o de su posición de indefensión o vulnerabilidad⁴⁷⁶.

confirmada en apelación por el Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá en sentencia del 28 de marzo de 2012. En sede de tutela, estas decisiones no fueron revocadas, ni en primera instancia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, 24 de agosto de 2012, ni en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 21 de septiembre de 2012, ni en revisión por parte de la Corte Const., T-261 de 2013, con fundamento en que la decisión no violaba el interés superior de los hijos y en que las autoridades accionadas habían valorado correctamente las pruebas.

476 De hecho, la condición de persona vulnerable no impidió al agresor “ejercer constantes y sistemáticos ataques violentos contra su compañera permanente e hijos, desconociendo los deberes de protección, solidaridad y ayuda mutua que le asistían frente a su familia”; así lo reconoció la Corte Const., T-145 de 2017, que revisaba las sentencias del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá y de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia referidas en la nota anterior, en la que señala como un error por parte del Juzgado que se limitara “a señalar que ‘las partes en contienda pertenecen a población de la tercera edad por lo que merecen protección igualitaria, es decir, al accionado no se le pueden soslayar sus derechos’, desconociendo de esta manera la protección reforzada que amparaba a la accionante como mujer víctima de violencia intrafamiliar, violencia contra la mujer y como adulta mayor”. Además, el accionado omitió adoptar la perspectiva de género en el análisis del caso, en particular, que “en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia”. Esta sentencia es relevante porque en su parte resolutive decide “prevenir a los Comisarios de familia, a los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales y a los Jueces de Control de Garantías que deberán ceñir sus actuaciones en casos similares de violencia familiar y violencia basada en género de manera estricta a la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000, y a la Ley 1257 de 2008, con una perspectiva de género”; lo que supone, en criterio de la Corte, entre muchas otras medidas, y en cumplimiento de la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que el Estado deba “desplegar toda su actividad administrativa, legal y judi-

Ahora bien, son medidas necesarias para proteger a la víctima, pero para efectos de la reparación del daño no son ni suficientes ni idóneas. De mayor interés son las que se refieren a las obligaciones del agresor de comprometerse en un proceso terapéutico, y aquellas de carácter civil, concebidas, en todo caso, en función de la agresión o de su amenaza, sin considerar la posibilidad de indemnizar a la víctima. Así, se prevén, por ejemplo:

d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor.

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima;

El literal e se refiere a la medida de protección que en principio preveía la indemnización de los daños y que, luego de la modificación del 2000, quedó prevista como una disposición tendiente a garantizar solo la asistencia médica que pueda llegar a requerir la víctima. Como ya se dijo (*supra* llamado de nota 453), el Estado debe garantizar estos servicios (de los dos literales), y en caso de que la víctima asuma los costos, deberá ordenarse el reembolso por parte del agresor. En este punto se reenvía a lo ya dicho acerca de la insuficiencia de esta medida para satisfacer el interés de la víctima y repararla, especialmente considerando la evolución normativa. Adicionalmente, existen otras medidas de carácter civil, a saber:

cial para revertir y eliminar los prejuicios de los operadores estatales que impiden a las mujeres víctimas de violencia basada en el género el acceso a la administración de justicia”.

h) Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

Parágrafo 1o. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo.

Parágrafo 2.º Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar.

Como se puede ver, se trata de medidas de carácter temporal y provisional, útiles, sin duda, pero insuficientes o inidóneas para reparar el daño que efectivamente sufra la víctima, entre otras cosas, porque no hacen ninguna referencia a dicha posibilidad. Ello tiene sentido pues, siendo medidas provisionales y urgentes, no son compatibles con el remedio indemnizatorio. En ese sentido, no es posible hablar en este caso de inmunidad, por lo que es necesario explorar los remedios tradicionales del derecho penal y del derecho civil y de familia.

3.2.7. Violencia intrafamiliar y derecho penal

Desde el punto de vista penal, existe un tipo penal especial expreso para combatir la violencia intrafamiliar, cuya pena es más gravosa en relación con otros tipos penales, por lo que no es inane la diferencia entre uno u otro. La criminalización de la violencia intrafamiliar es, sin lugar a duda, mérito de una larga discusión promovida por el feminismo, que pretendía su reconocimiento como un tipo penal autónomo. De hecho, autorizada doctrina la equiparaba a la tortura, tratos crueles e inhumanos, o de terrorismo en el hogar, por lo que se reclamaba del Estado una postura seria en su persecución y sanción⁴⁷⁷. También existen otros tipos penales que se refieren a formas específicas de maltrato, según el tipo de sujetos involucrados, pero que no se refieren a las relaciones paternofiliales, por lo que no son pertinentes⁴⁷⁸.

477 Se destacan, por ejemplo, R. COPELON, "Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture", en R. J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Philadelphia University of Pennsylvania Press, 1994, 113-52; C. MACKINNON, "On Torture: A Feminist Perspective on Human Rights", en K. Mahoney y P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Massachusetts Martinus Nijhoff, 1993, 21-32; I. MARCUS, "Reframing 'Domestic Violence': Terrorism in the Home", en M. Fineman y R. Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse*, New York, Routledge, 1994, 11-35; S.E. MERRY, *Gender Violence: A Cultural Perspective*, Wiley Blackwell Introduction to Engaged Anthropology Series, Sussex, Wiley-Blackwell, 2009; D. WILLS, "Domestic Violence: The Case for Aggressive Prosecution", *UCLA Women's Law Journal* 7, n.º 2, 1997, 173-82.

478 Es el caso del artículo 229A c.p.co., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1850 de 2017, que sanciona el maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años. En este caso define el maltrato como la situación en la que se somete "a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud", y lo sanciona con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y en multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Adicionalmente, el artículo 230 c.p.co. prevé el tipo penal de maltrato mediante restricción a la libertad física, descrito así: "El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona

En cambio, en el capítulo de los delitos contra la familia hay por lo menos dos tipos penales en los que se puede configurar un daño a los hijos (tabla 6).

TABLA 6. REMEDIOS DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO
A LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LOS HIJOS

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Supuesto de hecho	Sanción
Delitos contra la familia	Violencia intrafamiliar	Art. 229	El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar	<p>Pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años [...] siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor</p> <p>Agravante: La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.</p>

(Continúa)

mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o puesta bajo su cuidado, o en menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Supuesto de hecho	Sanción
	Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad	Art. 230A	El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal	<p>Penal de prisión de uno (1) a tres (3) años</p> <p>Multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>

Fuente: elaboración propia.

Una premisa para la aplicación de la pena prevista es que la conducta no constituya un delito para el que se prevea una sanción mayor, como los casos que se enuncian en la tabla 7.

TABLA 7. TIPOS PENALES ALTERNATIVOS AL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTRA DE LOS HIJOS EN DERECHO COLOMBIANO

Ámbito	Tipo penal	Disposición
Delitos contra la vida y la integridad personal	Homicidio Agravado si causado se comete en los descendientes	art. 103
	Feminicidio Se aplica también si existía relación familiar o de convivencia con la víctima, y si antecedió violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella; En aprovechamiento de una relación de poder sobre la mujer expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural; Si existen antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el	art. 104A

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición
	ámbito doméstico o familiar, con independencia de que no se haya denunciado. Agravado si se comete en menor de edad o en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.	
	Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas	art. 108
	Lesiones personales si se causa un daño que consista en la pérdida de la función de un órgano o miembro Lesiones causadas con agentes químicos, ácidos o sustancias similares Agravadas si causadas en niños o niñas menores de 14 años. También si la deformidad afecta el rostro. También si se causan en persona protegida (art. 137)	art. 116 art. 116A
	En otros casos en los que procede el otro delito, en consideración a que la pena máxima prevista es mayor que la de violencia intrafamiliar, aunque la mínima sea menor, la imposición de la pena no puede ser inferior a la mínima pena para la violencia intrafamiliar:	
	Lesiones personales cuando provoquen deformidad física Agravadas si la deformidad afecta el rostro	art. 113
	Lesiones que producen perturbación funcional de un órgano o miembro	art. 114
	Lesiones que producen perturbación psíquica	art. 115
	Aborto sin consentimiento	art. 123
Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH	Homicidio en persona protegida	art. 135
	Tortura en persona protegida	art. 137
	Acceso carnal violento en persona protegida	art. 138
	Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años	art. 138a
	Actos sexuales violentos en persona protegida	art. 139

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición
	Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años	art. 139a
	Esterilización forzada en persona protegida	art. 139b
	Embarazo forzado en persona protegida	art. 139c
	Desnudez forzada en persona protegida	art. 139d
	Aborto forzado en persona protegida	art. 139e
	Prostitución forzada en persona protegida	art. 141
	Esclavitud sexual en persona protegida	art. 141a
	Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual	art. 141b
	Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida	art. 146
	Constreñimiento a apoyo bélico	art. 150
Delitos contra la libertad individual y otras garantías	Desaparición forzada Agravada si se ejecuta en menor de edad	art. 165
	Secuestro simple Agravado si se comete en menor de edad y si se ejecuta respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica	art. 168
Delitos contra la autonomía personal	Tortura Agravada si se ejecuta contra menor de edad	art. 178
	Trata de personas Agravada si la víctima es menor de edad, y si el responsable es pariente de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil	art. 188a
	Tráfico de niñas, niños y adolescentes Agravada si el responsable es pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de la víctima	art. 188c

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición
	Uso de menores de edad en la comisión de delitos Agravada si el responsable es pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de la víctima	art. 188d
Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales	Acceso carnal violento Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 205
	Acto sexual violento Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 206
	Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 207
	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 208
	Actos sexuales con menor de catorce años Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 209
	Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 210
	Inducción a la prostitución Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 213

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición
	Proxenetismo con menor de edad Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 213A
	Constreñimiento a la prostitución Agravado si la víctima es pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil	art. 214
	Estímulo a la prostitución de menores Agravado si el responsable hace parte de la familia de la víctima	art. 217
	Pornografía con personas menores de 18 años	art. 218

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, en relación con el delito de violencia intrafamiliar, cabe hacer algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, no es un delito querellable y, en consecuencia, desistible (art. 1 Ley 1542 de 2012). Antes de esta reforma, el código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) introdujo una concepción restaurativa, consagrando este como un delito menor, es decir, querellable y con la imposición de la conciliación como mecanismo de justicia restaurativa⁴⁷⁹, sin que procediera la prisión como medida preventiva. En su lugar, con la reforma de 2012 se impuso una concepción punitiva, con la que se aumentaron las penas y se eliminó el carácter de querellable de este delito⁴⁸⁰.

479 Para una crítica de la previsión de la conciliación en este contexto véase J. LEMAITRE RIPOLL, "Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal", *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2002, 73-98.

480 Para un análisis de las consecuencias de uno y otro sistema véase SÁNCHEZ-MEJÍA, "Agendas en competencia para abordar la violencia intrafamiliar...", cit. Según la jurisprudencia, el fundamento de la reforma radica en que eliminar la querrela como requisito para iniciar la acción penal en el caso de la violencia intrafamiliar conduce a proteger "la vida, la salud, y la integridad de la mujer, la armonía y la unidad familiar, y resultan un medio idóneo,

Considerando que la violencia es un delito, allí donde resulte investigada y se declare la responsabilidad penal mediante condena en firme, se genera la obligación de reparar los daños que se causen (art. 94 c.p.co.), daños que pueden ser morales y materiales, y cuyo reconocimiento se deberá tramitar mediante incidente de reparación integral (art. 102 c.p.p.co.). Entonces, si bien la víctima podrá acceder a la reparación de los daños, el hecho de que el incidente de reparación integral pueda promoverse solo hasta la ejecutoria de la sentencia condenatoria conduce a un escenario de inmunidad parcial, pues la víctima tendrá que esperar el tiempo para agotar las dos instancias, y la casación, si a ella hubiera lugar, para poder obtener una reparación de los daños. Ahora bien, dado que se afirma que la violencia intrafamiliar constituye también un ilícito civil, no resulta admisible condicionar la satisfacción del interés de la víctima al término del proceso penal.

A este problema se suma el hecho de que, se insiste, la pena de prisión y eventuales multas no necesariamente son idóneas para reparar a la víctima o satisfacer su interés porque, aunque son útiles⁴⁸¹, parecieran seguir centradas en el agresor y su sanción, y no en la víctima, lo que riñe con la plena satisfacción de sus intereses⁴⁸².

al contribuir a la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar”: Corte Const., C-022 de 2015.

481 Una defensa de la intervención penal para castigar la violencia intrafamiliar como un instrumento idóneo para otorgar justicia a las víctimas, en clave feminista se puede ver en J. LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre, 2009, 181-94.

482 Una crítica a la visión punitivista tradicional se puede ver en J. A. SAMPEDRO ARRUBLA, “El proceso penal como encuentro víctima-victimario: Reflexión en torno al espacio judicial como escenario de encuentro hacia la reconciliación”, *Revista de Victimología*, n.º 3, 2016, 121-36; J. A. SAMPEDRO ARRUBLA, “Las víctimas del delito en los tiempos del olvido. Una reflexión desde la victimología en torno a la reforma al sistema penal en Colombia”, *Revista de Derecho*, n.º 9, 2004, 105-34.

Las mismas consideraciones valen para el tipo penal de *ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad*, precisando que, aunque la norma condicione el delito a que quien lo cometa tenga “el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”, sin lugar a duda constituye un delito también contra los hijos, pues a ellos se les priva del goce de la relación con el otro titular de la responsabilidad parental. Es pues una violación del derecho del hijo a tener una familia y no ser separado de ella y a recibir cuidado y amor (arts. 44 c.p.co. y 22 c.i. y a.). De allí que resulte desacertada la elección del legislador, pues condiciona erradamente la comisión del delito a la verificación de un elemento subjetivo que puede ser falseado sin mayor dificultad, lo cual agrava la carga de la prueba. Parece evidente el lastre de la patria potestad en la elección del legislador, mientras que bastaba centrar la atención en el interés y los derechos de los hijos.

3.2.8. Violencia intrafamiliar y derecho de familia, infancia y adolescencia

En el caso colombiano, al igual que como se vio para el caso italiano, también se excluye que la violencia esté comprendida dentro de la facultad que otorga el *ius corrigendi*, de manera que, si bien “los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente” (art. 262 c.c.co.), su derecho no es absoluto, sino que se trata más bien de “derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor”⁴⁸³.

483 Corte Const., T-474 de 1996; C-1003 de 2007. Sin embargo, algunos estudios demuestran que culturalmente es aceptada la violencia como una expresión

El fundamento de dicha restricción está en las disposiciones constitucionales relativas a la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 c.p.co.), a que “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad” (art. 42 c.p.co.), a que los niños deben ser protegidos contra toda forma de violencia física o moral (arts. 44 c.p.co. y 20 c.i. y a.), y en la norma legal según la cual “en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos” (art. 14 c.i. y a.), la facultad para corregir a los hijos no puede constituir en ningún caso violencia, maltrato, lesiones a la integridad psicofísica o a la dignidad humana⁴⁸⁴.

De allí que, si los padres incurren en violencia, están traicionando la responsabilidad que en cuanto padres les asiste, por lo que el ordenamiento jurídico debe desplegarse para remediar la situación, pues su ocurrencia constituye una violación de los derechos fundamentales del hijo⁴⁸⁵.

cotidiana del deber de corrección cuando se hace necesario. En ese sentido, la ENDS 2015, pero también: V. M. ROMERO MENDOZA y J. AMAR AMAR, “Modelo de atención integral a mujeres, niñas y niños víctimas de violencia intrafamiliar llevado a cabo en centros de atención de la ciudad de Barranquilla (Colombia)”, *Investigación y Desarrollo* 17, n.º 1, 2009, 57.

484 Pues “la patria potestad no puede traducirse en decisiones que violenten o transgredan los derechos fundamentales del menor, de hecho por ejemplo, en aras de educar y corregir al hijo el padre no puede maltratarlo y agredirlo sin atentar contra sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la dignidad; tampoco puede el titular de la patria potestad tomar decisiones que afecten a sus hijos, contrarias o nugatorias de su condición de ser dotado de una relativa autonomía, salvo que con ellas el menor ponga en peligro su propia vida”: Corte Const., T-474 de 1996. *Cfr.* también Corte Const., C-371 de 1994.

485 “El legislador estableció una serie de causales de suspensión y otras de terminación de la patria potestad, dado que en aras de la garantía del interés superior del menor quienes no cumplen sus responsabilidades como padres o con sus actuaciones se hacen indignos de ejercer la representación de sus hijos, deben cesar temporal o definitivamente con la titularidad de las facultades que tal condición les otorga la ley, para que en su lugar sea

Frente a esta hipótesis el remedio por excelencia es el de suspensión o privación de la potestad parental (arts. 310 y 315 c.c.co.). Así, de conformidad con el artículo 315 c.c.co., al cual reenvía el art. 310, la terminación se puede decretar por maltrato del hijo, por abandono, por depravación que incapacite a los padres, o por haber sido condenados los padres a pena privativa de la libertad superior a un año; mientras que la suspensión de la patria potestad puede decretarse respecto de los padres “por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia” (art. 310).

La diferencia entre una y otra es que la terminación tiene carácter permanente, por lo que, una vez decretada, el padre respecto del cual se declaró no la puede recuperar; mientras que, en el caso de la suspensión, si cesa la causal por la que se decretó, hay lugar a rehabilitar su titularidad⁴⁸⁶. En ningún caso, la pérdida o suspensión de la potestad parental exonera a los padres del cumplimiento de sus deberes (art. 315 c.c.co.), por lo que se mantiene la obligación de proveer alimentos⁴⁸⁷. Adicionalmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, concentrado en establecer las mayores y mejores garantías para la infancia en Colombia, dispuso un sistema de protección integral, entendido como

el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los

un guardador (tutor o curador) quien brinde la protección especial que requiere el hijo”: Corte Const., C-997 de 2004.

486 Cfr. SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia...*, cit., 188.

487 Cfr. ICBF, Concepto 112 de 2013, ref. 10400/1759025739.

ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos (art. 7).

Mientras que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes lo define como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (art. 8); de lo cual se deriva que

En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente (art. 9).

Además, los niños deben ser protegidos “contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico” (art. 18); y tienen derecho a la libertad y seguridad personal (art. 21) y a la salud (art. 27). Con estas premisas, el c.i. y a. prevé una serie de *medidas de restablecimiento de derechos* que pretenden “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (art. 50). Toda vez que la violencia y el maltrato infantil⁴⁸⁸ constituyen una vulneración de los derechos del niño, dichas medidas comprenden:

488 Según el art. 18 del c.i. y a., es “toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el

TABLA 8. MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE
LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Medida (art. 53)	Contenido y alcance
Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico	Comporta conminar a los padres a cumplir sus deberes legales, así como la orden para cesar las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños (art. 54)
Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado	
Ubicación inmediata en medio familiar	Es la ubicación del niño con sus padres u otros parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior (art. 56).
Ubicación en hogar de paso	Es la ubicación inmediata y provisional con familias de la red de hogares de paso. Es procedente en caso de que no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención (art. 57). Es una medida de carácter transitorio, pues no puede exceder los ocho días hábiles, luego de los cuales se debe decretar otra medida.
Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso	
Ubicación en hogar sustituto	Se trata de la ubicación del niño en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen (art. 59). También es una medida de carácter transitorio, sin que pueda exceder los seis meses, prorrogables por otros seis meses previo concepto favorable del jefe jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
La adopción	

(Continúa)

adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

Medida (art. 53)	Contenido y alcance
	<p>Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.</p> <p>Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.</p> <p>Parágrafo 1.º La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.</p>

Fuente: elaboración propia.

Como se puede ver, el código prevé una serie de medidas que van desde unas menos “invasivas”, en el sentido de buscar corregir la situación de vulneración de derechos sin alterar las dinámicas propias de la familia, hasta la adopción, que comporta que previamente se haya declarado la situación de adoptabilidad, esto es, que se haya decretado la pérdida de la potestad parental.

Estas son, pues, las medidas previstas por el ordenamiento colombiano para remediar la violencia intrafamiliar en contra de los hijos. Si bien es cierto que se trata de un complejo sistema que busca ofrecer la máxima protección de los derechos de los niños, el remedio indemnizatorio no se contempla. Este se puede aplicar si se declara la responsabilidad penal, lo que conduce a afirmar que cabe en cualquier hipótesis en que produzca un daño, considerando que es, en todo caso, un ilícito civil. De lo contrario, se corre el riesgo de producir desigualdades entre las víctimas, pues se verían indemnizadas solo aquellas en las que la acción penal conduzca a una condena en firme.

Es de resaltar, sí, que el sistema previsto por el Código de Infancia y Adolescencia se basa en el principio de corresponsabilidad (art. 10) por lo que, para la aplicación de todas las medidas de protección, existe una concurrencia de actores y acciones tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, por lo que se proyecta, al menos en términos

ideales, como una garantía de actuación del Estado a distintos niveles, con obligaciones también para la sociedad y la familia. Sin embargo, en su puesta en marcha se debe enfrentar a una serie de prejuicios, a la desfinanciación de las entidades, o a la negligencia de ciertas autoridades, por lo que la corresponsabilidad puede terminar siendo una excusa para ceder la propia responsabilidad, en lugar de reforzar la responsabilidad de los demás actores.

Por todo ello se confirma la viabilidad del remedio indemnizatorio, debiéndose sí fijar ciertas reglas para su reconocimiento en el ámbito familiar, de modo que, en efecto, se privilegie la armonía y la solidaridad familiar, reparando los daños que la violencia produce. Pero la violencia comporta también una violación de los deberes de padre que, en términos generales, presenta ciertos matices respecto de la violencia, pues no necesariamente adquiere relevancia penal. Se verá a continuación el sistema de remedios a esta hipótesis.

3.3. VIOLACIÓN O INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PARENTALES

Esta hipótesis de daño tiene lugar gracias a la existencia de una serie de deberes y atribuciones que se derivan de la responsabilidad parental y que tienden a garantizar la existencia de una relación armoniosa entre padres e hijos, así como la realización de los derechos e intereses de estos. Dichos deberes se predicen con independencia de la existencia de una relación formal entre los padres, y sin consideración a distinciones entre los hijos. En otras palabras, en este escenario también debe existir igualdad entre todos los miembros de la familia, con la particularidad de que, como se dijo en el párrafo anterior, los derechos de los niños y adolescentes se consideran prevalentes (art. 9 c.i. y a.).

Una premisa adicional tiene que ver con que el cumplimiento de los deberes derivados de la condición de padre/madre corresponde por igual a ambos (arts. 253 c.c.co. y 14

c.i. y a.), sin que sea posible sustraerse a su cumplimiento. Pese a ciertas diferencias entre el modelo que expone el código civil, ligado a una visión decimonónica de la relación paternofamiliar, y el modelo del código de infancia, orientado en clave constitucional, para la interpretación de los deberes que se derivan de la mal llamada potestad parental el criterio orientador es, siempre, la realización y satisfacción de los derechos del hijo. Sin embargo, es importante conocer los dos modelos.

3.3.1. Los deberes parentales según el código civil: la veneración de la patria potestad

El modelo de los deberes parentales establecido por el código civil presenta cuestiones que producen cierta perplejidad. Así, por ejemplo, en el título XII del Libro I regula los aspectos “*de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos*”, mientras que en el título XIV se ocupa “*de la patria potestad*”, separando la regulación de los efectos personales de la regulación de los efectos patrimoniales, siguiendo el modelo del Código de Bello, pero sin que resulten claros los motivos para dicha disposición sistemática.

Se ha especulado que ello pudo haber sido influenciado por el Proyecto de García Goyena, que Bello conoció; sin embargo, el Proyecto de García se publicó en Madrid en 1852, y para entonces el Proyecto de Bello de 1853, en el que propone la división de materias entre efectos personales y patrimoniales, ya estaba listo⁴⁸⁹. Adicionalmente, desde el punto de vista del contenido, los proyectos de Bello y de García presentan diferencias, aunque en la disposición sistemática sí pudo haber influencias de García en Bello.

489 M. S. RODRÍGUEZ PINTO, “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”, *Ius et Praxis* 16, n.º 1, 2010, 60.

Así, por ejemplo, García presenta el “Título VII. De la patria potestad” dividido en los capítulos “de los efectos de la patria potestad, respecto á las personas de los hijos” (arts. 143-149), “de los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos” (arts. 150-159) y “de los modos de acabarse la patria potestad” (arts. 160-169)⁴⁹⁰. Por su parte, Bello propone “título IX. De los derechos i obligaciones entre los padres i los hijos legitimos” (arts. 240-259)⁴⁹¹; “título X. De la patria potestad” (arts. 260-286)⁴⁹²; y “título XI. De la emancipación” (arts. 287-292)⁴⁹³. Dentro de los códigos europeos de esa época, el único que presentaba una sistemática similar, pero que no aparece referido como una de las fuentes de Bello, es el código civil holandés (1809), que en el “Titre XV. De la puissance paternelle” resulta dividido en “Section 1^{re}. Des effets de la puissance paternelle sur la personne de l’enfant” (arts. 353-361) y “Section 2^e. Des effets de la puissance paternel sur les biens de l’enfant” (arts. 362-374)⁴⁹⁴.

490 F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, 153-81.

491 En cuyas notas aparecen referencias a la partida cuarta en el artículo 245 relativo al otorgamiento de la custodia a la madre divorciada, a la partida segunda en el artículo 243 sobre la posibilidad de que “los padres se sirvieran gratuitamente del trabajo, industria o profesión del hijo” que no quedó en el código civil, y a la partida cuarta en el artículo 258 sobre la posibilidad para los padres de recuperar al hijo criado por un tercero, pagando los costos que este hubiera pagado.

492 En cuyas notas aparecen referencias a las partidas cuarta y tercera en el artículo 270 sobre la necesidad de obtener autorización para poder actuar en un proceso contra el padre, a la partida cuarta en los artículos 271-274 y 275 sobre la necesidad de dirigir al padre las acciones civiles y penales contra el hijo, a la partida cuarta en el artículo 277 sobre el usufructo al hijo, y a la partida quinta en el artículo 281 sobre el gravamen sobre los bienes del padre como garantía de la buena administración de los bienes del hijo.

493 Con referencia a la cuarta partida en el artículo 290 sobre emancipación judicial. CONSEJO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA (ed.), *Obras completas de Don Andrés Bello. Proyecto de Código Civil (1853)*, vol. XII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez, 1888, 68-79.

494 Como referido en la versión transcrita por A. SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris - Leipzig, Charles Hingray - Brockhaus et avenarius, 1840, 16-17.

Hay quien, en cambio, señala que se trata de una división arbitraria de Bello para describir los distintos efectos de la patria potestad, pero que en realidad los tres títulos forman parte de un mismo cuerpo normativo⁴⁹⁵. Esta es, sin duda, la lectura que parece más acertada; sin embargo, en la doctrina colombiana dicha estructura ha llevado a afirmar que el código civil regula dos instituciones distintas: la autoridad parental y la patria potestad. De acuerdo con ello, ambas constituyen una prerrogativa propia de una relación de subordinación, pero se diferencian en que la potestad se refiere a los derechos de usufructo, administración de los bienes del hijo y representación judicial y legal; mientras que la autoridad se referiría a las relaciones relativas a la atención, cuidado, orientación, educación y afecto⁴⁹⁶. Esta

495 “Según Claro Solar, Bello habría querido hacer la distinción de lo que se entendía en la doctrina francesa como patria potestad *stricto sensu* y patria potestad *lato sensu*. En sentido lato, la patria potestad es el conjunto de derechos destinados a asegurar la crianza, educación y establecimiento de los hijos. Más que derechos, se trataría de obligaciones que pueden ser ejercidas por el padre, la madre, los ascendientes y aun otras personas, esto es lo que habría quedado regulado en el Título IX del libro I. En un sentido más estricto, la patria potestad es el conjunto de derechos que tiene el padre para asegurar el cumplimiento de su deber primordial de educación respecto de sus hijos. Son derechos sobre los bienes de los hijos, cuya administración y frutos puede el padre destinar al levantamiento de la carga que supone esta crianza y educación; y, también, en su caso, el establecimiento del hijo. Es decir, tanto el Título IX como el Título X del libro I se referían a la patria potestad, pero solo se reservó este nombre para las reglas del Título X que regulaban aspectos más directamente patrimoniales. El término patria potestad estaba ya entrando en desuso en la época de la codificación y esto explica la resistencia a usarlo y la tendencia por buscar conceptos más afines con lo que se entendía ya como autoridad que los padres debían ejercitar en beneficio de los hijos”: RODRÍGUEZ PINTO, “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”, cit., 61.

496 PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 541. Por su parte, SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia*, cit., 140, también los estudia como instituciones distintas, de lo que dependen distintos deberes y distintos derechos, pero afirma que se trata de una distinción arbitraria que la tradición no justifica, por lo que al parecer los estudia así solo para fines didácticos.

distinción que se puede explicar en la sistemática del código parece más artificiosa que real por varios motivos.

En primer lugar, si bien el código de infancia y adolescencia señala la responsabilidad parental como parte de la patria potestad, y la doctrina se resista a abandonar este último concepto, la patria potestad resulta incompatible con el sistema constitucional y legal. Fundamentalmente porque el derecho hoy está centrado en la relación paternofamiliar como una relación de responsabilidad. De hecho, no es gratuito que justamente en 2006 se haya introducido la noción de responsabilidad parental, pero no bajo una lógica de sujeción o subordinación a la patria potestad, como lo sugiere la doctrina. Así pues, que el legislador cuando escogió introducir el concepto de responsabilidad parental lo haya hecho a la manera de una *specie* de un *genus*, puede explicarse en un descuido o en una decisión guiada por la resistencia a eliminar la patria potestad que, sin embargo, no resulta mayormente considerada en el sistema de protección y restablecimiento de los derechos de la infancia⁴⁹⁷.

Sin embargo, la resistencia a eliminar la patria potestad es solo heredera de su tiempo, el código nació justamente por la necesidad de transformar la manera como el derecho trata las relaciones paternofiliales y como estas se configuran. Precisamente el código de infancia y adolescencia comportó una ruptura con el modelo patriarcal jerarquizado y fundado en la autoridad para dar paso a la responsabilidad como eje de las relaciones. Las preguntas obligadas son: si esos fueron el resultado y la intención, ¿cuál es la necesidad de subordinar la responsabilidad a la potestad?, ¿por qué no hacer desaparecer la potestad?, ¿por qué mantener la incoherencia del código en la regulación de las relaciones paternofiliales? Ciertamente no es fácil responder a ello,

497 MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 594.

pero es innegable que el código terminó de profundizar la incoherencia.

En todo caso, la veneración de la patria potestad no es cuestión típica solo del ordenamiento colombiano, pero no parece posible afirmar que la responsabilidad parental no describe adecuadamente el tipo de relación entre padres e hijos; por el contrario, implica dotar de contenido el ejercicio de los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos, pero bajo una lógica de responsabilidad, de respeto por los derechos de estos, y también de respeto por el ordenamiento.

En otras latitudes se ha discutido con resultados distintos. Así, por ejemplo, en Italia, con la reforma a la filiación, de manera no del todo afortunada, se introdujo la “responsabilidad parental” como concepto que describe las relaciones paternofiliales. Allí, a diferencia de lo que ocurrió en Colombia, no hubo una subordinación de la responsabilidad a la potestad, pero se omitió disponer que allí donde se hablara de potestad se debía entender responsabilidad parental, y en algún título del código se mantuvo el vocablo ‘potestad’. Esto, que equivocadamente se ha explicado como una expresión de la responsabilidad parental como contenido único de la potestad⁴⁹⁸, puede obedecer, como

498 “[P]ara hacer compatible el texto de la Ley 219 del 2012 y sus principios de reglamentación delegada con el texto y la *ratio* desde una perspectiva general del d.lgs 154 de 2013, parece plausible solo una operación dogmática: considerar la responsabilidad parental como único contenido de la potestad parental, que como tal (como instituto) se manifiesta en el mundo jurídico esencialmente (y casi exclusivamente) mediante su ejercicio en las formas de la responsabilidad, manteniendo la potestad una relevancia (pero no una eficacia y/o efectividad) como lugar de vigencia en el sistema durante la menor edad del hijo; y reelaborándose en una *fattispecie* de relevancia jurídica específica solo en el caso de decadencia del ejercicio de la responsabilidad parental por parte del padre y justamente en el periodo de vigencia relevante por la menor edad del hijo”: A. G. CIANCI *et al.*, “Nuovo titolo IX del libro I rubricato ‘della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio’”, en M. Bianca (ed.), *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. lgs. 28 dicembre 2013, n.° 154*, Milano, Giuffrè, 2014, 93.

es probable que haya sido en Colombia, al descuido de un legislador desatento, o simplemente a la influencia de la categoría de la patria potestad, por no mencionar la influencia de la visión institucional de la familia, ancladas por mucho tiempo en la tradición jurídica. Además, tampoco parece admisible sostener la sobrevivencia de la potestad si se considera que, detrás de todas las reformas que han tenido como destinatario al hijo menor de edad, está el deseo por dotarlo de mayor autonomía como sujeto de derechos⁴⁹⁹.

Por todo ello, tampoco son de recibo las críticas de la más autorizada doctrina⁵⁰⁰ que señala que el uso del vocablo 'responsabilidad' comporta una cancelación, de carácter léxico, de los poderes y deberes de los padres; por lo que la solución más oportuna habría debido ser mantener el término potestad, siguiendo la resistencia de los legisladores francés y alemán frente a la inclusión de la noción de 'responsabilidad', pues esta "nada agrega al efectivo contenido normativo".

Por el contrario, la responsabilidad parental constituye una nueva manera de concebir la relación entre padres e hijos como la asunción de una responsabilidad en cabeza de los padres y en la que los derechos de los hijos están en

499 En el caso de Italia, por ejemplo, resulta ilustrativo citar la siguiente reflexión sobre los aspectos innovadores de la reforma de 1975 (cuando aún se hablaba de potestad, pero se comenzaba a reconocer que los hijos eran titulares de derechos fundamentales que debían ser respetados también por sus padres): "[U]na mirada conjunta a las modificaciones que, a lo largo de los siglos, se han hecho a los institutos dirigidos a la protección del incapaz muestra que la historia del menor de edad es, probablemente, la historia de un intento por liberarse de la compenetración originaria o, más recientemente, por la sujeción a otra persona (padre, madre, tutor, por ejemplo), para adquirir, en primer lugar, dignidad de persona autónoma para luego alcanzar, al menos tendencialmente, la autodeterminación": STANZIONE, "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", cit., 449.

500 S. PATTI, "Riflessioni conclusive", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, cit., 1213.

el centro de la atención⁵⁰¹, ya no los poderes de los padres. Adicionalmente, no es cierto que la responsabilidad excluya los deberes; en realidad los refuerza y recoge también la responsabilidad de las decisiones en relación con todos los aspectos que interesan al hijo.

En fin, no se pueden olvidar las implicaciones del uso del lenguaje en el derecho; un término como ‘potestad’

501 Antes de que se incluyera en el lenguaje jurídico italiano, en el contexto europeo ya se hacía referencia a este concepto, preferido frente a aquel de la potestad, por ejemplo, en el Reglamento n.º 2201 de 2003 del Consejo de la Unión Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que aparece definida en el artículo 2.7. como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”. También en el escenario comunitario la *Commission on European Family Law* ha elaborado los *Principios de Derecho Europeo relativos a la Responsabilidad Parental*, con base en la información entregada por las comisiones de cada país, como una recomendación para contribuir a la armonización del Derecho de Familia en Europa. El texto integral de los principios, originalmente redactados en inglés, se puede consultar en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>. El cuestionario que sirvió de base para la formulación de los principios se puede consultar en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Questionnaire-Parental-Responsibilities.pdf> [consultados el 15 de septiembre de 2017]. La comisión define la responsabilidad parental como “un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes; y (e) la representación legal” (principio 3:1). La centralidad de los derechos del niño la garantiza la previsión del interés superior del niño (p. 3:3), la autonomía (p. 3:4), no discriminación (p. 3:5), el derecho a ser oído (p. 3:6), de conformidad con los cuales se deberá considerar de forma preponderante los intereses del niño. Estos principios resultan concordantes con la regulación italiana de la responsabilidad parental que también establecen la titularidad de ambos padres, señalando la imposibilidad de que se tomen decisiones unilaterales por uno de los padres cuando se trate de cuestiones importantes como “como la educación, los tratamientos médicos, la residencia del niño, o la administración de sus bienes”. De igual manera, los principios describen el contenido y alcance de los derechos y deberes que se desprenden de dicha responsabilidad.

corresponde, en todo caso, a la herencia de un modelo de familia autoritario y jerarquizado en el que todos los sujetos vivían y actuaban en función del respeto de los derechos y poderes del padre; en consecuencia, su transformación en 'responsabilidad parental' comporta una nueva configuración, sobre todo en términos simbólicos, de los roles familiares, ahora dirigidos a la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los integrantes de la familia.

Es importante advertir que "responsabilidad parental" es un concepto determinado y no admite confusiones con otros tipos de responsabilidad. La responsabilidad parental surge por el hecho de la procreación o por la ejecución de un acto jurídico que permita determinar el vínculo de filiación; determina el conjunto de derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos; y cuya violación, incumplimiento o ejercicio abusivo con perjuicio para el hijo puede dar lugar sanciones de distinta naturaleza. Esta caracterización, y en particular que se vincule la responsabilidad parental a la procreación, implica que los padres son responsables por sus hijos, aun cuando no los hayan reconocido, y siempre que tengan conocimiento del vínculo biológico. Esta visión es compatible con el sistema constitucional y legal colombiano y tiende a responsabilizar el rol parental.

Teniendo presente ello, corresponde señalar que el código civil, propio de su tiempo (1887), está centrado, principalmente, en las atribuciones y poderes de los padres. De allí que el título sobre los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos abra con un artículo relativo al deber de respeto y obediencia de estos para con aquellos (art. 250 c.c.co.). Esta norma fue modificada en 1982 mediante la Ley 29 que declaraba la igualdad de derechos y obligaciones entre todos los hijos, por lo que dicho deber compete a todos por igual. A renglón seguido se dispone la obligación de cuidado y auxilio a los padres en caso de necesidad, obligación que subsiste aún después de la emancipación (art. 251 c.c.co.), y que se extiende a todos los

demás ascendientes en caso de que no existan o no basten los inmediatos descendientes (art. 252 c.c.co.).

Luego de señalar estas obligaciones frente a los padres, motivadas, quizá, por un espíritu de solidaridad y un fuerte sentido de comunidad que caracteriza a la familia colombiana, se establece el deber de *cuidado personal de la crianza y educación* de los hijos (art. 253 c.c.co.) a cargo de ambos padres, así como el derecho de *visitas* en cabeza del padre no custodio (art. 256 c.c.co.). De conformidad con las reglas del código, los gastos pertenecen a la sociedad conyugal (art. 257 c.c.co.), debiendo entenderse, de conformidad con la regla de igualdad de todos los hijos, que en caso de unión marital de hecho los gastos pertenecen a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En caso de separación, el mismo artículo establece que los dos padres deben contribuir a los gastos en proporción a sus facultades, y en caso de ausencia de uno de los dos, corresponde al supérstite asumir dichos gastos; mientras que a falta de los dos o frente a su incapacidad para proveer, corresponde a todos los abuelos de manera conjunta, debiéndose considerar sus facultades (art. 260 c.c.co.). Dentro de las facultades de los padres también está la de vigilancia, corrección y sanción (art. 262 c.c.co.), siempre que no comporte violencia.

3.3.2. Los deberes parentales según el Código de Infancia y Adolescencia

Si se toma solo el código, los deberes serían únicamente de crianza, corrección y educación⁵⁰², pero esto debe completarse con la legislación posterior, en particular el código de infancia y adolescencia, que adopta un lenguaje en clave constitucional, de lo cual se pueden deducir los deberes de los padres, para la atención, cuidado y protección de

502 MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 593.

los hijos (art. 10 c.i. y a.), en ejercicio de la responsabilidad parental que

Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos (art. 14).

En relación con los derechos de la infancia y la adolescencia a cuya realización deben contribuir la familia, la sociedad y el Estado, el código consagra el derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano (art. 17), a la integridad personal (art. 18), a la rehabilitación y resocialización de quienes hayan cometido una infracción a la ley (art. 19), a la libertad y seguridad personal (art. 21), a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 22), a la custodia y el cuidado personal a cargo de los padres (art. 23), a los alimentos (art. 24), a la identidad (art. 25), al debido proceso (art. 26), a la salud (art. 27), a la educación (art. 28), al desarrollo integral en la primera infancia (art. 29), a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes (art. 30), a la participación (art. 31), a la asociación y reunión (art. 32), a la intimidad (art. 33), a la información (art. 34) y a una serie de derechos de protección (art. 30).

Adicionalmente, el código señala algunas obligaciones para la familia, en relación con lo cual se dice, de manera genérica, que la familia tiene “la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada” (art. 39), por lo

cual se imponen obligaciones específicas, dentro de las que se destacan por su relación con la obligación de custodia las siguientes:

- Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.
- Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.
- Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.
- Asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.
- Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.
- Abstenerse de exponer a los niños, niñas y adolescentes a situaciones de explotación económica.
- Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés.

Si bien tanto el código como la doctrina⁵⁰³ se refieren a 'obligaciones', no parece apropiado describir esta situación

503 PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 541-53; SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia*, cit., 146.

como una obligación, pues ella no comporta la existencia de un derecho de crédito en cabeza de los hijos; parece más oportuno describirlos como deberes cuyo incumplimiento o violación resulta sancionado por el ordenamiento. Ahora bien, aunque no exista un elenco de deberes precisos cuyo contenido esté determinado por la ley, de una mirada general a las disposiciones tanto del código civil como del código de infancia y adolescencia se pueden enumerar los deberes inherentes a la condición de progenitor, que corresponden, cada uno, a un correlativo derecho subjetivo en cabeza del hijo, que se verán a continuación.

3.3.3. Deber de crianza, custodia y cuidado personal

Se trata de un deber que comporta distintas conductas dirigidas a la asistencia a los hijos y la satisfacción de sus necesidades básicas. De conformidad con la definición usual del verbo criar, este se refiere a “alimentar”, pero también a “instruir, educar y dirigir”, así como a “crecer”⁵⁰⁴. Por tanto, se trata de un deber que recoge e involucra otros como el de educación, manutención y corrección, obligando a los dos padres a contribuir en el crecimiento físico e intelectual del hijo, por lo que comprende una responsabilidad moral, intelectual y material para ambos.

Este deber es comparable con el de asistencia moral y con el de instrucción en el ordenamiento italiano. En otras palabras, se trata de un deber de garantía de un mínimo de condiciones para el desarrollo integral del hijo y su cuidado personal⁵⁰⁵. Hay quien incluye la obligación de inculcar los

504 Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, recuperada en <http://dle.rae.es/?id=BFyuWxK>

505 En relación con el cuidado personal, PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 543, lo trata como un deber autónomo que separa, de manera errónea, de la patria potestad, pero que lo define como una *guarda* del hijo, con fundamento en una supuesta reflexión que cita de F. HINESTROSA, “Relaciones entre

principios básicos del comportamiento, de modo que el hijo pueda reconocer las conductas inapropiadas y abstenerse de ejecutarlas, así como los elementos fundamentales del conocimiento y de la vida en comunidad, para que “aprendan a aceptar las restricciones propias de la vida en comunidad, a compartir, a ser solidario, a reconocer y aceptar la autoridad. Se trata pues de esa forma de pedagogía doméstica que comprende aspectos morales, psicológicos, sociológicos y afectivos inherentes al medio social”⁵⁰⁶.

De igual manera, este deber está directamente asociado con el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 c.p.), lo que implica que cualquier forma de abandono por parte de los padres, o cualquier conducta de uno de los padres para impedir las relaciones del hijo con el otro padre o su familia, comporta una vulneración de este derecho y una violación de este deber.

Por último, hay que precisar que el cumplimiento de este deber también se relaciona de manera directa y estrecha con

padres e hijos”, *Iusta*, Universidad Santo Tomás, n.º 5, 1985, p. 78, según el cual “el señor Bello distinguió entre cuidado personal y patria potestad y poco nos hemos dado cuenta los colombianos de esa circunstancia, engolosinados como hemos estado siempre con el derecho francés. Yo creo que para muchos de nosotros es una sorpresa ya siendo adultos, jurídicamente, el percibir que la patria potestad es poder de representación en proceso y fuera de él, es poder de administración del patrimonio del hijo de familia y es usufructo legal del padre de familia y nada más. Del resto, los poderes de educación y conducción son la potestad, entendida como la posibilidad de ordenar conductas ajenas en función, no de aquel quien la ordena, sino de aquel que no es autónomo. Hay que ver, por ejemplo, cómo tiembla una pobre madre, ante el temor de que le vayan a quitar la patria potestad. Esto es lo de menos, el problema de la patria potestad, es el cuidado personal lo que importa. Las gentes comienzan a disputar en torno de frases o de ideas, conceptos, cuyos contenidos desconocen y además tergiversan. Si uno va al juzgado municipal, a decir que viene a reclamar la guarda sobre su hijo, inmediatamente le corrigen ¿no será el cuidado personal? ¡Ignorante!, no son las guardas, eso es cuando faltan los padres; como si en español o en el lenguaje latino no quisiera decir cuidado, independientemente de quién lo ejerza y el primer debate de quien procrea es guardar”.

el derecho fundamental al amor y al cuidado (art. 44 c.p.), por lo que la crianza debe tener lugar en un ambiente que permita al hijo crecer rodeado del amor de su familia y, en particular, de sus padres. Esta debería ser la interpretación constitucionalmente orientada de este deber, por lo que no basta con proveer económica y materialmente a las necesidades del hijo, sino que la crianza se debe traducir en un ejercicio de amor, cuidado, instrucción y asistencia moral. En consideración de esto mismo, se reitera que toda forma de abandono o todo intento de impedir las relaciones con algún miembro de la familia, que no tenga un fundamento razonable (como, por ejemplo, la conducta violenta de dicha persona), implica un incumplimiento de este deber, y en cuanto tal debe ser remediado por el ordenamiento.

3.3.4. Deber de educación

Este deber, que no está precisado normativamente, está relacionado con el anterior, pues es uno de los aspectos comprensivos de la crianza. Su contenido se puede delinear a partir del artículo 67 constitucional, que define la educación como “un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”, y es responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, dentro de la cual es un deber a cargo de ambos padres⁵⁰⁷. Según el mismo artículo, es obligatoria la garantía de la educación primaria y secundaria básica (un año de preescolar y nueve de educación básica, art. 19 Ley 115 de 1994, inc. 3).

Por supuesto, tratándose de un servicio público, depende también del Estado la garantía en condiciones de

507 *Cfr.* entre otras, Corte Const., sentencias T-688 de 2012, T-192 de 2008, T-288 de 2003, T-638 de 1999.

igualdad y calidad para todos los habitantes del territorio. Bajo esa premisa, ciertamente no se trata de una exigencia a lo imposible o a un determinado estándar económico o de contenido. Por eso, al margen de los reproches en relación con la calidad o la cobertura⁵⁰⁸, los padres satisfacen este deber garantizando el acceso a una institución pública, pero ellos son libres de escoger el tipo de educación que quieren ofrecer al hijo de conformidad con sus propias convicciones y sus capacidades, debiendo respetar los derechos del hijo. Debe ser así, pues de lo contrario, en un país profundamente desigual, hacer exigencias de otro tipo redundaría en un incentivo al incumplimiento o en una criminalización de la pobreza, pues en el contexto educativo en Colombia se refleja de manera intensa la inequidad y la desigualdad entre todos los actores, escenarios, niveles socioeconómicos

508 Reconocidos como los dos retos principales en materia de política pública. Según la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Educación en Colombia. Revisión de políticas nacionales de educación* (trad. Ministerio de Educación Nacional), Bogotá, Ministerio de Educación Nacional, 2016, 15, “Colombia actualmente enfrenta dos retos cruciales: cerrar las brechas existentes en términos de participación y mejorar la calidad de la educación para todos. Las desigualdades comienzan a temprana edad; muchos niños desfavorecidos nunca van a la escuela, o no empiezan a tiempo o asisten a instituciones de menor calidad. Las diferencias resultantes en términos de nivel de estudios alcanzado son abismales. La expectativa de vida escolar de los estudiantes con las peores condiciones de pobreza es de solo seis años, en comparación con la cifra de 12 años de los más ricos, y solo el 9 % se matricula en educación superior, en comparación con el 53 % de los pertenecientes a las familias más acaudaladas. La baja calidad de la educación es un factor determinante de este retiro progresivo. Un apoyo deficiente del aprendizaje desde el principio deja a demasiados niños sin unas bases sólidas, por tanto, deben esforzarse al máximo para progresar a un ritmo aceptable, tienen que repetir años o desertar del todo. Entre aquellos estudiantes que continúan en el sistema hasta la edad de 15 años, los estudiantes colombianos tuvieron un desempeño inferior comparado con el de sus pares en los países de la OECD en el Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes (PISA) (376 puntos, en comparación con 494 en 2012). Un poco más de la mitad (51 %) no alcanzó el estándar mínimo correspondiente a una participación socioeconómica plena en la edad adulta”.

y educativos, entre regiones, entre el campo y la ciudad⁵⁰⁹. De allí que en relación con este deber se deba expresar en mayor medida la corresponsabilidad.

Adicionalmente hay que precisar que siendo este un deber parental, los costos que se generen para su cumplimiento deben ser cubiertos por ambos padres. Estos pueden guiar a los hijos y escoger el tipo de educación, pero no podrán imponer ninguna elección que comporte una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad o que desconozca sus inclinaciones, debiendo el juez resolver cualquier situación de conflicto entre ellos⁵¹⁰. Además, en su garantía no serían admisibles distinciones entre los hijos⁵¹¹, sin que tengan una justificación razonable, por ejemplo que

509 Para un análisis sobre las inequidades en materia de educación en Colombia y los efectos de la retórica pública y privada para su desarrollo véase L. G. ARANGO GAVIRIA, "Experiencia juvenil y condición estudiantil: desigualdades de clase, género y profesión en la educación pública en Colombia", en M. H. Suárez Zozaya y J. A. Pérez Islas (eds.), *Jóvenes Universitarios en Latinoamérica Hoy*, México, Porrúa, 2008, 139-67. Según un estudio comparativo en relación con otros países de América Latina sobre los efectos de la desigualdad entre la educación pública y la privada, el modelo en Colombia es prevalentemente privado con la consecuencia de que las instituciones, según sean públicas o privadas, terminan siendo microcosmos de los distintos grupos sociales: en las públicas generalmente está la población más pobre, mientras en las privadas la población más pudiente: A. PEREYRA, "La fragmentación de la oferta educativa en América Latina: la educación pública vs. la educación privada", *Perfiles educativos* 30, n.º 120, 2008, 138. En relación con el problema de la calidad cfr. F. BARRERA OSORIO, D. MALDONADO CARRIZOSA, y C. RODRÍGUEZ ORGALES, "Calidad de la educación básica y media en Colombia: diagnóstico y propuestas. Serie Documentos de Trabajo, n.º 126", Universidad del Rosario, 2012, <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10907> [consultado el 24 de agosto de 2018]. Desde un punto de vista histórico, para entender el modelo actual son sugestivas las reflexiones de A. HELG, *La educación en Colombia, 1918-1957: una historia social, económica y política*, trad. J. O. Melo y F. Gómez, 2. ed. en español, Serie Educación y cultura, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2001; M. C. HERRERA, "Historia de la Educación en Colombia. La República Liberal y la Modernización de la Educación: 1930-1946", *Revista Colombiana de Educación*, n.º 26, 1993, <https://doi.org/10.17227/01203916.5297>.

510 MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 597.

511 Cfr. Corte Const., Sentencia T-288 de 2003.

un hijo pueda acceder a la educación privada gracias a una beca, o que tenga un padre o madre distintos con mayores recursos económicos.

3.3.5. Deber de manutención

Este se traduce en el deber de asistencia material a los hijos, es decir, a proveer a todas sus necesidades, lo que incluye los alimentos en sentido general. Los padres, en consideración a sus capacidades económicas, deben garantizar los gastos por alimentación, vivienda dotada con servicios públicos, salud, educación, vestuario adecuado, recreación (cfr. art. 17 c.i. y a.).

Para el análisis de este deber es pertinente acudir a las reglas en materia de obligación alimentaria, justamente para saber qué comprende, pero teniendo claro que la obligación alimentaria es una institución regulada por el Código Civil, relacionada con las disposiciones constitucionales de protección de la familia (arts. 42 ss. C.P.) y el deber de solidaridad (arts. 1 y 95 C.P.). Más precisamente, la legislación civil enumera los titulares del derecho a recibir alimentos (art. 411 c.c.) y las reglas para su prestación (arts. 412-427 c.c.), las que han sido interpretadas y precisadas por la jurisprudencia⁵¹². En relación con los hijos se trata de una obligación en cabeza del padre o madre no custodios, mientras que el deber de manutención está en cabeza de ambos padres, de allí que aún en caso de separación, el padre o madre custodio deba también proveer al sustento y manutención del hijo por todos los conceptos enumerados antes.

Por último, ya se ha sentado la regla, creada por la jurisprudencia, según la cual los padres están obligados a pagar los alimentos aun a los hijos mayores de edad, siempre que estén estudiando y hasta los 25 años, sin perjuicio de estar obligados más allá de los 25 años en casos en los que el hijo

512 Cfr. por ejemplo, Corte Const, Sentencia T-685 de 2014.

tenga alguna discapacidad que le impida proveer a su sostenimiento. El límite de los 25 años lo ha fijado la jurisprudencia con referencia a las normas en materia de seguridad social que reconocen esa edad como el límite máximo en el cual se puede alegar la condición de estudiante, es decir, se considera la edad razonable para aprender una profesión u oficio⁵¹³. Siendo este el principio, se entiende que si el hijo finaliza los estudios superiores antes de los 25 años, la obligación también cesa⁵¹⁴.

Nada de ello excluye que los padres *motu proprio* sigan contribuyendo a la satisfacción de las necesidades de los hijos, pero tendrá el carácter de una acción de liberalidad, voluntaria, sin que puedan ser obligados por vía judicial, pues de lo contrario, advierte la jurisprudencia, se cae en un paternalismo contrario a la autonomía de los sujetos⁵¹⁵.

3.3.6. Deber de corrección

Este deber constituye una expresión del deber de crianza, pues debe entenderse como una facultad que los padres

513 *Cfr.*, entre muchas otras, Corte Const, sentencias C-451 de 2005, T-192 de 2008, T-285 de 2010, T-854 de 2012. También Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conceptos 42745 de 2010 y 5 de 2014.

514 Cas. civ., 28 de mayo de 2007, exp. 2007-00129. Para un estudio más detallado, *cfr.* I. C. JARAMILLO SIERRA y S. I. ANZOLA RODRÍGUEZ (comps.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción de género y la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2018.

515 En ese sentido son ilustrativas las reflexiones de la cas. civ., 3 de febrero de 2010, exp. 2009-00265: “[E]s imprescindible que la interpretación de los juzgadores sobre el compromiso de los padres, se avenga con el reconocimiento de tales límites, en especial de los temporales, pues también consultan valores de tipo superior, como la solidaridad y el reconocimiento de la unidad de la familia, pero en función de conceder a sus miembros los elementos necesarios para desarrollar sus talentos, compromiso que una vez cumplido a cabalidad, significa que los hijos deben emprender el esfuerzo personal independiente y relevar a los padres de la obligación alimentaria, sin perjuicio que voluntariamente ellos puedan continuar más allá de ese hito temporal, pero sin apremio ni coerción alguna para suministrar ese sustento. Acontece que el paternalismo mal entendido, merma la autonomía del individuo que con el paso de tiempo ha de volverse amo de su propia vida”.

ejercen como parte de la instrucción. Su omisión demostrada puede tener consecuencias adicionales a las sanciones por el incumplimiento de los deberes parentales, al punto de comprometer su responsabilidad civil, si el hijo causa un daño a un tercero (art. 2348 c.c.co.).

Como ya se señaló en el párrafo anterior, la corrección de los hijos no puede nunca implicar violencia o conllevar a lesiones a su integridad psicofísica, pero su ejercicio hace parte de la formación de estos y del ejercicio de la responsabilidad que los padres tienen frente a la sociedad. De allí que, en su ejercicio, los padres estén obligados a ofrecer todas las garantías para crecer y vivir una vida libre de violencia.

3.3.7. Deber de protección

De conformidad con el código de infancia y adolescencia, todo niño y adolescente tiene una serie de derechos de protección, lo que se traduce de manera correlativa en el deber, en cabeza del Estado, la sociedad y la familia, de desplegar una serie de conductas dirigidas a la protección de la integridad psicofísica de los niños y adolescentes.

En el contexto familiar, son los padres los primeros llamados a cumplir con dicho deber, lo que implica que deberán protegerlos de determinadas conductas, que se pueden resumir en la protección contra todas las formas de violencia, ejercida o no por sus padres, así como contra cualquier forma de violación o vulneración de sus derechos y libertades⁵¹⁶, es decir, también tendrán que abstenerse de

516 El código señala el derecho de protección contra: 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención; 2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad; 3. El

ejecutar dichas actuaciones. De hecho la primera conducta a la que se refiere el código está relacionada directamente con el tema que se discute, pues se refiere a la protección contra “el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención”, por lo que se confirma que el deber de cuidado de los hijos incluye, necesariamente, el derecho al amor y a vivir en una familia y a no ser separado de ella, y al derecho a crecer y vivir una vida libre de violencia.

Se cree que estos pueden ser los deberes que se desprenden de una lectura del esquema del código civil en armonía con el esquema delineado por el código de infan-

consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad; 5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre; 6. Las guerras y los conflictos armados internos; 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley; 8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria; 9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas; 10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin; 11. El desplazamiento forzado; 12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación; 13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT; 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida; 15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia; 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administran; 17. Las minas antipersonales; 18. La transmisión del VIH-sida y las infecciones de transmisión sexual; 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

cia y adolescencia, así como su posible contenido⁵¹⁷. Ahora conviene analizar ¿cuáles son las consecuencias de su incumplimiento? También aquí se nota la relevancia de los remedios penales o civiles que se concentran en el castigo del infractor antes que en la reparación de las víctimas o en la satisfacción de sus intereses, con los problemas ya señalados.

3.3.8. El derecho penal frente al incumplimiento de los deberes parentales

En primer lugar, el código penal prevé una serie de tipos penales que sancionan con pena de prisión ciertas conductas que se pueden encuadrar como una forma de incumplimiento de los deberes parentales (tabla 9).

El modelo es el mismo que en el caso de violencia intrafamiliar, pero el abandono que castiga el código penal es el físico, por lo que no podría entenderse configurado el supuesto de hecho ante el abandono moral, y ni siquiera frente al abandono entendido como las conductas de quien

517 Considerando la falta de claridad en materia normativa, se entienden las distintas elaboraciones doctrinales, las cuales señalan distintos deberes, partiendo de la idea equivocada, derivada del código, de una diferencia entre la potestad parental y la autoridad parental. Así, por ejemplo, PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 542-44, señala como deberes los siguientes: crianza y educación de los hijos; cuidado personal de los hijos; vigilancia, corrección, orientación y sanción; y, custodia o cuidados personales. Por su parte, MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 594-99, sigue la enumeración del código para señalar como deberes: el deber de crianza, el deber de educar y el deber de corrección. Mientras que SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia*, cit., 146-50, habla de obligaciones y, de manera confusa incluye: el cuidado personal de la crianza; el cuidado personal de la educación; el derecho a elegir estado o profesión del hijo, derecho hoy desaparecido y sin que se entienda la razón para incluirlo entre las 'obligaciones' de los padres; y asignar provisionalmente la custodia o cuidado del menor a aquel de los parientes señalados en el artículo 61 del Código Civil, que tampoco se comprende cómo puede entenderse como una 'obligación' de los padres.

TABLA 9. REMEDIOS DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO
AL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PARENTALES

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Supuesto de hecho	Sanción
Delitos contra la vida y la integridad personal	Abandono	Art. 127	El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos	<p>Pena de prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses</p> <p>Agravante: si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar desdoblado o solitario.</p>
	Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.	Art. 128	La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.	<p>Pena de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.</p> <p>Eximente de responsabilidad y atenuante (art. 129): cuando el agente o la madre recoja voluntariamente al abandonado antes de que fuere auxiliado por otra persona, siempre que éste no hubiere sufrido lesión alguna.</p> <p>Agravantes (art. 130): Si se siguiere para el abandonado alguna lesión personal.</p> <p>Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde</p>

(Continúa)

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Supuesto de hecho	Sanción
				la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte.
Delitos contra la familia	Inasistencia alimentaria	Art. 233	El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente.	<p>Pena de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Agravantes: cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor</p> <p>Si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio.</p>

Fuente: elaboración propia.

se desentiende de las necesidades económicas del hijo, pues ello sería más bien una hipótesis de inasistencia alimentaria.

De otra parte, si bien se entiende el límite de edad establecido en 12 años, pues el abandono de un menor de esa edad es, en efecto, una conducta deplorable, es artificioso vincular la capacidad a la edad, sin considerar que esta puede verse afectada por otros factores. Por ejemplo, piénsese el caso de un menor de edad que supere los doce años que sea abandonado en otra ciudad o país: ¿cuál puede ser la

justificación para no sancionar también dicha conducta? ¿Cuál entonces el sentido de establecer la mayoría de edad en 18 años, pero dejar sin sanción el abandono de menores entre los 12 y los 18 años? Bien se podría alegar que en dicho rango de edad los menores pueden acudir a las autoridades o a otros adultos para pedir ayuda, pero no puede darse por descontado si, por ejemplo, el abandono ocurre en un país con un idioma distinto, o si sucede en lugar despoblado o solitario, casos en los cuales la petición de auxilio será, en el mejor de los casos, muy difícil. Esta norma, vista en estos términos, no parece compatible con las exigencias de protección del código de la infancia y la adolescencia, ni con el sistema constitucional mismo.

En la segunda hipótesis de abandono, la de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, también es una forma de abandono físico, por lo que no cabría incluir allí hipótesis como que la madre se rehúse a alimentar a su hijo. Este es un tipo penal problemático pues, de golpe, parece una medida que revictimiza a quien ya ha sido víctima de otro delito, como el acceso carnal violento o abusivo, o la fecundación no consentida. Esto, por supuesto, no comporta una crítica a la disposición que, justamente, busca sancionar una conducta contra el hijo, que nada tiene que ver con el delito inicial.

Sin embargo, tal vez se trata de una norma que debe conducir a la reflexión sobre las medidas de asistencia a las víctimas de ese tipo de delitos, ocurridos, necesariamente, con antelación. Así pues, la comisión del delito de abandono del hijo en estas circunstancias puede ser la consecuencia de una desatención generalizada por parte del Estado; de una no persecución de los agresores; o de una, tristemente común, práctica de obstaculización, por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud (EPS), para acceder a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en

una de las causales permitidas⁵¹⁸. En ese contexto, tal vez resulte extrema la medida de prisión para una persona que ha sido víctima de una agresión atroz a su libertad sexual y de una indiferencia de proporciones significativas por parte del Estado y de las entidades encargadas de su protección.

Otra incongruencia se presenta con el tipo penal de inasistencia alimentaria que fue reformado para eliminar el carácter de querrelable y de desistible, así como la exigibilidad de la conciliación obligatoria como requisito para el ejercicio de la acción penal (Ley 1542 de 2012). Se trata de la obvia imposibilidad de proveer a su cumplimiento una vez impuesta la pena de prisión, lo que resulta paradójico, con-

518 Estas entidades en no pocas ocasiones se han excusado en la objeción de conciencia, al respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha precisado que solo la pueden alegar las personas naturales que se involucren de manera directa con el procedimiento de interrupción del embarazo, por lo que no pueden alegarlo las entidades o instituciones prestadoras, el personal administrativo, enfermeros o personal judicial: Corte Const., sentencias C-355 de 2006, T-209 de 2008, T-388 de 2009. El MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, GRUPO SEXUALIDAD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS, *Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres*, Abecé, Línea: Salud Materna - Derecho a la Maternidad Elegida, junio 2016, disponible en línea en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf> [consultado el 23 de junio de 2018], ha detectado distintos obstáculos para la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, dentro de los cuales están “imaginarios, preceptos, preferencias religiosas de los funcionarios”, “falta establecer rutas y procesos claros para el acceso a la atención” por parte de las entidades e instituciones prestadoras del servicio de salud, “abuso de la objeción de conciencia”. De igual manera, también ha precisado que “quien la alegue tiene la obligación de remitir a la mujer inmediatamente a otro médico que sí lleve a cabo el procedimiento, cumplir con los deberes de información, orientación, confidencialidad y atención eficaces, así como la obligación de no incurrir en trato discriminatorio y revictimizante, evitando juicios de valor y de responsabilidad penal hacia las mujeres y el personal que interviene en la IVE”. Sumado a que “Los prestadores de servicios de salud deben definir previamente los profesionales que realizarán la IVE. Por ello, deberán contar con personal médico no objeto que garantice la atención, oportuna, sin barreras y que esté capacitado para la atención de todos los casos independiente de la causal y/o la edad gestacional. Las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) no pueden negarse a atender una solicitud argumentando que todo su personal es objeto, que no está capacitado para ello o que no tiene habilitado el servicio de IVE, pues ello puede ser equivalente a la objeción de conciencia institucional”.

siderando que, sobre todo si se trata de menores de edad, el objetivo primordial del derecho debe ser el de la protección de sus derechos. La imposición de la pena privativa de la libertad termina agravando la posición de vulnerabilidad ya creada por la inasistencia misma⁵¹⁹.

De igual manera, parece también reprochable que el legislador haya eliminado el carácter de querellable y desistible, pues se traduce en una invasión muy fuerte del entorno familiar, sobre todo allí donde en la familia tengan interés en obtener el cumplimiento de la obligación sin la imposición de la pena de prisión. Implica también una intervención del Estado que desconoce el potencial y el valor agregado que puede tener la conciliación para lograr una solución, a todas luces, más deseable que una sentencia condenatoria, con lo cual se elimina el efecto de empoderar a las partes para encontrar una salida al conflicto que las satisfaga a ambas. También puede implicar una indiferencia frente a la posibilidad de que el incumplimiento tenga origen en la pobreza real del obligado. Esta es quizá la expresión más palpable del fracaso del populismo punitivo aplicado al extremo y sin consideración a los intereses de la víctima, es un caso en el que, quizá, resultaría más deseable que se buscaran alternativas que tiendan a lograr el cumplimiento de la obligación, como una forma de garantizar también el mínimo vital del hijo.

Considerando que en los tres casos se trata de delitos, en caso de que se declare la responsabilidad penal surge la obligación de reparación de los daños morales y materiales que se hayan causado (art. 94 c.p.co.), pero esto también

519 Para un análisis sobre la imposibilidad del obligado para cumplir con la obligación alimentaria, pese a la vulneración de derechos que comporta, véase N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, “¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria”, *Revista de Derecho Uninorte*, n.º 43, 2015, 322-49, <https://doi.org/10.14482/dere.43.6186>

implica una inmunidad parcial, pues la víctima tendrá que esperar hasta agotar las dos instancias, y la casación, si a ella hubiera lugar. En este punto se reitera que dicha situación es problemática porque las tres hipótesis concretan una forma de violación o incumplimiento de los deberes parentales, es decir, también constituyen un ilícito civil, por lo que no es admisible que la víctima deba esperar los, ya de por sí lentos, términos judiciales para ver satisfecho su interés.

A ello se suma, al menos en el caso de la inasistencia alimentaria, que el riesgo de que la víctima no resulte indemnizada es muy alto, pues la acción penal tiene lugar justamente por el no pago de la obligación alimentaria, obligación distinta de la indemnizatoria (cfr. *supra* nota 456). Por ello mismo, en la hipótesis de inasistencia alimentaria, es necesario precisar que no se pueden confundir los perjuicios derivados del delito con los montos que se hayan dejado de pagar y que se encuentren reconocidos mediante una obligación clara, expresa y exigible, pues ello es susceptible de ejecución judicial.

Mientras que en materia civil y de derecho de familia, corresponden las mismas medidas previstas para los casos de violencia intrafamiliar, esto es, la suspensión o pérdida de la potestad parental (arts. 310 y 315 c.c.co.) y las medidas de protección previstas por el c.i. y a. ya señaladas en relación con la violencia. De allí que al respecto valgan las mismas observaciones sobre su importancia, pero también su eventual ineficacia en relación con los intereses de la víctima, por lo que se reenvía al parágrafo anterior.

3.4. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS RELACIONADOS CON LA FILIACIÓN DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL EN COLOMBIA

Al igual que en el ordenamiento italiano, en Colombia también existe una distinción entre los tipos de filiación, y si bien no se trata de un elemento que se pueda traducir en

desigualdades para los hijos, sí incide en distintos aspectos, como su prueba, su discusión y con el tipo de daños que se pueden causar por problemas ligados a la filiación en sí misma.

La filiación en Colombia se entiende como el vínculo jurídico que existe entre una persona con sus padres y tiene como fundamento la procreación o un acto jurídico, como la adopción o el reconocimiento voluntario de un hijo como propio. Como en el capítulo anterior, se estudiarán dos hipótesis de daño que pueden tener lugar solo en casos de filiación extramarital, estos sí mucho menos desarrollados y discutidos en Colombia, al menos como daños indemnizables.

El fundamento de la diferencia radica en la presunción de paternidad que opera en la filiación marital, ausente en la extramarital. Al respecto hay que precisar que se hace referencia al término “marital”, y no a “matrimonial”, pues, de conformidad con la reforma de la Ley 1060 de 2006 al artículo 213 c.c.co., la presunción de paternidad opera también respecto de los hijos concebidos en la unión marital de hecho, por lo que también se aplican a estas las reglas para desvirtuar la presunción: esto es, en materia de impugnación de la paternidad (arts. 214 ss. c.c.co.)⁵²⁰. Esta acción puede ser promovida por el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes al día en que tuvieron conocimiento de no ser

520 Hay quien critica que se afirme que el proceso de investigación de paternidad es una vía para desvirtuar la presunción, por cuanto este puede intentarse solo hasta tanto se haya desvirtuado la paternidad, *cfr.* C. E. GUTIÉRREZ SARMIENTO, “Comentarios a la Ley 1060 de 2006”, *Boletín Derecho y Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2006, 2, https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_55.pdf [consultado el 13 de marzo de 2018]. En materia de impugnación *cfr.* Corte Const., T-071 de 2012, T-160 de 2013, T-207 de 2017.

el padre o madre biológicos (art. 216 c.c.co.), o el hijo y el padre biológico en cualquier tiempo (arts. 217 y 406 c.c.co.).

Si bien el ordenamiento parece ser explícito en relación con que la acción es imprescriptible para el hijo y el padre biológico, el que se condicione el cómputo del término para el ejercicio de la acción por parte del presunto padre al hecho de conocer que no es el padre biológico, puede resultar ambiguo. Así, por ejemplo, se ha dicho que los 140 días se cuentan desde el momento en que el padre tenga la prueba de que no es el padre, sugiriendo como prueba idónea la de ADN⁵²¹. Dicha interpretación distorsiona la exigencia de la ley que se refiere a “tener conocimiento”, y no a tener la prueba científica; entenderlo así implicaría premiar la negligencia, o mala fe, de quien habiendo tenido noticia de no ser el padre biológico de quien tenía por hijo se abstiene, sin ningún motivo válido, de impugnar la paternidad por un tiempo superior, con lo que se convierte en incierto un término que justamente pretendía dar certeza. Además, la sentencia C-131 de 2018 ya precisó que el cómputo del término comienza “desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres”.

Ahora bien, podría pensarse que el hecho de que la presunción de paternidad se predique también del compañero permanente de la madre reduce el número de casos de filiaciones extramaritales; sin embargo, tratándose de una relación de hecho, puede no ser tan fácil como parece. Para empezar, el propio código civil reformado ya contiene una impropiedad que dificulta la interpretación de la cuestión,

521 En ese sentido, GUTIÉRREZ SARMIENTO, "Comentarios a la Ley 1060 de 2006", cit., 3. Así también lo alegó el demandante en la cas. civ., 19 de octubre de 2017, rad. 11001-02-03-000-2017-02463-00, ref. STC16969-2017; se trató de un caso en el que el falso padre (el accionante) hizo el reconocimiento a sabiendas de que no tenía ningún vínculo biológico, mas convivió y actuó como padre durante varios años. Adelante se analizará esta providencia, pero, aunque sin decirlo expresamente, la Corte admitió la posibilidad de que prosperara la impugnación.

pues el artículo 214 establece como criterios para computar el término dentro del cual debe nacer el hijo para que opere la presunción del matrimonio o la “declaración de la unión marital de hecho”.

El problema radica en que se exija el requisito de la declaración, lo que es inadmisibles pues la declaración no es ni siquiera requisito de existencia de la unión marital de hecho⁵²², por lo que no se entiende como sí puede serlo para determinar la operatividad de la presunción de paternidad. Admitirlo conduce a establecer diferencias de trato entre los hijos de padres que declararon su unión marital y aquellos que, no obstante vivir en unión marital de hecho, no la declararon. Seguramente se trató de un descuido del legislador, pero, en consideración a una interpretación a la luz de los principios constitucionales y favorable al interés superior del hijo, resultaría inadmisibles alegar que la presunción de paternidad no opera en casos en los que haya unión marital de hecho, pero no se haya declarado. En todo caso, la declaración sí puede tender a facilitar la prueba de su existencia y el tiempo en el que se inició, pero la norma debe interpretarse en relación con el artículo 213 que no exige la declaración⁵²³.

522 Según la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, en su artículo 1, la unión marital existe cuando una pareja hace una comunidad de vida permanente y singular; y en su artículo 4 da la posibilidad de declararla mediante escritura pública, acta de conciliación o por sentencia judicial, pero sin que se entienda que la declaración es un requisito de existencia. La utilidad de la declaración radica, por ejemplo, en la posibilidad de determinar con mayor certeza a partir de cuándo se constituye la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

523 Contra, GUTIÉRREZ SARMIENTO, “Comentarios a la Ley 1060 de 2006”, cit., 2, quien, comentando el artículo 213, de manera contradictoria señala que la presunción opera por la existencia y sin que se exija la declaración, para luego afirmar que “si el hijo nace después de los 180 días en que la pareja inició su convivencia, pero no se declaró la existencia de la unión marital de hecho por los medios legales, el hijo no queda amparado por la presunción de hijo extramatrimonial y en tal evento para que surjan los derechos y obligaciones entre padre e hijo se requiere que el padre lo reconozca, por cualquiera de

Por su parte, la filiación extramarital se puede obtener mediante el reconocimiento voluntario o mediante sentencia judicial de declaración de la paternidad. En relación con esta última, el legislador colombiano prevé una serie de hipótesis en las que se puede presumir la paternidad, existiendo la posibilidad de declararla judicialmente. Conviene precisar que la presunción es un elemento probatorio, pero la paternidad se atribuye solo con la sentencia. Así las cosas, según el artículo 6 de la Ley 75 de 1968 se presume la paternidad natural (extramarital):

1. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la

los medios indicados en la legislación vigente”, con lo cual señala que la “norma crea norma crea dos categorías de hijos extramatrimoniales”, lo que resulta impreciso y constituye una interpretación que conduce a hacer una distinción odiosa contraria al espíritu de la norma: reafirmar la igualdad de los hijos, haciendo operativa la presunción de paternidad también para la unión marital de hecho.

concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquel por actos positivos acogió al hijo como suyo.

5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo, y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere por sus características ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior.

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo⁵²⁴.

Dicha presunción implica que en la sentencia se debe partir de ella para decidir a favor del demandante, previa prueba de los hechos constitutivos de la hipótesis que se alegue⁵²⁵. En todo caso, se debe tener en cuenta el mandato según el cual el juez “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad [...] de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9 %” (art. 7, Ley 75 de 1968, como modificado por el art. 1 de la Ley 721 de 2001)⁵²⁶, por lo que solo allí donde no sea posible practicar la prueba de ADN se tendrá en cuenta la presunción de la paternidad extramarital, así como todas las demás pruebas.

524 De la que señala el código civil que “la posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres”. Esta debe durar por lo menos cinco años para que sea admitida como prueba.

525 Cfr. SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia*, cit., 88-92.

526 Sobre la importancia y el alcance de la prueba científica para determinar con certeza la filiación ver Corte Const., sentencias C-109 de 1995, C-807 de 2002, T-997 de 2003, T-411 de 2004, C-476 de 2005, T- 875 de 2007, C-122 de 2008, T- 888 de 2010, T-352 de 2012, C-258 de 2015. También cas. civ., 1 de septiembre de 2003, exp. 6943; 1 de octubre de 2003, exp. 7615; 30 de agosto de 2006, exp. 7157; 24 de febrero de 2014, rad. 1100131100132006-01276-01.

En relación con la legitimación para ejercer la acción, los llamados son el hijo, la madre, o la persona o entidad que se hubiera encargado de la crianza o educación del menor de 18 años, el defensor de familia (art. 82, num. 11, c.i. y a.) y el Ministerio Público (Corte Const., Sentencia C-258 de 2015); es discutible si también lo pueden hacer los deudos de la madre o del presunto padre, para lo que hay quien sugiere que podrán siempre acudir al defensor de familia para lo haga él de conformidad con sus competencias⁵²⁷.

Valga anotar en relación con la prueba científica que, de conformidad con el Código General del Proceso, artículo 386, la renuencia a someterse a la práctica de esta en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad, con independencia de cuál sea la causal que se alegue, hará presumir la paternidad como cierta. Además, la paternidad declarada mediante sentencia judicial no es posible impugnarla⁵²⁸.

Ahora se puede pasar al estudio de los remedios del derecho colombiano a las dos hipótesis de daño planteadas desde un comienzo, insistiendo en que pueden tener lugar solo en caso de filiación extramarital, allí donde el padre se niegue a reconocer a su hijo a sabiendas de que es el padre, o allí donde haya habido un reconocimiento conscientemente falso.

3.5. NO RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMARITAL

Esta es una hipótesis poco explorada por la doctrina y por la jurisprudencia en Colombia, por lo que es difícil establecer el esquema de remedios para esta hipótesis de daño, sin

527 MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 498.

528 P. LAFONT PIANETTA, *Derecho de familia. Derecho marital-filial-funcional. Derechos sexuales y reproductivos*, vol. 2, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2013, 369. Cfr. también H. CRUZ TEJADA (ed.), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017, 521.

que sea posible identificar soluciones legales concretas. Sin embargo, ello no impide describir algunos elementos que permitan, adelante, esbozar posibles remedios a este específico daño, a partir de la comparación.

3.5.1. Aspectos generales sobre el reconocimiento: ¿existe un deber jurídico de reconocer al hijo?

Lo primero que hay que señalar es que el reconocimiento en Colombia se caracteriza por ser un acto voluntario (art. 55, Ley 153 de 1887), personal, expreso, unilateral, formal⁵²⁹ e irrevocable (art. 1.º, Ley 75 de 1968), es declarativo del estado civil (Cas. civ., 10 de julio de 1942); además, no puede ser sometido a condición, modalidad o plazo, produce efectos

529 Se puede hacer con la firma en el acta de nacimiento, por escritura pública, por testamento: el artículo 1 de la Ley 75 de 1968, que modificó el art. 2 de la Ley 45 de 1936, antes de que el c.g.p., derogara expresamente el num. 4 del art. 2 de esta última ley, preveía que también se pudiera hacer el reconocimiento por declaración expresa y directa ante un juez. La declaración también puede hacerse ante los jueces de paz (art. 9, Ley 497 de 1999), o ante el defensor de familia, el comisario de familia o el inspector de policía, caso en el cual se levantará un acta de la declaración y se ordenará su inscripción en el registro civil (art. 109, c.i. y a.). Adicionalmente, el mismo artículo 1 de la ley 75, como modificado por el art. 10 del Decreto 2272 de 1989 (que organizó la jurisdicción de familia), preveía una forma adicional de reconocimiento, llamado reconocimiento ficto o tácito, señalando que “el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el Defensor de Menores y el Ministerio Público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación. La declaración judicial será revisable en los términos del artículo 18 de la presente Ley”. Según PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 464-65, este tipo de reconocimiento fue derogado por el Código General del Proceso, que derogó en su integridad el decreto 2272 de 1989, por lo que, en criterio del autor, dicha forma de reconocimiento desapareció, aunque el c.g.p. otorga al juez de familia la competencia para conocer de la citación judicial para el reconocimiento del hijo extramatrimonial: art. 21, num. 5. En el mismo sentido, MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 490, nota 75.

erga omnes, debe ser notificado (art. 57, Ley 153 de 1887, que reenvía al artículo que regula la notificación de la legitimación, art. 240 c.c.co.), pudiendo ser aceptado o repudiado mediante instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación (art. 243 c.c.co.), y produciendo efectos a partir de la notificación y aceptación (art. 4, Ley 75 de 1968). La notificación no es un requisito de validez, pero producirá efectos en términos de oponibilidad⁵³⁰.

Si bien el reconocimiento es declarativo del estado civil e irrevocable, ello no excluye la posibilidad de impugnarlo, para quien tenga interés actual para ello (art. 58 Ley 153 de 1887)⁵³¹, con fundamento en que el hijo no haya podido tener como padre al que pasa como tal (art. 248 c.c.co.) y dentro de los 140 días siguientes a cuando se tuvo conocimiento de la paternidad (arts. 58, Ley 153 de 1887; 5, Ley 75 de 1968 que reenvían al art. 248 c.c.co.).

Considerando estas características, conviene preguntarse si existe un deber de reconocer al hijo extramarital. Esta es una cuestión que se relaciona con el fundamento de los deberes parentales: la responsabilidad parental. Tal como se ha dicho, el fundamento de la responsabilidad parental es el hecho de la concepción o un acto jurídico que determine la filiación (como el reconocimiento de hijo o la adopción), por lo que se puede afirmar que, a condición de que el padre sepa que lo es, existiría el deber de reconocer al hijo extramarital, o por lo menos de establecer la filiación del hijo. De lo contrario perdería todo sentido que el legislador previera el proceso de investigación de la paternidad, que justamente

530 MEDINA PABÓN, *Derecho civil*, cit., 494.

531 Sobre dicho interés ha precisado la Corte Suprema de Justicia que “los ajenos a la relación filial, pueden hacerlo [intentar la impugnación] en tanto acrediten un ‘interés actual’, que debe ser concreto, de orden pecuniario o moral y, claro está, ‘mensurable a partir de un juicio de utilidad’”: cas. civ. de 16 de septiembre de 2003, exp. 7609; 11 de abril de 2003, exp. 6657; 26 de septiembre de 2005, rad. 6600-1311-0002-1999-0137.

se intenta cuando no ocurre el reconocimiento voluntario. Hay quien lo considera un deber moral y social⁵³².

Más allá de las implicaciones que pueda tener la calificación “moral” o “social”, es innegable que el acto de no reconocer al hijo como tal, a sabiendas de que lo es, constituye una conducta contraria al ordenamiento, fundamentalmente porque comporta, de hecho, la privación consciente de una serie de derechos, comenzando por el derecho a la personalidad jurídica, a la identidad, al nombre, a tener una familia y a no ser separado de ella.

3.5.2. El derecho civil frente al no reconocimiento de hijo extramarital

De hecho, desde el derecho civil aparece una “sanción” al padre renuente a asumir la paternidad, consistente en que la declaración de la paternidad no comporte la atribución de la potestad parental, así como la imposibilidad para ser nombrado guardador del hijo (art. 62, num. 1 c.c.co.). Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que es inconstitucional la interpretación de la norma según la cual ningún padre, declarado tal en juicio, puede ejercer la patria potestad, porque atenta al interés del hijo. Por eso declaró la exequibilidad condicionada de la disposición

siempre que se entienda que, en los procesos de investigación de la paternidad o maternidad y de impugnación de la paternidad o maternidad, le corresponde al juez del proceso, en cada caso concreto, determinar a la luz del principio de interés superior del menor y de las circunstancias específicas en que se encuentren los padres, si resulta benéfico o no para el hijo que se prive de la patria potestad y del ejercicio de la guarda, al padre o madre que es declarado tal en juicio contradictorio (Sentencia C-145 de 2010).

532 SUÁREZ FRANCO, *Derecho de familia*, cit., 70.

Sin embargo, aun cuando se privara de la patria potestad porque se considere funcional a la realización de los intereses del hijo, esta medida es puramente sancionatoria y nada resuelve en relación con los daños morales por la lesión de derechos fundamentales, como la personalidad jurídica con todos sus atributos, entre los que está el estado civil⁵³³; el derecho a la identidad; el nombre; a tener una familia y no ser separado de ella; o el dolor provocado por la renuencia y el rechazo del padre. De igual manera, hay que resaltar que la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la filiación “se encuentra estrechamente ligado con el principio de la dignidad humana, pues todo ser humano tiene derecho a ser reconocido como parte de la sociedad y de una familia”⁵³⁴.

De otra parte, hay quien señala, con relación a este punto, la existencia de una obligación legal de la madre de denunciar el nombre del padre y de propiciar que el estado civil se aclare, mediante el ejercicio de la acción para obtener la declaración judicial de la paternidad. Según eso, el incumplimiento de dicha obligación es una conducta que impide el ejercicio de derechos familiares⁵³⁵, asimilable a la obstrucción del derecho de visitas, por ejemplo. No parece apropiada la equiparación de este daño al que el mismo autor califica como impedimento del ejercicio de derechos familiares, porque la hipótesis que se está estudiando es a todas luces más gravosa, pues falta incluso la premisa de la determinación de una relación de filiación cierta, es decir, no hay certidumbre sobre la titularidad de los derechos, debido, entre otras cosas, a la conducta negligente del padre.

533 Sobre la interpretación constitucional del derecho a la personalidad jurídica en relación con la filiación *cfr.* Corte Const., sentencias T-1342 de 2001, T-411 de 2004, C-004 de 1998, C-109 de 1995.

534 Corte Const., Sentencia C-258 de 2015. También T-411 de 2004.

535 PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 599.

Además, de conformidad con dicha lectura se atribuye a la madre una obligación de procurar la definición del estado civil, lo que puede ser pertinente en términos de favorecer el derecho del hijo a conocer sus orígenes, pero que no puede confundirse con el daño en cuestión. Es decir, la madre puede tener distintos motivos para no intentar la acción, no necesariamente reprochables, como sí ocurre por ignorancia o por falta de recursos económicos. Pero al margen de los motivos, lo verdaderamente relevante cuando un padre se rehúsa a reconocer al hijo aun sabiendo de su existencia es su negligencia, sin que la valoración de la conducta de la madre sea relevante para la configuración de este daño. Si se comprueba su negligencia, ello puede ser fuente de un daño indemnizable distinto, por lo que, aunque concurra con la conducta del no reconocimiento, no puede incidir de ninguna manera en la valoración o cuantificación del daño por no reconocer al hijo.

3.5.3. Responsabilidad civil por no reconocer al hijo extramarital

Ahora bien, partiendo de las consideraciones de la sentencia de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, en materia de violencia intrafamiliar del cónyuge, en la que se reconoce la posibilidad de indemnizar los daños intrafamiliares una vez configurados los elementos de la responsabilidad civil, es posible admitir que la negativa a reconocer a un hijo, por cuanto lesiva de derechos personalísimos y de su integridad psíquica, puede dar lugar a un daño susceptible de reparación.

Por ejemplo, por la lesión a los derechos a la identidad, al nombre, a tener una familia y a no ser separado de ella, como derechos fundamentales. Igualmente puede provocar una perturbación psíquica, consistente en el sufrimiento por el rechazo afectivo, en el constreñimiento a crecer sin el padre, sin su asistencia moral y material, con todo lo que

ello comporta. Pero también se concreta en la privación de todos los derechos subjetivos relativos al estatus de hijo: por ejemplo, los derechos sucesorales o a ser afiliado como beneficiario en un determinado régimen de salud.

Por ello sorprende que el ordenamiento jurídico no prevea remedios o que no califique esta conducta como dañina. Parte del problema puede radicar en la consideración del reconocimiento como un acto voluntario. La reforma del 2006, que estableció la presunción de paternidad también para los hijos nacidos dentro de la unión marital de hecho, presenta defectos en su definición, por lo cual puede conducir a exigencias exorbitantes para la definición del estado civil del hijo; sin embargo, constituyó un intento interesante por materializar la igualdad de todos los hijos, facilitando también la posibilidad de que el hijo pudiera gozar efectivamente de los derechos como tal respecto de ambos padres.

En este caso podría afirmarse la existencia de una inmunidad tácita, pues, no conociendo providencias judiciales que se refieran a esta cuestión, no podría afirmarse con certeza que la inmunidad exista. Sin embargo, sí contribuye a la inmunidad la falta de certeza frente a la posibilidad de reclamar los perjuicios por los daños intrafamiliares, aunque, al no existir la prohibición, nada excluye que se pueda adelantar la acción de responsabilidad civil. En tal caso, el legitimado por activa es el hijo, quien podrá reclamar perjuicios morales por la privación de la relación parental como una forma de daño a la persona⁵³⁶ y, eventualmente, por el daño por la pérdida de la oportunidad, allí donde se demuestre que la ausencia del padre es la causa de una serie de privaciones que no hubieran ocurrido si hubiera

536 En relación con el reconocimiento y la indemnización del daño a la persona en Colombia, con especial referencia a la jurisprudencia, véanse CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit.; KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela*, cit.

estado presente; por ejemplo, la pérdida de la oportunidad de adelantar estudios universitarios.

Eventualmente la madre podrá reclamar también los perjuicios derivados del haber tenido que criar sola al hijo, no solo los materiales como parece sugerir un autor⁵³⁷, sino también los morales, por la perturbación psíquica y los esfuerzos adicionales que no habría tenido que hacer de haber contado con la asistencia del otro padre, pero es un daño distinto. Ello lleva a pensar que, paradójicamente, parece más difícil la indemnización de los perjuicios materiales al hijo, pues en realidad quien padece el daño emergente es la madre o quien haya asumido los gastos de la crianza, y no parece posible determinar un lucro cesante.

En relación con el fundamento de atribución de la responsabilidad, resulta claro que debe probarse la negligencia mediante la demostración de que el padre tenía conocimiento de la existencia del hijo, o habría podido saberlo, y, no obstante, se abstuvo de reconocerlo y, en consecuencia, se desentendió de proveer a su asistencia moral y material. Ello es así porque mal podría predicarse la responsabilidad de quien no reconoció a su hijo porque no sabía que lo fuera.

Por último, valga señalar que, justamente por no contar con reglas de juego determinadas, en este caso como en ningún otro cobra valor la metodología comparada, pues en otros ordenamientos los autores y la jurisprudencia ya han comenzado a preocuparse por remediar esta problemática⁵³⁸, lo que puede dar luces a la doctrina en Colombia para

537 PARRA BENÍTEZ, *Derecho de familia*, cit., 600.

538 Para el caso colombiano puede resultar útil valorar contextos cercanos como los de otros países de América Latina, cuyo ejemplo más emblemático es el de Argentina Cfr. entre muchos otros MEDINA, "Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina", cit.; M. HERRERA, "Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho", *La Ley*, 2011; MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, cit. Pero, por ejemplo, también se comienza a debatir en Perú, por mencionar solo

abrir el debate y comenzar a perfilar soluciones. Adelante se esbozarán las conclusiones de la comparación con el ordenamiento italiano.

3.6. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSCIENTEMENTE FALSO Y CONSIGUIENTE ABANDONO DEL RECONOCIDO

No es muy distinta la última hipótesis de daño propuesta, pues ha sido poco discutida por la doctrina y la jurisprudencia, con la diferencia de que el reconocimiento conscientemente falso, mal llamado reconocimiento por complacencia, puede tener relevancia penal.

Valga recordar que esta hipótesis se presenta cuando el padre reconoce como hijo a quien sabe a ciencia cierta que no lo es. Como ya se dijo con ocasión del estudio de este problema en Italia, los motivos pueden ser de distinto tipo, desde un reprochable intento de fraude a la ley (de adopción, de inmigración, en materia de sucesiones, etc.) hasta un deseo altruista por ofrecer una relación parental al supuesto hijo. Sin embargo, el falso reconocimiento en sí mismo, aunque tenga relevancia penal, no constituye el mayor problema; en cambio, sí lo es la pretensión de impugnación por parte del mismo declarante, o el descubrimiento de la verdad por parte del hijo, o el deseo del padre de sustraerse al cumplimiento de sus deberes. En este último caso tendrá que remediarse como un incumplimiento de los deberes parentales, si la conducta se limita a ello.

algunos ejemplos: R. I. OLORTEGUI DELGADO, "Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial", tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010, <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/193> [consultado el 13 de octubre de 2018]; L. N. MEZA SOTO, "Reparación civil por los daños derivados y emergentes ante la falta de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales", *Persona y Familia*, n.º 5, 2016, 33-50. También en Perú se encuentran muchas tesis de pregrado.

Ahora bien, un primer problema para remediar este daño es la determinación del hecho constitutivo del daño, porque si bien todo parte con el reconocimiento conscientemente falso, que tiene relevancia penal, este no necesariamente constituye un hecho dañino en sí mismo para el hijo, allí donde, por ejemplo, haya sido realizado con altruismo y con base en el cual la relación con el reconocido es completamente armoniosa.

Por su parte, la impugnación en sí misma puede no ser siempre constitutiva de daños, allí donde, por ejemplo, el hijo esté de acuerdo porque quiere obtener la declaración de la paternidad biológica.

En relación con el hecho de haber descubierto la verdad, tampoco se puede afirmar que sea en sí misma la fuente del daño, pues reenvía al falso reconocimiento, pero también al hecho de haber hecho creer al hijo que tenía por padre a quien no lo era, con la consecuencia de haber construido su identidad con base en lazos familiares espurios.

3.6.1. Falso reconocimiento y derecho penal

Para comprender esta hipótesis de daño en su integridad, hay que comenzar advirtiendo en qué consiste la relevancia penal de este hecho, porque se trata de una conducta que redundaría en una alteración del estado civil de una persona, lo que atenta contra distintos bienes jurídicos y, al igual que la anterior hipótesis, afecta la identidad del sujeto reconocido (tabla 10).

En relación con lo ya dicho, en este punto no puede sino reiterarse la ineficacia del derecho penal y su inidoneidad para remediar el daño padecido por el hijo, que existe con independencia del ejercicio y la prosperidad de la acción penal. A ello se suma que la pena de prisión no resulta, en ninguna circunstancia, reparadora del daño. Además, en relación con los delitos contra la fe pública, el bien jurídico

es justamente ese, por lo que no existiría relación con el daño sufrido por el hijo.

TABLA 10. REMEDIOS DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO FRENTE AL RECONOCIMIENTO CONSCIENTEMENTE FALSO DE HIJO EXTRAMARITAL

Ámbito	Tipo penal	Disposición	Supuesto de hecho	Sanción
Delitos contra la familia	Supresión, alteración o suposición del estado civil	Art. 238	El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe.	Penas de prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses
Delitos contra la fe pública	Obtención de documento público falso ⁵³⁹	Art. 288	El que, para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad.	Penas de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses
	Falsedad personal	Art. 296	El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos.	Multa, siempre que la conducta no constituya otro delito.

Fuente: elaboración propia.

539 En caso de que el funcionario público encargado del registro tenga conocimiento de la falsedad del reconocimiento, incurrirá en el delito de *falsedad ideológica en documento público*, descrito por el código penal en su artículo 286 en los siguientes términos: “El servidor público que en ejercicio de sus

3.6.2. Falso reconocimiento y derecho civil: impugnación y perjuicios según la jurisprudencia

Desde el punto de vista del derecho civil, parece tener mayor preponderancia la visión patriarcal de la familia pues el artículo 224 c.c.co., como quedó modificado por la Ley 1060 de 2006, artículo 10, consagra que “durante el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad se presumirá la paternidad del hijo, pero cuando exista sentencia en firme el actor tendrá derecho a que se le indemnice por los todos los perjuicios causados”.

Es evidente la exclusión que hace el código de la posibilidad de reconocer al hijo como víctima, para dejar como tal solo al presunto padre. Sin embargo, hay que precisar que en este caso la prosperidad de la acción conduce a la responsabilidad de la madre frente al supuesto padre o frente al hijo, por haber representado falsamente la paternidad, pero se trata de una hipótesis de daño distinta. En este caso, la prosperidad de la pretensión indemnizatoria dependerá de que el actor haya ignorado que no era el padre, pues si lo sabía no se configura la falsa representación de la paternidad ni el perjuicio.

Ahora bien, la disposición en cuestión tampoco resuelve el caso en que el supuesto padre sea consciente de la inexistencia del vínculo biológico. Al respecto, si bien no hay una disposición precisa, la Corte Suprema de Justicia ya se ha

funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses”. Al respecto *cfr.* J. A. ABELLO GUAL, “La responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* 18, n.º 36, 2015, 81-98, <https://doi.org/10.18359/dere.935>. También Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 101 de 2016, rad. 1760694544.

referido a esta hipótesis afirmando que el reconocimiento a sabiendas de que no se es el padre biológico, “bajo la promesa dirigida a la madre de estar enamorado, no puede generar el desconocimiento de los derechos fundamentales [...] relativos a su nombre [del hijo], a la personalidad jurídica, al estado civil y a conocer su verdadera familia”. Luego de lo cual señala de manera inequívoca:

La situación puesta de presente en el *sub lite* da lugar a la indemnización de perjuicios a favor de la menor, ahora adolescente, en contra de quien procedió a su reconocimiento voluntario y ahora la repele [...], susceptibles de mensura judicial oficiosa, aplicando el parágrafo 1.º del artículo 281 del Código General del Proceso, a cuyo tenor “(e)n los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultra-petita y extra-petita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, el niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”.

Por supuesto que, en el caso de autos, pudo generarse una afectación psicológica a la menor demandada, entre otros daños, originada en la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar, truncados súbitamente no más que por el cambio de parecer del ascendiente que, a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició sino rechazar la filiación de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo, puede ser desechada. Por supuesto que dicho proceder debe dar lugar a la reparación del daño, a lo sumo psicológico⁵⁴⁰.

A ello se suman afirmaciones relativas a que la ausencia de normas en la legislación interna que recojan directrices

540 Cas. civ., 19 de octubre de 2017, rad. 11001-02-03-000-2017-02463-00, ref. stc16969-2017.

para la reparación de este daño no comporta su inexistencia, pues “dicho proceder, significa, ni más ni menos, que ir en contra del acto propio”. Es decir, la Corte asimila este supuesto a los principios de buena fe y confianza legítima de los que se deriva la regla según la cual *venire contra factum proprium non valet*.

Sin embargo, como en el caso de la sentencia por violencia conyugal comentada antes, esta también es una sentencia de tutela contra providencia judicial, por lo que aquí tampoco se ofrece una solución de fondo. En consideración a sus propios razonamientos, la Corte decide otorgar el amparo alegado por el demandante (el falso padre) porque durante el proceso se demostró, mediante prueba científica, la identidad del padre biológico.

Así las cosas, la Corte señala que se concede la tutela, pero en función del interés de la menor de edad y de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica, al estado civil, al nombre, a la identidad y a la familia, aclarando, en todo caso, que la conducta del falso padre es constitutiva de daños y perjuicios. Sin que señale el procedimiento más adecuado para la condena, es dable presumir que lo debe hacer el juez que conozca de la impugnación, pues cualquier otra conclusión resultaría nugatoria del derecho a la indemnización y quitaría toda eficacia a la sentencia que declara la responsabilidad civil. Por razones de economía procesal, tampoco sería admisible exigir que se adelante un proceso separado de responsabilidad civil.

A estas consideraciones se suman unas hechas por la Corte Constitucional, según las cuales en caso de que la impugnación de la paternidad no prospere, pero el supuesto padre tenga la certeza de no serlo porque cuenta con la prueba científica, imponer la paternidad comporta una agresión a sus derechos fundamentales a decidir libremente el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y a acceder a la administración de justicia, pues supone

constreñir al falso padre a aceptar y criar como hijo a una persona con la cual no tiene ningún vínculo biológico⁵⁴¹.

Visto esto, podría concluirse que para la jurisprudencia colombiana la certeza de la filiación constituye un bien esencial que debe protegerse. Aunque, dicho así, cabría preguntarse qué es de los términos de prescripción establecidos por la ley, los cuales, en cuanto tales, no pueden ser obviados, y fueron establecidos justamente para evitar la incerteza e indefinición de plazos largos o indeterminados⁵⁴².

3.6.3. Las contradicciones del ordenamiento: la certeza del estado civil en perjuicio de los hijos

En el caso de reconocimiento conscientemente falso se está abriendo la puerta, por vía jurisprudencial, para que prosperen las impugnaciones de paternidad como una forma de privilegiar la certeza del estado civil. Si bien se trata de un bien jurídico precioso, no se puede omitir que el

541 Corte Const., T-888 de 2010.

542 Así, por ejemplo, la cas. civ., 27 de octubre de 2000, exp. 5639, advierte que “el legislador [...] reservó lugar especial, cómodo y casi diríase que privilegiado para el hijo reconocido, al tiempo que fue exigente y francamente restrictivo con los interesados en desconocer dicho estado, fijando las causas y los plazos, cortos y definitivos estos, para intentar la correspondiente acción; y esta posición no es gratuita; tiene su razón de ser, como antes se expresó, en las más sentidas necesidades de la comunidad, que mal soportaría la zozobra que traerían consigo la prolongada indefinición en el punto, amén de una legislación laxa y permisiva en relación con un tema que afecta los fundamentos mismos del orden social”. Además, afirma en las sentencias de 9 de junio de 1970 y 25 de agosto de 2000, exp. 5215, que “como el estado civil, que según el artículo 346 ‘es la calidad de un individuo en tanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones’, no puede quedar sujeto indefinidamente a la posibilidad de ser modificado o desconocido, por la incertidumbre que tal hecho produciría respecto de los derechos y obligaciones emanados de las relaciones de familia, y por constituir, como ya se dijo, un atentado inadmisibles contra la estabilidad y unidad del núcleo familiar, el legislador estableció plazos perentorios dentro de los cuales ha de intentarse la acción de impugnación, so pena de caducidad del derecho respectivo”.

derecho a la personalidad jurídica, a la identidad, al estado civil, está en cabeza tanto del padre como del hijo y, en este preciso caso, apelar a la excusa de que mantener la filiación comporta imponer la relación filial a una persona que no la quiere no es suficiente, pues se deben valorar también los derechos del hijo.

Además, no puede ignorarse el hecho de que la relación de filiación se constituyó precisamente porque la voluntad del arrepentido se dirigió a constituirla. Permitir que se sustraiga a sus obligaciones de padre con el pretexto de la certeza del estado civil es patrocinar la irresponsabilidad de los sujetos que, a la par de quien decide procrear un hijo o adoptarlo, desconocen los deberes parentales.

Por lo mismo, no es correcta ni coherente la solución que tiende a admitir la impugnación promovida por el falso padre con fundamento en que el término de los 140 días se computa a partir de la obtención de la prueba científica, justamente porque es contraria a la necesidad de certeza del estado civil. Salvo quedaría el caso en que durante el proceso el hijo presente demanda de reconvencción con la pretensión de impugnar la paternidad, debiendo determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad civil del actor, con la consiguiente condena al pago de la indemnización de los perjuicios. Hipótesis similar puede presentarse si al proceso se vincula el padre biológico. Es decir, la impugnación de la paternidad puede prosperar por fuera del término de los 140 días solo si es promovida por aquellos para quienes la acción es imprescriptible.

Por supuesto, es distinta la situación en que el sujeto no sepa que no es el padre biológico, y en este caso tampoco parece apropiado que el cómputo del término se cuente solo a partir de la obtención de la prueba científica. Se insiste, en todo caso, que esa es una hipótesis de falsa representación de la paternidad de la que es responsable civilmente la madre en virtud del artículo 224 c.c.co.

Tampoco tendría lugar promover la acción de nulidad del reconocimiento con fundamento en su falsedad, porque sería un grosero intento de evadir los términos perentorios para impugnar la paternidad, único camino para controvertir la paternidad cuando el hijo no ha podido tener como padre a quien reconoce. Así lo ha establecido categóricamente la casación civil⁵⁴³.

El punto central radica en que, cuando se reconoce a un hijo, a la raíz de la responsabilidad parental está la declaración inequívoca de asumir el rol de padre, así como su ejercicio prolongado en el tiempo más allá de los 140 días posteriores al momento en que se hace el reconocimiento, con lo cual se da lugar a la creación y consolidación de una relación afectiva y de lazos que tienden a fortalecerse a medida que el hijo crece.

Por eso no se entiende por qué, si la creación y consolidación de dichos lazos constituye un elemento que la jurisprudencia ha valorado como relevante para preferir a la familia de crianza frente a la familia biológica⁵⁴⁴, en este

543 Cas. civ., 27 de octubre de 2000, exp. 5639, donde se advierte que “si el legislador se tomó el trabajo de otorgar al evento de la falsedad en la declaración de paternidad natural un especial y cauteloso tratamiento jurídico, determinando estrictamente quiénes, cuándo y cómo pueden impugnar el reconocimiento del hijo, absurdo sería pensar que admitió simultáneamente la existencia de una acción paralela (léase la de nulidad) cuyo objetivo sería así mismo el de despojar al reconocido de su filiación con fundamento en idénticas circunstancias fácticas, acción que, por si fuera poco, no solo coexistiría con la de impugnación sino que subsistiría, y por largo tiempo, luego de fenecida ésta”, por lo que “la única interpretación valedera es la de que en estas materias del estado civil, y concretamente en lo de las acciones encaminadas a suprimirlo, ha de estarse a las causas y a los términos que específicas normas consagran para esos efectos, sin que pueda pensarse que el alegar esas mismas causas de impugnación pero situándolas en un diferente marco jurídico –para el caso el de las nulidades–, se convierta en airoso medio de esquivar aquellas normas y evadir su tan justificado rigor”. En el mismo sentido, cas. civ., 26 de septiembre de 2005, rad. 6600-1311-0002-1999-0137.

544 Corte Const., sentencias T-049 de 1999, T-715 de 1999, T-941 de 1999, T-893 de 2000, T-510 de 2003, T-292 de 2004, T-844 de 2011, T-689 de 2012, T-836 de

caso se permita sin más la sustracción al rol de padre y a los deberes inherentes a él. Con ello se rompe, de hecho, la igualdad respecto de los padres biológicos y los adoptivos, quienes en ninguna circunstancia pueden pretender la “cancelación” de la relación de filiación. Pero, además, allí donde no sea posible atribuir la paternidad, la prosperidad de la impugnación por la defensa de los derechos del falso padre puede conducir a una desprotección de los derechos del hijo, en términos morales y materiales.

Bien podría el legislador establecer la imprescriptibilidad de la acción de impugnación de paternidad, pero ligada a la consiguiente responsabilidad civil; esta podría ser una solución más consecuente, pero seguramente menos apreciada por la falta de certeza del estado civil que se derivaría.

En ese caso, la responsabilidad civil debería comportar la indemnización de todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se demuestren. Dentro de los daños materiales cabría, por ejemplo, el lucro cesante por el dinero que el hijo deja de recibir a título de manutención, pero también por la lesión a la expectativa hereditaria. Los daños extrapatrimoniales tendrán que determinarse en cada caso y pueden consistir en el sufrimiento por el descubrimiento de la verdad, o por el rechazo afectivo de quien hasta entonces se tenía por padre, por la lesión a los derechos a la identidad, al nombre o a la personalidad jurídica.

Se termina así la presentación del esquema de remedios propuesto por el ordenamiento colombiano a los cuatro daños escogidos para el análisis comparativo. De esta ma-

2014. Permítase el reenvío a RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia*, cit., 67-72, donde se analiza la línea jurisprudencial sobre la materia, y las implicaciones de la negligencia de los funcionarios para promover la creación y consolidación de lazos familiares, lo que conduce al reconocimiento y protección de la familia de crianza. Por su parte, la jurisdicción ordinaria también se ha pronunciado a favor de la primacía de la realidad de los afectos frente a la verdad biológica; así, cas. civ., 25 de agosto de 2017, rad. 05615-31-84-002-2011-00216-01.

nera termina la etapa de descripción analítica de los ordenamientos a comparar y se pasa a la comparación misma de los dos sistemas para identificar los principios comunes y los discordantes y así elaborar una propuesta de solución al problema en derecho colombiano, sin olvidar posibles elementos útiles para el derecho italiano.

CAPÍTULO IV.

HACIA UN NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS INTRAFAMILIARES: LA RESPONSABILIDAD POR LA CONCEPCIÓN COMO FUNDAMENTO PARA SUPERAR LA INMUNIDAD

Luego de haber descrito los dos ordenamientos escogidos, se pasa a la comparación crítica de ambos en relación con los remedios que ofrecen para los cuatro daños escogidos, con miras a determinar las similitudes y diferencias. El propósito de ello es establecer la viabilidad de aplicar el remedio indemnizatorio para dichas hipótesis en Colombia, así como verificar los retos para los ordenamientos que desean remediar estos daños bajo una lógica de integralidad. De allí que, luego de una profunda valoración, sea necesario concluir que la responsabilidad civil, aunque sea idónea para la satisfacción de los intereses de la víctima, por sí sola tampoco logra superar definitivamente el problema, por lo que se requiere un decidido compromiso del Estado, así como la superación de ciertos prejuicios o ideas anquilosadas sobre la relación paternofilial.

El objetivo es definir un esquema general y comprensivo de remedios a estos daños, que no se limite a la aplicación exclusiva de una determinada normativa, buscando siempre garantizar los intereses y derechos fundamentales de las víctimas, así como la protección del núcleo familiar.

Considerando las diferencias entre las cuatro hipótesis y los posibles elementos comunes que podrían orientar el análisis, este capítulo se divide en dos partes: en primer lugar, se presentan los resultados de la comparación, señalando los puntos críticos de ambos ordenamientos; y luego se estructuran las propuestas concretas en relación con los instrumentos de solución y remedios a los daños estudiados. Para ello se considerarán los avances del ordenamiento italiano en materia de reparación de los daños intrafamiliares, pero se introducirá el debate sobre la necesidad de dar cabida a nuevas categorías que permitan entender el rol parental en clave de ejercicio responsable, como un primer paso hacia la superación de los daños intrafamiliares.

4.1. COMPARACIÓN CRÍTICA A PARTIR DE UN ELEMENTO COMPARTIDO: LA INEFICACIA E INSUFICIENCIA DE LOS REMEDIOS DEL DERECHO ESPECIAL

Con la revisión sistemática de la disciplina de los remedios, es necesario verificar su efectividad para realizar y satisfacer el interés de los hijos víctimas de un daño causado por sus padres. Algunas cuestiones revisten carácter general, pero otras reflexiones son particulares, dadas las características de algunos daños frente a otros. En esta primera parte del capítulo se propone un análisis de los desafíos que imponen las hipótesis estudiadas, para así demostrar que la disciplina especial se ha quedado corta. Tanto en Italia como en Colombia las soluciones previstas no bastan o son ineficaces porque omiten aspectos esenciales en relación con la valoración de las conductas, pero también con cuestiones de las que la responsabilidad tampoco se ocupa, por ejemplo la prevención o el uso de mecanismos alternativos para la solución de controversias.

En primer lugar, se expondrá desde la perspectiva del derecho penal, como prueba del fracaso del populismo punitivo y para contrastar la idea generalizada de que la

solución a cualquier problema jurídico se encuentra de la mano de la creación de delitos o del aumento de las penas. Después se hará lo propio en relación con el derecho civil y de familia y se señalarán, allí donde corresponda, los aciertos del enfoque que en Italia ha tenido la aplicación de la responsabilidad civil como remedio a los daños intrafamiliares, pero también algunas debilidades y aspectos problemáticos, los cuales no se pretende resolver aquí, pero cuya discusión puede resultar útil para la experiencia colombiana.

4.1.1. Derecho penal y populismo punitivo: prevención, alternatividad de las penas y conciliación como puntos críticos

La hipótesis de esta sección es que el derecho penal, por cuanto necesario socialmente, no es la herramienta idónea para responder a los daños intrafamiliares y que, por el contrario, puede ser perjudicial para la relación familiar. El populismo punitivo se ha revelado una estrategia con impacto político, pero vacía frente a la pretensión de justicia para las víctimas, pretensión que requiere garantías adicionales como la reparación o la no repetición. Este enunciado es válido para los dos ordenamientos.

De manera general puede concluirse que el derecho penal se caracteriza por una suerte de inmunidad familiar en materia de responsabilidad civil. En este escenario, ambos ordenamientos se pueden sobreponer, pues consagran remedios similares, sin que se supere la estrategia punitiva de imposición de la medida privativa de la libertad para sancionar las conductas delictivas. La situación se resume en la tabla 11.

De los cuatro casos, el de violencia es quizá el más difícil de afrontar y el que mejor muestra las debilidades de los sistemas jurídicos, sobre todo, desde el punto de vista del derecho penal. Ello por la paradoja que comporta la

existencia de un grado de inmunidad, pese a que asume relevancia penal.

TABLA 11. COMPARACIÓN DE LOS REMEDIOS PENALES EN COLOMBIA E ITALIA

Hecho dañino	Daño	Italia	Colombia
Violencia o abuso	Daño a la persona Incumplimiento de los deberes parentales	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión • Multa • Medidas cautelares • Pérdida de la responsabilidad parental 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión • Multa • Medidas cautelares y de protección (Ley 294 de 1996) • Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico
Incumplimiento de algunos deberes parentales	Abandono moral o material	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión • Multa 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión • Multa • Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico
No reconocimiento del hijo extramarital	Privación de la relación parental	---	---
Impugnación del reconocimiento conscientemente falso	Lesión al derecho a la identidad, a la personalidad jurídica, al estado civil	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión • Multa

Fuente: elaboración propia.

De las cuestiones que emergen, por ejemplo, queda claro cómo la violencia es un problema complejo que no puede ser resuelto mediante un único tipo de remedios. Siendo así, tanto el derecho penal como el derecho de familia y el derecho civil resultan insuficientes e ineficaces si no existe

un esfuerzo institucional de todas las estructuras del Estado y de la sociedad misma para combatirlo, de modo que aun la misma responsabilidad civil se puede revelar inútil si no se acompaña de otras iniciativas y, sobre todo, si el ordenamiento no favorece la eliminación de obstáculos de todo orden para el acceso a la justicia y si no se supera la mera función punitivista y sancionadora de algunas normas.

La violencia es un problema endémico. Si bien hay matices en relación con las diferencias culturales y socioeconómicas, algunos aspectos revelan un patrón escalofriante sobre la incapacidad del Estado y la falta de voluntad institucional y política para enfrentar el problema. Especialmente grave si se considera que la violencia, aunque ocurra en casa, tiene efectos devastadores en la vida y las relaciones de todos los involucrados, pero también en sus círculos vitales y sociales, con gran impacto en la convivencia de la comunidad a la que pertenecen estos sujetos y de la sociedad en su conjunto.

Sorprende, por ejemplo, la existencia de una serie de prejuicios asociados a una herencia patriarcal de la familia y de la sociedad, gracias a los cuales se tiende a justificar la violencia del hombre contra la mujer y contra sus hijos, u otros familiares, en función de su aparente "autoridad" en la estructura familiar. De esta manera, los esfuerzos para promover la igualdad dentro de la familia han resultado útiles, pero siguen siendo insuficientes, dada la gran incidencia del fenómeno de la violencia intrafamiliar en ambos países.

Esto, sumado a la regularidad con que ocurre la violencia intrafamiliar y a la falta de acción efectiva de los Estados, conduce a preguntarse, en primer lugar, sobre la influencia cultural que tiene la noción de patria potestad, y cómo condiciona la forma en que las personas se relacionan dentro de su familia.

No se trata de una cuestión menor limitada puramente al lenguaje. Desde los sectores tradicionales hay resistencia a abandonar la categoría y los legisladores han demostrado poco rigor para tratar la responsabilidad parental, de modo

que han perdido una valiosa oportunidad para superar una noción que hoy poco dice sobre las relaciones familiares y que, en cambio, puede conducir a equívocos peligrosos. Con ello los legisladores ignoraron los poderosos efectos del lenguaje, sobre todo el jurídico, en el contexto social. Pretender alegar la neutralidad de las palabras por el solo hecho de que se declare es ingenuo, especialmente si se trata de una categoría jurídica que ha condicionado las relaciones familiares y ha estado arraigada socialmente durante milenios, pero que también ha justificado, desde que se concibió, los excesos (aun violentos) del hombre en el ejercicio de su autoridad conyugal y paterna, y le ha otorgado amplios poderes y derechos, aun en desmedro de los demás familiares⁵⁴⁵.

545 Baste pensar en los alcances de la patria potestad en sus orígenes, que otorgaba, en tiempos de los romanos, el *derecho de vida y muerte* sobre los hijos, que le permitía al *pater* provocar la muerte de un hijo sin recibir sanción por ello, derecho que se atenuó, según noticia de los estudiosos, primero con la prohibición de provocar la muerte de los hijos varones menores de tres años y de la hija primogénita, para luego, hacia el fin de la República, desaparecer con la equiparación de dicha conducta al homicidio castigado con la pena capital. Para un análisis de este específico derecho derivado de la patria potestad véase S. THOMPSON, "Was Ancient Rome a Dead Wives Society? What did the Roman Paterfamilias get away with?", *Journal of Family History* 31, n.º 1, 2006, 3-27; y con un análisis de los casos que ofrecen las fuentes romanas AMUNÁTEGUI PERELLÓ, "El origen de los poderes del 'Paterfamilias' I", cit., quien además adelanta un estudio de las distintas teorías sobre la naturaleza de este poder en el derecho romano, concluyendo que, si bien se trata de un poder bastante amplio, en realidad no era absoluto. Esta atribución del *pater* heredó a la Edad Media la posibilidad de que el padre causara la muerte de la hija adúltera, *cfr.* A. MASSIRONI, "The Father's Right to Kill His Adulterous Daughter in the Late *Ius Commune*", en M. G. di Renzo Villata (ed.), *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, Studies in the History of Law and Justice 5, New York, NY, Springer International Publishing, 2016, 187-215, https://doi.org/10.1007/978-3-319-42289-3_8. También existía el *derecho de venta* como una forma de "cesión temporal de la fuerza de trabajo" del hijo, potestad que conoció límites importantes ya desde el periodo decenviral, al punto que el abuso del mismo podía provocar la pérdida de la patria potestad, de modo que, la ley de las XII Tablas estableció que luego de la tercera venta, el hijo quedara libre de potestad; y en el siglo IV a. C. se prohibió la venta de

Por supuesto, la patria potestad tiene un valor histórico, y no se quiere afirmar que la violencia sea una consecuencia directa de aquella, pues con ello también se pecaría de ingenuidad. Pero se quiere hacer luz sobre los peligros de mantener en el ordenamiento la categoría ‘patria potestad’, o incluso ‘potestad parental’ de la que se habla en Colombia, para definir las relaciones familiares, pues, aunque se haya matizado su contenido y se condicione su interpretación al orden constitucional, tiene un efecto simbólico muy poderoso⁵⁴⁶: con ella se significa que la familia está gobernada por relaciones de poder y de sujeción, relaciones basadas

los hijos; hasta el periodo de Constantino (306-337 d. C.) cuando se admitió la venta de niños definidos *sanguinolentos*, hijos de padres en condiciones de pobreza extrema, con la posibilidad de readquirirlos. Adicionalmente, el padre tenía “el poder de obligar a los hijos a establecer la residencia consigo, impedirles aspirar a ciertas carreras o ejercer ciertos tipos de actividad, corregir sus costumbres e infligir castigos con fines educativos”: PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, cit., 37. Igualmente, de acuerdo con las fuentes, el *pater* poseía el *ius noxa dandi* (Gayo 4.75), consistente en la facultad del *pater* que, para limitar su responsabilidad por los hechos de los hijos, podía escoger entre el pago de la *litis aestimatio* o entregar el hijo (o el esclavo o animal) causante del daño, a la víctima, para su castigo o el resarcimiento del daño (*noxae dedere*); siempre que no haya concurrido culpa del *pater*, pues en ese caso la responsabilidad era personal y podía ser perseguido directamente con fundamento en la *lex Aquilia* como el autor del ilícito: S. SCHIPANI, “De la Ley Aquilia a Digesto 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, 279 s. Analiza ampliamente la acción noxal, desde una perspectiva del derecho de las obligaciones, pero también con mención a las proyecciones en el derecho de familia G. F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva: análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Doctrina Jurídica 779, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, 29 ss. Desde la perspectiva del derecho de familia, la analiza AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “El origen de los poderes del ‘Paterfamilias’ I”, cit.

546 En la literatura de la sociología lingüística no ha faltado quien le atribuye al lenguaje el carácter de instrumento de control social, *cfr.* M. BELTRÁN, “Sobre el lenguaje como realidad social”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, 36.

en atribuciones y privilegios, en abierta contradicción del principio de igualdad.

Mantener una categoría que ha condicionado ampliamente las relaciones familiares, por cuanto sea susceptible de interpretación y reinterpretación, distorsiona el debate sobre los deberes y derechos de todos los sujetos que hacen parte de la familia en relación con los otros. Los ordenamientos jurídicos y los Estados están en deuda con la sociedad, pues por milenios una fracción muy significativa de sus miembros ha sido sistemáticamente invisibilizada, por lo que la acción estatal debe dirigirse a concretar la igualdad formal y material, que no se puede lograr mientras haya corrientes que justifican, aun desde lo simbólico, una consideración de los miembros de la familia en razón del género, la edad, el origen, las preferencias o cualquier otro criterio distintivo. El derecho del siglo *xxi* no puede mantener un discurso incluyente de la mano de un lenguaje excluyente.

Sin embargo, como se señaló antes, la solución al problema de la violencia familiar no pasa por un único instrumento, pues parte de la complejidad de este fenómeno consiste en su diversidad de manifestaciones. Al respecto, del estudio de la regulación de ambos países se reveló la debilidad de los ordenamientos para enfrentar la violencia que no comporta una agresión física, resultando invisibilizadas o minimizadas otras formas de violencia.

Un desafío adicional lo constituye la detección efectiva de la violencia, lo que se dificulta, entre otras cosas, por la falta de denuncia. Al respecto, se detectó que el origen de ella está en los más variados motivos, comunes a los dos ordenamientos, que justifican desplegar una acción institucional integral.

Así, por ejemplo, de una lectura de todo el proceso, desde el ejercicio de la acción penal hasta la terminación del proceso judicial, los sistemas judiciales de ambos países aparecen debilitados, minados por fenómenos de corrupción, por agresiones por parte de altos funcionarios del gobierno y de

la rama legislativa, con lo cual se atenta contra el principio de separación de poderes y se legitima la desconfianza de los ciudadanos en él; por una desigualdad o desproporcionalidad de tratamiento, que conduce a la creencia de que la justicia es para unos pocos; por la ineficacia o negligencia de los funcionarios, que hacen más tortuoso y demorado el proceso de atención de las víctimas.

A ello se suma la debilidad de las entidades estatales para atender la violencia con un enfoque distinto, que favorezca la prevención y la educación en el respeto y el diálogo, y sobre todo la atención a las víctimas, inmediata, pero también de manera que les permita recibir oportunidades para atacar las causas de la violencia y promover la visibilización y la denuncia.

A propósito de esta última, allí se presenta uno de los mayores problemas, para el cual es necesaria una respuesta integral. Especulando sobre los motivos por los cuales las víctimas no denuncian la violencia intrafamiliar y que pueden resultar comunes tanto al contexto colombiano como al italiano, además de la desconfianza en el sistema judicial y la debilidad de las instituciones, aparecen otros como una tolerancia a la violencia como una cuestión normal, justificada o no, particularmente grave. El problema, eventualmente, puede radicar en la definición y condena de la violencia de manera abstracta, que, si bien permite discrecionalidad en la interpretación, puede conducir a perpetuar discursos de tolerancia que obedezcan a determinados intereses⁵⁴⁷. Se trata de un problema frente al cual

547 Sobre este punto véase KENNEDY, *Abuso sexual y vestimenta sexy*, cit., especialmente 31 ss., donde el autor, bajo la lógica del análisis económico del derecho, presenta una lectura del abuso como un escenario en el que se presenta un conflicto de intereses entre hombres y mujeres, y en el que si estos “se benefician de diversos modos con el abuso es importante decirlo, porque es probable que el *interés* masculino vulgar en el abuso se traduzca en el control masculino de los procesos legislativos, judiciales y administrativos. Si los hombres tienen otros intereses, a menudo no reconocidos, de

el derecho es impotente por sí solo; romper con esta lógica exige una educación en el respeto por la dignidad de cada persona, en la necesidad del diálogo como instrumento de resolución de los conflictos, así como políticas públicas dirigidas a la sensibilización de la población.

En relación con el temor a eventuales ventajas derivadas de la convivencia, con dichas ventajas se hace referencia, por ejemplo, al pago de los costos asociados a la manutención. En este punto, por mencionar solo un ejemplo, tanto el *assegno di mantenimento* (art. 156 c.c.it.) como la obligación alimentaria a favor del cónyuge no culpable y sin posibilidades de proveer a su propia subsistencia (arts. 411 ss. c.c.co.) no logran contrarrestar el problema, por varios motivos. En particular, mantienen la relación de dependencia respecto del sujeto violento (aunque la violencia no sea un criterio exclusivo para su asignación), tienen vocación temporal y no tienen una función compensatoria. Por eso las medidas de los Estados deben dirigirse a ofrecer oportunidades que hagan que dichas ventajas no existan o que puedan contrarrestarse, como oportunidades en materia laboral para los padres o madres víctimas de la violencia, y de educación para ellos y sus hijos; así como también reconociendo el valor que tiene el aporte del trabajo doméstico en la familia.

A este respecto puede resultar útil el modelo de la pensión compensatoria, por ejemplo, del derecho español (art. 97 c.c.esp.), cuyo presupuesto es que exista un desequilibrio

tipo extramoral, material, erótico o estético en reducir o eliminar el abuso, es importante explicitarlo. Estos intereses, si se los reconoce, pueden influenciar a la clase dirigente masculina" (p. 16), con lo cual, según el autor, se podrían tener más elementos para hacer frente a la problemática del abuso. Esta lectura tiene, sin lugar a duda, el valor agregado de poner en evidencia la existencia de intereses, también en cabeza de los hombres, dirigidos a la eliminación del abuso; sin embargo, centrar en ellos las posibilidades de cambio parece falaz, como lo puede resultar, a su vez, el análisis del problema del abuso (o la violencia) como un problema de análisis económico del derecho. Ciertamente, no se pretende desconocer su utilidad, pero la solución de este problema pasa por un análisis más integral.

económico producido por el divorcio. Con ella se busca corregir dicho desequilibrio calculando una compensación a partir de la comparación de la posición de los cónyuges durante el matrimonio y después del divorcio, por lo que quien hubiera quedado en una posición peor a la que tenía durante el matrimonio tiene derecho a recibir dicha pensión. Los criterios a tener en cuenta para su liquidación consideran distintos factores relacionados con los sacrificios comunes durante el matrimonio y las posibilidades de recuperación económica⁵⁴⁸. El motivo es simple, si la premisa en la relación conyugal o marital es la igualdad y, luego del divorcio o la terminación de la relación, uno de los dos quedó en mejor posición económica que el otro, gracias también a los esfuerzos no retribuidos de su pareja, ello se debe compensar, como la asistencia no remunerada en una actividad económica o el trabajo doméstico, pues de no haber contado con dicho apoyo se habrían debido erogar los gastos para cubrir dichos esfuerzos.

En Colombia se destaca el esfuerzo por reconocer el aporte del trabajo doméstico gracias a la Ley 1413 de 2010, “por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas”. De hecho, según las más recientes cifras oficiales, “el valor económico del Trabajo Doméstico y de Cuidado No Remu-

548 A falta de acuerdo entre las partes, el juez determina la cuantía en función de: 1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2. La edad y el estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9. Cualquier otra circunstancia relevante.

nerado en 2017 fue 185.722 miles de millones de pesos [ca. € 52.284.940.523,39], el cual es superior al valor agregado bruto de las actividades económicas más relevantes de la economía colombiana, a precios corrientes de 2017, con una participación de 20,0 % como porcentaje del PIB⁵⁴⁹. El verdadero reto es que dicha consideración se traduzca en oportunidades reales para quien contribuye con las tareas domésticas y del cuidado, de modo que no tenga que temer el divorcio o la separación y con ello abstenerse de denunciar la violencia intrafamiliar.

Otros factores que disuaden de denunciar son la revictimización, la estigmatización y el reproche social, así como el temor a posibles represalias por parte del agresor. Es un reto particularmente difícil para el Estado, pero también exige de toda la sociedad un esfuerzo por rodear a la víctima y asistirle, sin que deba sentir temor, culpa o vergüenza. Por supuesto el Estado puede contribuir a dicho ambiente ofreciendo políticas de largo aliento de asistencia y protección a las víctimas y fortaleciendo la educación.

Todas estas cuestiones, cuya enumeración no es ni siquiera exhaustiva, confirman que la violencia intrafamiliar es un problema sistémico, respecto del cual una única respuesta puede implicar que se ignoren aspectos relevantes y que el derecho penal no tiene en cuenta. A modo de ejemplo se señalan tres aspectos críticos de los sistemas penales que son comunes a los cuatro daños que se analizaron: en primer lugar, en ambos ordenamientos el sistema penal parece omitir la importancia de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos; además, también en los dos sistemas parece no considerarse la posibilidad de aplicar penas alternativas a la prisión; y, por último, el sistema penal es

549 Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), <https://www.dane.gov.co/index.php/comunicados-y-boletines/cuentas-y-sintesis-nacionales/economia-del-cuidado#econom%C3%ADA-del-cuidado> [Consultado el 11 de septiembre de 2018].

insuficiente para lograr la prevención, como una forma de erradicación de la violencia o de la irresponsabilidad parental.

Las tres cuestiones son igualmente problemáticas. De una parte, la poca relevancia que se otorga a los mecanismos alternativos de solución de controversias puede ser problemática porque estos se han revelado como instrumentos que aportan a una reconciliación real y satisfactoria entre las partes en disputa, con costos significativamente menores, en tiempo y monetarios, respecto de los costos de un proceso judicial, pero sin que se promueva de manera decidida una cultura de mediación y conciliación para la solución de controversias asociadas a los daños intrafamiliares.

Al respecto, la experiencia colombiana es interesante en materia de conciliación. Así, por ejemplo, además de existir una extensa red de instituciones habilitadas como centros de conciliación, el agotamiento de la conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad de algunos procesos civiles (art. 90, num. 7 c.g.p.co) y, en todo caso, una etapa obligada dentro del proceso la constituye el intento de conciliación en la audiencia inicial del proceso, respecto de la cual la ley procesal señala que “desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento” (art. 101 c.p.c.co; art. 372 c.g.p.co.). De igual manera, en materia de conciliación extraprocesal, el Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como la Ley 640 de 2001, por la cual se modifican las normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, regulan detalladamente el procedimiento de conciliación.

Al respecto se destacan, sobre todo, la existencia de una amplia infraestructura dispuesta para la conciliación, así como la exigencia de cualidades especiales para poder fun-

gir como conciliador, como el título de abogado⁵⁵⁰; y el hecho de que, cuando la conciliación se surta ante funcionarios públicos o centros de conciliación de entidades públicas, los trámites son gratuitos (art. 4, Ley 640 de 2001), con lo cual se garantiza el acceso a la justicia de manera universal y objetiva. Este aspecto también se concreta en la previsión de la presencia del abogado en la audiencia de conciliación como facultativa; de hecho, a efectos de lograr un acuerdo los abogados no pueden intervenir en la negociación, es decir, su presencia es de provecho exclusivo para su cliente, por lo que se exige la comparecencia personal de las partes, a excepción de que se pruebe la imposibilidad para asistir, caso en el cual podrá asistir el apoderado debidamente facultado para conciliar (art. 1, par. 2, Ley 640 de 2001). Esto tiene el efecto de empoderar a las partes en la búsqueda de la solución a la controversia, y la exigencia de que el conciliador sea abogado garantiza el respeto de la ley, pues “es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles” (art. 8, par., Ley 640 de 2001).

Adicionalmente, de la cultura de la conciliación participen activamente las universidades, cuyos consultorios jurídicos están habilitados para funcionar como centros de conciliación, también gratuitos para personas de bajos recursos económicos (art. 11, Ley 640 de 2001)⁵⁵¹. También

550 Artículo 5, Ley 640 de 2001: El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados. Los estudiantes de último año de Psicología, Trabajo Social, Psicopedagogía y Comunicación Social, podrán hacer sus prácticas en los centros de conciliación y en las oficinas de las autoridades facultadas para conciliar, apoyando la labor del conciliador y el desarrollo de las audiencias. Para el efecto celebrarán convenios con las respectivas facultades y con las autoridades correspondientes.

551 Los consultorios jurídicos están ampliamente reglamentados en Colombia y constituyen un gran aporte de las universidades para garantizar el acceso a

la justicia de personas cuyos ingresos no les permitirían asumir los costos por concepto de honorarios de un abogado, sirviendo también al objetivo de familiarizar a los estudiantes de derecho con la técnica del ejercicio profesional de abogado ante las autoridades Judiciales y Administrativas. Corresponden a una materia obligatoria de los planes de estudio (art. 16, Dto. 3200 de 1979), por lo que su aprobación es un requisito ineludible para obtener el título profesional de abogado y, en consecuencia, para ejercer la profesión; mientras que su funcionamiento con un director de tiempo completo es un requisito de aprobación de los programas de derecho (art. 16, Dto. 3200 de 1979). Su competencia la determina el Decreto 196 de 1971, artículo 30, según el cual "las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca. Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas. La prestación del servicio del consultorio jurídico en ningún caso será susceptible de omisión ni homologación. Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos, actuando como abogados de pobres: 1. En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante éstos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados. 2. En los procesos penales de competencia de la jurisdicción ordinaria, como representantes de la parte civil. 3. De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia. 4. En los procesos laborales, en que la cuantía de la pretensión no exceda de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral. 5. En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia. 6. En los procesos de alimentos que se adelanten ante los jueces de familia. 7. De oficio, en los procesos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación. 8. De oficio, en los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República. 9. De oficio, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas" (modificado por la Ley 583 de 2000, artículo 1.º). Esta disposición ha sido objeto de control de constitucionalidad, gracias al cual la Corte Constitucional ha precisado que los estudiantes deben ejercer el derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen (Sentencia C-143 de 2001) y que la expresión "pobres" no comporta un

contribuyen proponiendo programas de posgrados y de educación continuada en mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁵⁵²; proceso de formación al que se suman entidades que también fungen como centros de conciliación y, por tanto, cuentan con gran experiencia, por lo que pueden recibir el aval del Ministerio de Justicia para la formación y capacitación de conciliadores en Derecho⁵⁵³.

En materia de familia se destaca que frente a situaciones riesgosas o de violencia intrafamiliar, así como en hipótesis de amenaza de vulneración de derechos fundamentales de la familia o de alguno de sus integrantes, “los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días [...] las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia”, que pueden ser solicitadas por los “conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los personeros municipales y los notarios” (art. 32, Ley 640 de 2001).

trato peyorativo o discriminatorio y se refiere a personas que carecen de satisfacción de necesidades básicas o que se encuentran en un estado de negación de Derechos Civiles y Políticos, así como Económicos Sociales y Culturales (Sentencia C-110 de 2017). El Decreto 765 de 1977 reglamenta la actividad y funcionamiento de los consultorios jurídicos.

- 552 Para citar solo algunos ejemplos: Especialización en Negociación y manejo de conflictos, Universidad del Norte (Barranquilla); Diplomado en Mecanismos alternativos de solución de conflictos, Universidad Sergio Arboleda (Santa Marta), Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín); Especialización en Resolución de conflictos, Universidad Externado de Colombia (Bogotá), Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá); Seminario de Métodos alternos de solución de conflictos, Universidad CES (Medellín); Especialización en Pedagogía en solución de conflictos, Universidad Manuela Beltrán (Bogotá).
- 553 Como la Cámara de Comercio de Bogotá que ofrece un Diplomado de Formación de conciliadores en Derecho.

Por su parte, en Italia, recientemente ha crecido el interés por los métodos alternativos de solución de conflictos en materia civil, gracias a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y al Decreto legislativo 28 de 2010, sobre mediación dirigida a la conciliación de controversias civiles y comerciales. Allí también se establece la mediación como requisito de procedibilidad del proceso civil en varias materias, entre las cuales están los “pactos de familia”. Sin embargo, hay aspectos que dificultan su difusión; por ejemplo, el hecho de que se exija que las partes estén asistidas por abogado (art. 8, Decreto legislativo 28/2010) aumenta los costos de manera significativa. Además, la presencia de los abogados puede tener un efecto negativo y aumentar la animosidad o sensación del carácter contencioso del conflicto.

Visto esto, es innegable que los mecanismos alternativos de solución de controversias pueden resultar útiles para hacer frente a los daños intrafamiliares. Sin embargo, se hace necesaria su promoción y fortalecimiento, aun con la inversión de recursos públicos, pues uno de sus efectos reconocidos es el de reducir la carga de procesos en los despachos judiciales y, en consecuencia, de los costos asociados a la actividad judicial y de los tiempos para llevar a término los procesos. El punto esencial con estos instrumentos es que siendo alternativos permiten descongestionar el aparato judicial; sin embargo, su valor agregado es mucho más significativo. Tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, es una

forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justi-

cia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social. Desde esta perspectiva, se ha considerado que el presupuesto básico para la efectividad de la justicia consensual es la existencia de una sociedad civil organizada, integrada cultural, valorativa y normativamente, pues al decir [de] Auerbach “sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho” (Sentencia C-893 de 2001).

De allí que la promoción de estos mecanismos concrete una forma de acceso a la justicia, con ventajas incluso mayores, desde el punto de vista simbólico, que el de la solución judicial. Fundamentalmente porque comporta un empoderamiento para las partes en conflicto, pues son ellas las que deciden sin recibir la imposición del juez; en este escenario no hay un perdedor y un ganador, sino un esfuerzo mutuo por encontrar una solución. Por lo mismo, es incuestionable su valor e importancia para resolver conflictos familiares, pues una conciliación es también más amigable en términos de efectos para la relación, ya que su base es el diálogo y no la disputa contenciosa propia de un proceso. Además, las soluciones que resulten pueden prever medidas alternativas acordes con los intereses de las partes.

Esto conduce a reflexionar sobre el segundo aspecto relevante que parece ignorar el derecho penal, tanto en Italia como en Colombia: la posibilidad de aplicación de penas alternativas a la prisión o la multa. A este respecto es importante señalar cuestiones problemáticas de estas penas en el contexto familiar. De una parte, la multa, desde el punto de vista de la víctima del daño, resulta irrelevante, pues es una pena concentrada en la sanción de quien comete el delito y que económicamente favorece al Estado. En relación con la prisión, en cambio, emergen elementos mucho más serios y que tienen que ver con las condiciones críticas del sistema penitenciario y carcelario, con índices altísimos de

hacinamiento por la falta de infraestructura, de recursos económicos y por las carencias en materia de personal calificado; todas son cosas que propician otros problemas asociados a la proliferación de la criminalidad que convierten las cárceles en verdaderas escuelas del crimen o centros de promoción de la violencia, y a condiciones precarias de salud y falta de oportunidades para garantizar el respeto por la dignidad de los presos, con lo cual se favorece el autolesionismo o el suicidio⁵⁵⁴.

Bajo estas condiciones, y pensando en tipos penales como el de inasistencia alimentaria o la alteración del estado civil, cabe preguntarse por el sentido de imponer la pena de prisión al agresor. La pregunta surge porque, si bien se trata de conductas graves, la imposición de la pena privativa de la libertad puede solo contribuir al hacinamiento de los centros

554 En Italia, por ejemplo, da cuenta de la crisis del sistema penitenciario y carcelario, la relación sobre las condiciones de detención de la Asociación Antigone de 2018, *Un anno in carcere - xiv rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di associazione Antigone*, disponible en <http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/blog/> [consultado el 15 de julio de 2018]. En Colombia es tan grave la situación carcelaria que en varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado para declarar un *estado de cosas inconstitucional*, por lo que ha afirmado que “el sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998 [en Sentencia T-153 de 1998]. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo xx. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho”: Sentencia T-388 de 2013.

penitenciarios, sin que se evidencie un resultado eficaz en la solución real del conflicto familiar. Es decir, ¿por qué infligir este castigo (en perjuicio también de los hijos) en lugar de garantizar un derecho a la reparación del daño? O ¿por qué no pensar, allí donde se afecten derechos personalísimos como el de la identidad, en la imposición de obligaciones de hacer que puedan tener un contenido reparatorio, como la petición de excusas? Estas consideraciones son válidas en los tres casos en los que se despliega el remedio penal: la violencia, el incumplimiento o violación de los deberes parentales y el reconocimiento conscientemente falso de hijo extramatrimonial.

La alternatividad de las penas puede favorecer una reconciliación entre la víctima y el causante del daño y una satisfacción real de los intereses de la víctima. Aunque es cierto que pensar en la imposición de medidas alternativas no es compatible con el populismo punitivo, el derecho de familia puede ser un escenario interesante para experimentar con soluciones alternativas que tiendan a una real reconciliación de sus integrantes, especialmente si se considera que la protección de los intereses de la familia es justamente uno de los caballos de batalla de todos los sectores políticos y sociales.

El tercer aspecto es quizá el de más difícil solución para el derecho penal: la necesidad de prevención. Ambos ordenamientos han hecho esfuerzos por establecer medidas que permitan proteger a las víctimas y que suponen una prevención de daños más graves en el caso de la violencia intrafamiliar. En relación con la violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental y los daños asociados al reconocimiento de hijo extramatrimonial, la prevención parece mucho más difícil de concebir e implementar.

En relación con la violencia se destaca la discrecionalidad que el ordenamiento italiano concede a los jueces para determinar las órdenes de protección que estimen necesarias para tutelar a las víctimas, además de aquellas

que comportan alejar al sujeto agresor o potencialmente violento del núcleo familiar. Es asimilable al esquema de la ley colombiana en materia de violencia intrafamiliar, que también prevé una serie de medidas de protección no taxativas que puede ordenar el juez, sumado a la enumeración de las medidas de protección previstas por el código de infancia y adolescencia, que también otorga libertad y discrecionalidad al juez para decretar cualquier medida que considere pertinente. Así, por ejemplo, se destaca que son medidas que, teniendo el carácter de urgentes, deben ser tramitadas en tiempos breves. Sin embargo, no necesariamente los deseos de celeridad de la ley se traducen en procesos efectivos, debido a la negligencia y prejuicios de los funcionarios, quienes por no tomar en serio las denuncias provocan un agravamiento de las situaciones de violencia o de incumplimiento de los deberes parentales.

De ello se desprende que estas medidas por sí solas, y siendo temporales, aunque puedan mitigar algunos efectos de la violencia, son insuficientes para responder de manera integral o sistemática a esta problemática. En otras palabras, si bien las medidas de protección son necesarias para garantizar la integridad de los miembros de la familia, se quedan cortas en materia de prevención. Sin embargo, ha de destacarse la consideración del perjuicio, o del daño a la integridad psicofísica de la persona, como elemento que permite identificar objetivamente una hipótesis de violencia intrafamiliar, de manera que se justifique decretar las medidas de protección.

Por su parte, en el caso de la impugnación por defecto de veracidad también resulta irrealizable la prevención del daño en ambos ordenamientos. Fundamentalmente por la contradicción que se presenta entre la previsión de unos tipos penales que sancionan la falsa declaración sobre el estado civil y la posibilidad que ofrecen los códigos civiles de impugnar la paternidad, uno de cuyos fundamentos es justamente el defecto de veracidad. Con independencia de

que los tiempos de prescripción sean cortos para que el padre o los terceros impugnen la paternidad, el hecho de que se permita la prosperidad de la impugnación, sin calificar la conducta del padre o sin exigir un comportamiento de buena fe, constituye una legitimación del falso reconocimiento. De esta manera, es el mismo ordenamiento el que promueve la concreción del daño que, al menos desde el punto de vista penal, parece no interesarse por los efectos nocivos en la vida de la víctima, sino en la agresión de los bienes jurídicos de la fe pública y la familia. Por supuesto, ello no excluye que sea un delito pluriofensivo, pero esta disposición sistemática en los códigos penales revela indiferencia sobre el hecho de que la principal víctima es el sujeto que ve alterado su estado civil y, en consecuencia, su identidad.

4.1.2. Derecho civil y derecho de familia: la inmunidad como regla no escrita

Por su parte, el derecho civil, de la mano de la responsabilidad parental, parece abrir las puertas a una reconfiguración de la relación paternofamiliar. Podría pensarse, en abstracto, que su previsión conduce a responsabilizar el rol parental, que describir la relación en esos términos y no ya como una situación de potestad y sujeción ofrece un terreno fértil para la responsabilidad civil por los daños intrafamiliares. Sin embargo, en Italia se reconoce el daño intrafamiliar desde mucho antes de la reforma del 2012 que consolidó la responsabilidad parental; mientras que en Colombia llegó mucho antes la responsabilidad parental, con el código de infancia en 2006, sin que se registren antecedentes de condenas para indemnizar los daños intrafamiliares.

En términos generales, puede concluirse que el derecho civil y de familia, sobre todo en Colombia, comporta una suerte de inmunidad familiar por los daños intrafamiliares. En el derecho italiano la inmunidad se ha superado pro-

gresivamente, aunque persisten algunos aspectos críticos, de allí que sea en relación con los remedios del derecho civil donde se pueden distinguir con mayor nitidez los dos ordenamientos. La situación se puede resumir como se muestra en la tabla 12.

TABLA 12. COMPARACIÓN DE LOS REMEDIOS DE DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA

Hecho dañino	Daño	Italia	Colombia
Violencia o abuso	Daño a la persona Incumplimiento de los deberes parentales	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida de la responsabilidad parental • Separación del hijo de la residencia familiar • Separación del padre o conviviente que maltrata o abusa del niño • Las que el juez considere pertinentes 	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida o suspensión de la potestad parental • Medidas cautelares • Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico
Incumplimiento de los deberes parentales	Abandono moral o material	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida o suspensión de la responsabilidad parental • Amonestación • Indemnización • Sanción pecuniaria administrativa 	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida o suspensión de la potestad parental • Separación de la casa familiar: ubicación en medio familiar, en hogar de paso, en centros de emergencia o en hogares sustitutos, declaratoria de adoptabilidad • Cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes

(Continúa)

Hecho dañino	Daño	Italia	Colombia
No reconocimiento del hijo extramarital	Privación de la relación parental	<ul style="list-style-type: none"> • Indemnización del daño extrapatrimonial 	
Impugnación del reconocimiento conscientemente falso	Lesión al derecho a la identidad, a la personalidad jurídica, al estado civil	<ul style="list-style-type: none"> • Indemnización del daño extrapatrimonial 	

Fuente: elaboración propia.

Luego de haber estudiado los dos ordenamientos, y valorando estos elementos, resulta claro que el derecho italiano puede ser una fuente interesante para la adopción de un esquema de reparación del daño intrafamiliar en Colombia. Las reflexiones que siguen servirán de base para la elaboración de dicha propuesta, pero también para la reflexión sobre ciertos puntos críticos en el ordenamiento italiano.

Una primera consideración, de carácter general, tiene que ver con el hecho de que en la doctrina y, gracias a la técnica legislativa de las reformas, se acepta la vigencia de la patria potestad, aunque, si se considera el sistema de fuentes, es claro que no puede conservar las connotaciones tradicionales porque se traduce en una idea de desigualdad entre los miembros de la familia. Por lo mismo, tal vez convenga superarla definitivamente, reconociéndola como una categoría con valor histórico para explicar las relaciones familiares, pero incompatible con los sistemas constitucionales modernos.

De hecho, es interesante la escogencia de la palabra responsabilidad para definir la relación paterno-filial, pues con

ella se recoge el aspecto relacional de la responsabilidad⁵⁵⁵ y la carga impuesta a los padres de ejercer la paternidad conforme a los valores relevantes para el ordenamiento. Ciertamente, la asunción de la responsabilidad parental no es equivalente a la admisión de la responsabilidad civil, pero, en el contexto de una relación que ya no se basa en la sujeción de los hijos a la autoridad paterna, sino que exige de los padres una determinada conducta, la responsabilidad civil ya no aparece como una categoría extraña que la familia repele. En otras palabras, la aplicación del remedio indemnizatorio aparece más coherente en un escenario de responsabilidad parental⁵⁵⁶.

En el ordenamiento colombiano, por ejemplo, resulta mucho más claro el efecto del reconocimiento de la responsabilidad parental para una mayor garantía de los derechos de los hijos, pues, como se vio, el código civil se concentraba en las atribuciones de los padres y solo de manera escueta enunciaba sus deberes. Mientras que el Código de infancia introdujo un nuevo esquema, un nuevo lenguaje y una nueva lógica de regulación de las relaciones familiares, que superaron al código civil y constitucionalizaron el derecho de familia. La responsabilidad parental trajo consigo

555 Cfr. F. MONTALI y L. MOLINARI, “La responsabilità come costruito relazionale: una rassegna teorica”, *Giornale Italiano di Psicologia*, n.º 1, 2009, 87-114, <https://doi.org/10.1421/29282>

556 No se pueden ignorar las críticas por parte de la doctrina al uso del término ‘responsabilidad’ “considerando el significado que normalmente asume en el ordenamiento, indicando el deber de tener o no un determinado comportamiento cuya transgresión comporta consecuencias sancionatorias en sentido lato. De modo que el término responsabilidad no permite resaltar integralmente la tarea que la ley asigna a los padres, que es esencialmente aquella de hacerse cargo integral de los hijos: a la luz de las finalidades perseguidas por el legislador, tal vez hubiera sido más apropiado, siguiendo la tendencia del legislador alemán, el uso de la expresión cuidado parental”: SESTA y ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 90. Sin embargo, la solución propuesta resulta eufemística, pues ignora justamente la intención normativa de responsabilizar el rol parental y no parece recoger todos los aspectos del ejercicio de la paternidad.

un prolijo sistema de protección y garantía de derechos, privilegiando y concretando aspectos como el derecho al amor, la realización de los intereses afectivos y de las aspiraciones de los hijos. Además, la consagración expresa de la corresponsabilidad como un principio orientador de las acciones a favor de los hijos, que involucra y compromete a todos los actores sociales, constituye un reconocimiento del valor superior que encarna la protección de la infancia y la adolescencia. Siguen existiendo desafíos para concretar todas estas aspiraciones en protección eficaz, pero el código ya garantiza un marco normativo útil.

En Italia, por su parte, la responsabilidad parental sirvió para dar cabida y enfatizar la biparentalidad como un deber que los padres deben garantizar. Sin embargo, debe entenderse como forma de concreción del *derecho a tener una familia y a no ser separado de ella*, lo que impide conductas tendientes a impedir las relaciones paternofiliales que, a su vez, pueden ser constitutivas de daño y, por ende, generar la obligación de reparación⁵⁵⁷. En Colombia, por ejemplo, se prevé bajo esta última fórmula, pues no es obligatorio que el hijo tenga dos figuras paternas, sino que las que tenga funjan como tales con responsabilidad. Esto se deriva del artículo 68 del c.i. y a., en virtud del cual las personas solteras pueden adoptar.

En Italia, en consideración a que se consagró el deber de asistencia moral y de garantizar relaciones significativas con los parientes, así como de garantizar el crecimiento en familia, se puede afirmar que el derecho de familia privilegia con ello las funciones parentales distintas a la manutención o a las garantías materiales. De este modo, la responsabili-

557 Aunque no haga parte del objeto de estudio en este libro, valga mencionar que en Italia existen antecedentes de condena a la indemnización del daño moral y biológico del padre no custodio en contra del padre que obstruye su relación con el hijo y su derecho de visitas. *Cfr.* Trib. Roma, 3 de mayo de 2000; Trib. Roma, 13 de junio de 2000; Trib. Massa, 27 de enero de 2005.

dad parental establece como centro de gravedad el aspecto afectivo y relacional de la relación paternofamiliar.

De igual forma, en ambos ordenamientos las reformas que llevaron a consagrar la responsabilidad parental concretaron también el principio de igualdad entre todos los hijos, sin consideración al tipo o estado de la relación entre los padres. En ambos casos y gracias al espíritu de las reformas es posible enunciar algunos criterios que orientan la actividad de los padres y de los operadores jurídicos en relación con la exigibilidad de los deberes parentales. Por ejemplo, además de la igualdad, y justamente por ella, debe existir una distribución equitativa de las cargas y de la responsabilidad entre los padres; debe también procurarse una relación equilibrada con ambos padres y con sus familias de origen, por lo que resulta contrario al ordenamiento cualquier intento por impedirlo o por minar la relación; es necesario el cumplimiento de todos los deberes, pues todos en su conjunto son funcionales a la realización de los derechos e intereses del hijo; y, en general, cualquier decisión debe tomarse en consideración a la realización del interés superior y prevalente del hijo.

Sin lugar a duda, un marco normativo que parte del principio de igualdad facilita la imposición de remedios a los daños injustos que se presenten y, por ende, la exclusión de la inmunidad familiar.

Por ello, es de la mayor relevancia que en ambos ordenamientos se haya consagrado la necesidad de escuchar al hijo, lo que comporta una concreción de otras libertades constitucionales, como la libertad de expresión, pero sin limitarla al ámbito procesal o de crisis de la pareja. En efecto, se exige facilitar al hijo la posibilidad de expresar opiniones, que sean conocidas y tenidas en cuenta, así como que sea escuchado en relación con cualquier decisión que tenga efectos en su esfera existencial o en su desarrollo o libertades.

Ya en concreto, en relación con los deberes parentales, si bien en su denominación se pueden encontrar diferencias, el derecho civil, en ambos ordenamientos, es prolijo en las descripciones del contenido de la relación paternofilial, así como de los derechos y deberes que ella comporta y, en general, se refieren a las mismas conductas. Una diferencia sustancial se presenta sí en relación con el deber de manutención, pues el ordenamiento italiano es mucho más paternalista, por lo cual favorece la solidaridad de los padres hasta tanto el hijo no esté en condiciones de contribuir a su propio sostenimiento. Una posición como esta en Colombia no es de recibo, pues el límite de la edad parece, en principio, más objetivo y categórico, para promover la autonomía de los hijos, quienes, a decir de la jurisprudencia, deben esforzarse por obtenerla una vez que sus padres han contribuido a su instrucción y han procurado el desarrollo de sus talentos.

Existe también una diferencia esencial en materia de remedios integrales: en Colombia el derecho civil no ha superado el esquema tradicional de remedios, pues sigue pensado en función de la patria potestad como una atribución y privilegio, por lo que la respuesta del ordenamiento al comportamiento desleal de los padres se dirige a atacar la potestad parental, de allí que la medida principal para hacerle frente (y considerada también la más grave) sea el decreto de la suspensión o pérdida de aquella.

En ambos ordenamientos la suspensión o privación de la potestad parental (*rectius* responsabilidad parental) está prevista como sanción a la violencia intrafamiliar y a la violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, y debe ser decretada mediante sentencia judicial, pues no es disponible. Considerando su drástico efecto en la relación paternofilial, la privación está concebida como *ultima ratio* y está dirigida a que el padre pierda los derechos patrimoniales (administración de los bienes, usufructo) y de representación legal del hijo, pero siga obligado a cumplir

con los deberes parentales, lo que lleva a preguntarse por la real eficacia de dicho remedio, que poco parece cambiar en la esencia de la cotidianidad para el hijo.

Lo que se cuestiona es que los aspectos patrimoniales asociados a la responsabilidad parental pueden ser indiferentes para el hijo, por lo que la sanción civil puede resultar impotente frente al daño padecido por este. La misma consideración cabe hacer respecto de la suspensión. Ciertamente no se quiere desconocer *in toto* el valor de esta medida, pero sí señalar su insuficiencia para remediar el daño. En ese sentido, la responsabilidad se erige como un complemento interesante.

En Italia, por ejemplo, al margen de que el reconocimiento de los daños intrafamiliares haya surgido como un instrumento recurrente para su reparación en la jurisprudencia, o justamente por ello, en 2006 el legislador lo acogió, al incluir el artículo 709-ter en el código de procedimiento civil para orientar al juez y ofrecer un esquema para hacer frente al incumplimiento o violación de los deberes parentales. De hecho, llama la atención que en solo cuatro numerales se establezcan soluciones tan distintas y con funciones también diferentes. De una parte, tanto la amonestación como la sanción administrativa pecuniaria tienen una vocación estrictamente sancionatoria y, eventualmente, disuasiva, pero que no excluyen el remedio indemnizatorio (previsto a favor de los hijos y del cónyuge), pues no se corresponden patrimonialmente con el daño causado.

Con esta previsión el ordenamiento zanja cualquier posible discusión en relación con la inmunidad familiar, pues se entiende que, en materia de daños intrafamiliares en las relaciones paternofiliales, para los padres surgirá la obligación indemnizatoria si se verifican los presupuestos de la responsabilidad civil. Cabría preguntarse si se puede leer la situación a la inversa. Por ejemplo, si la conducta violenta la ejerce el hijo contra los padres o si, por ejemplo, aquel incurre en una omisión de asistencia material a sus

padres en situación de necesidad, ¿puede también surgir la obligación indemnizatoria en cabeza del hijo?

La respuesta podría ser similar a la que se propone para el ordenamiento colombiano, esto es: la inmunidad familiar *per se* es incompatible con el sistema de responsabilidad civil, por lo que, frente a la provocación de un daño, surge la obligación de repararlo. En este preciso caso, resulta indiscutible que la violencia sí produce daños patrimoniales y extrapatrimoniales susceptibles de reparación; mientras que en caso de la inasistencia material no es descontado el daño, por lo que tendría que examinarse el caso concreto para verificar si con el incumplimiento se puede afectar la integridad psicofísica de los padres, pero si se verifica el daño tendría también que declararse la responsabilidad civil del hijo, con la consiguiente reparación.

Sin embargo, se trata de hipótesis distintas, pues el fundamento de la responsabilidad en este último caso no es el hecho de la concepción, a menos que los ordenamientos reconozcan una suerte de inversión de los roles, en virtud de la cual ello puede también servir de fundamento para una eventual responsabilidad de los hijos. Sin embargo, esto resulta forzado, pues ciertamente la existencia del vínculo impone un deber de solidaridad, sobre todo frente a situaciones de vulnerabilidad, pero sigue siendo un vínculo surgido por la voluntad y el querer de una sola de las partes, mientras que para la otra fue del todo impuesto. Valdría la pena explorar mejor esta situación, pero se podría resolver mediante una aplicación del principio de *neminem laedere*, por lo que, objetivamente existiría la obligación de reparar una vez verificado el daño y excluida cualquier forma de eximente de responsabilidad. Quizá sí conviene considerar la inobservancia de la solidaridad propia de las relaciones familiares y el respeto que las debe gobernar, pero sin instituir lo que podría derivar en una obligación genérica de manutención de los padres, que no siempre tendría sentido.

Es igualmente interesante en la solución italiana la consagración de medidas no típicamente compensatorias, pues acompañan la clásica función compensatoria de la responsabilidad civil. Con ello, se reconoce el valor social y no puramente privado de las obligaciones y de los deberes inherentes a la responsabilidad parental. De allí que, además del aspecto sancionatorio, exista también un aspecto de disuasión que puede favorecer la prevención.

Otra cuestión para resaltar en el ordenamiento italiano es el poder creativo de la jurisprudencia, que ha permitido actualizar el sistema jurídico a partir de una interpretación flexible y adaptada a las exigencias del sistema de fuentes del derecho. De este modo, Italia ofrece un interesante ejemplo de la posibilidad de hacerlo sin necesidad de acudir a elaboradas reformas legislativas o constitucionales, cuyo trámite puede comportar que para cuando se promulguen ya estén desactualizadas.

Es de destacarse la línea jurisprudencial para la liquidación e indemnización del daño por privación de la relación parental en caso de que el padre extramarital se rehúse a reconocer al hijo. Lo interesante de este caso es que el reconocimiento del hijo extramarital tiene características similares tanto en Italia como en Colombia y se basa en principios y reglas comunes y uniformes, lo que hace que sea posible proponer una línea de interpretación de las normas que tienda a la reparación de este daño en Colombia.

Dentro de las cuestiones comunes, las más importantes tienen que ver con la vigencia del principio de igualdad de todos los hijos en ambos ordenamientos, aunque, como se señaló en su oportunidad, en Italia puede entenderse contrastado por la incongruencia en el sistema de acciones para controvertir o pedir la atribución de la paternidad, por lo que puede existir un cierto privilegio para los hijos nacidos de una unión matrimonial. Es de señalar que el ordenamiento colombiano parece mucho más flexible en el reconocimiento de uniones no matrimoniales, en relación

con las garantías tanto a la pareja como a los hijos, cuestión en apariencia más difícil en Italia.

Otro elemento similar tiene que ver con la naturaleza del reconocimiento como un acto voluntario, irrevocable y no sometido a condición, por lo que, cuando no ocurre, la única posibilidad para establecer la filiación es mediante la declaración judicial de paternidad. Con ello se concreta el principio de *favor veritatis* que, en todo caso, no tiene carácter absoluto en ninguno de los dos ordenamientos. De allí que en ambos se pueda presentar la hipótesis de daño por el no reconocimiento voluntario, sin que los códigos se refieran a los perjuicios y a su forma de reparación, por lo que, si el análisis se detuviera en los códigos, la inmunidad sería la regla. Sin embargo, la jurisprudencia italiana ofrece luces en relación con la aplicación del remedio indemnizatorio.

De acuerdo con aquella, el daño se configura por el no reconocimiento a sabiendas de que existe el vínculo y, en consecuencia, se concrete una forma de abandono moral y material del hijo. En concreto, esta es una lesión del interés legítimo de establecer una relación plena con el padre como fuente de la responsabilidad aquiliana, pues con dicha conducta se obstaculiza el ejercicio de la responsabilidad parental y el cumplimiento de los deberes a ella ligados y, por ende, se entorpece la concreción de los derechos del hijo.

Como reglas generales se tienen entonces: frente a esta hipótesis, el hijo tiene la acción *ex* artículo 2059 c.c.it. para obtener la reparación del daño extrapatrimonial por la privación de la figura paterna o de la relación parental; la lesión se configura si el sujeto activo tuvo conocimiento del vínculo con el hijo extramatrimonial, o tiene motivos razonables para sospechar que es el padre del nacido de una mujer con la cual había tenido una relación, que se rehúse a reconocer el hijo como tal y, en consecuencia, se desintere de él; el daño tiene carácter permanente y se extiende desde el momento del nacimiento hasta el momento de la sentencia; por lo que se presenta al margen de que se haya

o no declarado judicialmente la paternidad, debiéndose sí demostrar la culpa o dolo del padre, esto es, que sabía, o sospechaba, de la existencia del hijo y de manera inmotivada se sustrajo al cumplimiento de los deberes de padre.

Este es un aspecto de la mayor relevancia porque implica una forma de aplicación de la *responsabilidad por la concepción*, gracias a la cual se entendería que el fundamento de la responsabilidad civil por ilícito intrafamiliar es la relación de causa a efecto entre la concepción y el surgimiento de la responsabilidad parental, y con ella, de la obligación de cumplir con los deberes inherentes a ella. También implica dar cabida al *principio de autorresponsabilidad* en el ámbito familiar, es decir, conduce a dotar de un sentido de responsabilidad el ejercicio de la paternidad. En ese sentido, el ejercicio irresponsable, las conductas desleales, incorrectas o de mala fe frente a los hijos resultan incompatibles con el ordenamiento, y no se compadecen con la responsabilidad social inherente a la paternidad. Visto así, se refuerza la lógica del legislador de reconocer el valor social de la observancia estricta de los deberes parentales con la inclusión del artículo 709-ter c.p.c.it.

Entre los perjuicios que reconoce la jurisprudencia están el sufrimiento y el dolor por la ausencia del padre en la vida y el desarrollo de la personalidad del hijo, con claro condicionamiento de sus decisiones existenciales y de crecimiento, con repercusiones sociales y relacionales, así como la frustración de no haber sido nunca acogido o deseado. Mientras que para su liquidación no hay reglas fijas, pues cada tribunal sigue criterios distintos, aunque las tablas de liquidación elaboradas por el Observatorio de Milán son un buen intento para uniformar criterios en torno a la reparación de este daño, paragonándolo a la lesión de la relación parental por parte de un tercero, esto es, al daño extrapatrimonial por la pérdida definitiva de un padre.

Al margen de las críticas sobre la comparabilidad entre los dos tipos de daño señaladas en el primer capítulo, la

tabla constituye un instrumento judicial útil de base que no es una camisa de fuerza, por lo que es posible que los jueces adapten la liquidación a las circunstancias concretas y relevantes del caso. Además, a la crítica de que no hay una pérdida definitiva del padre, razón por la cual debería considerarse el monto mínimo de la tabla como el tope para la liquidación del daño, habría que contestar que la gravedad del daño no se puede establecer solo en consideración a la presencia física del padre, sino también al hecho de que este de manera voluntaria se haya sustraído a sus deberes de padre y haya rechazado y abandonado al hijo, produciendo una ruptura de la relación que difícilmente podrá ser resuelta. Por ello, no parece de recibo calificar *a priori* el daño por privación de la relación parental como menos grave, pues la gravedad tendrá que ser determinada según las circunstancias concretas del caso. De todo esto se desprende que, en función del ejercicio responsable de la paternidad, la presencia de los padres en la vida de los hijos debe ser calificada, activa, con interés y cuidado por ellos, ofreciendo asistencia moral y material.

Otra diferencia entre los ordenamientos se encuentra en materia de reparación del daño por la impugnación por defecto de veracidad, que encuentra un fundamento normativo preciso en los códigos civiles. Dentro de las cuestiones compartidas, se tiene, por ejemplo, que se trata de una conducta con relevancia penal, lo que en principio puede resultar contradictorio, pues la previsión expresa de la acción de impugnación por defecto de veracidad, sin ningún condicionamiento a la valoración subjetiva de la conducta del sujeto, constituye una suerte de autorización del falso reconocimiento. Es, sin duda, una relativización del privilegio de conocer y establecer la verdad biológica, esto es, del principio de *favor veritatis*. En este caso, en ambos ordenamientos sería imperativo establecer una solución más coherente.

Si bien el falso reconocimiento es reprochable y contrario a la ley, el problema radica en que, mientras que el derecho penal sanciona la falsedad de la declaración, el derecho civil y de familia prevé la posibilidad de que se presente, con lo que surgen varios desafíos. El punto es justamente que la contrariedad al ordenamiento no excluye la vinculatoriedad de la relación de filiación, de manera que la decisión de declarar como propio a un hijo, pese a que se sea consciente de la falsedad de la declaración, es un acto jurídico comparable al hecho de haberlo concebido. En otras palabras, el surgimiento de la responsabilidad parental por el reconocimiento de hijo extramarital no está condicionado a la veracidad de la declaración. De allí que no necesariamente su falta de correspondencia con la verdad conduzca a perder la responsabilidad o potestad; es ese el fundamento de la existencia de una prescripción para el ejercicio de la acción de impugnación.

En ese sentido, el derecho de familia tiene el reto de dar aplicación al principio de *favor veritatis*, pero sin que ello comporte un desconocimiento de los derechos individuales y personalísimos del hijo, pues no es un principio absoluto. De hecho, la prescripción de corta duración puede ser una forma de tutela de los lazos que se hubieran podido crear y consolidar entre el padre y el hijo, así como un instrumento para prevenir eventuales comportamientos desleales por parte del padre que, por ejemplo, una vez que se presenta la crisis de la pareja pretenda sustraerse a la relación y al cumplimiento de sus deberes.

Es de destacarse que en ambos ordenamientos se otorga relevancia, aunque tímidamente y por vía de la jurisprudencia, a la buena fe en las relaciones familiares, pues en ambos se ha explorado la posibilidad de considerar este caso como una violación de la regla *venire contra factum proprium non valet*, esto es, de la buena fe. Esta forma de valoración constituye una ratificación de la necesidad de dotar de contenido la responsabilidad parental, gracias a

lo cual se entiende que la paternidad debe ser ejercida con responsabilidad y que, en desarrollo del rol parental, los padres no pueden actuar de manera arbitraria. Es también una forma de valoración objetiva de la conducta gracias a la cual existe un parámetro para orientar tanto la actividad de los padres como la de los jueces.

En relación con la reparación del daño, mientras que en Colombia no existen antecedentes de condenas, en Italia se ha discutido ampliamente, aunque, por su complejidad, hay varios aspectos discutibles.

Así, en Colombia, en la sentencia de 2017 en la que se debatió una tutela contra providencia judicial en un proceso de impugnación de la paternidad con fundamento en su no correspondencia con la realidad, hecho conocido por el falso padre, se ha dicho solo que la pretensión de impugnar la paternidad comporta una violación de la regla que obliga a no actuar en contra de los actos propios y que concreta una serie de lesiones a derechos personalísimos del hijo, lo que justifica su reparación. Sin embargo, nada se dijo con relación a posibles criterios para la reparación, y desde el punto de vista normativo tampoco parece posible extraer reglas claras para tal efecto.

En cambio, en Italia se ha reconocido que existe una lesión a la identidad personal, a la dignidad, al estado civil y a la serenidad familiar, que da lugar a un daño patrimonial consistente en el dolor por el descubrimiento de la verdad, por la incertidumbre en relación con la propia identidad, por la sensación de no pertenencia a un grupo familiar que se tenía como propio, por eventuales dificultades de adaptación social, por el rechazo afectivo de quien se consideraba el propio padre. En casos en los que la relación se hubiera prolongado al punto de considerar consolidada la identidad del hijo, se ha dicho también que, pese a la prosperidad de la acción de impugnación, el hijo tiene el derecho a conservar el apellido.

Considerando la posibilidad de que la impugnación la promueva un sujeto distinto al padre, esto es, el hijo o los terceros, y que aun en ese caso pueda haber un daño extra-patrimonial, el hecho constitutivo del daño no puede ser solo el falso reconocimiento, pero tampoco la impugnación *per se*. De hecho, se podría afirmar que la acción de responsabilidad civil no está, ni puede estar, ligada a la acción de impugnación o a su prosperidad, porque incluso puede ocurrir que el daño exista al margen de que se proponga la impugnación.

Es más, la jurisprudencia italiana es recurrente al señalar que para declarar la responsabilidad tiene que haber un comportamiento desleal por parte del padre, consistente en el repudio y el abandono moral o material del reconocido. De allí que tanto el daño como la culpa se deban probar porque, por ejemplo, puede ocurrir que, pese al reconocimiento falso y a la prosperidad de la acción de impugnación, el hijo no haya sufrido ningún perjuicio si fue él quien quiso promoverla para efectos de consolidar la relación biológica, persiguiendo una expectativa hereditaria, o si la relación con el falso padre es tan estrecha y armoniosa que no es posible identificar una forma de abandono o repudio.

En ese sentido, parece plausible establecer como oportunidad para iniciar el cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad el momento en que el hijo tuvo conocimiento de la falsedad del reconocimiento. Mientras que para la liquidación del daño se tendrán que considerar todas las circunstancias relevantes, pues, si bien hay lesiones sobre las cuales se pueden establecer parámetros con vocación de objetividad, el daño empeora o se agrava con el paso del tiempo, por la siempre mayor consolidación de la relación paternofilial.

De esta manera, se puede advertir que la función de la responsabilidad civil es, de una parte, sancionar la conducta negligente del padre (como otra forma de realización del principio de autorresponsabilidad), consistente en haber

declarado falsamente la paternidad para luego sustraerse al cumplimiento de sus deberes de manera especiosa, y, de otra parte, considerando justamente el carácter injusto del daño, compensar al hijo.

Esta visión confirma la relevancia de la *responsabilidad por la concepción* como fundamento de la responsabilidad civil por daños intrafamiliares con una función dinámica, pues no solo cumple la clásica función compensatoria, sino que tiene valor disuasivo y sancionatorio. Resta, en todo caso, el problema de la prevención que, luego de todas las reflexiones aquí planteadas, parece imposible de resolver mediante los clásicos remedios del derecho especial, y que tampoco encuentra una respuesta satisfactoria en la responsabilidad civil. Ciertamente esto no le resta valor como solución, pues, como ya se vio, ofrece, una vez aplicada, un importante equilibrio entre los distintos intereses en juego, con especial consideración por aquellos de la víctima.

Sin embargo, si lo que se busca es garantizar la protección de los derechos e intereses personalísimos de las víctimas, se requiere una intervención más decidida que se traduzca en una acción conjunta del Estado para lograr no solo una reparación integral del daño, sino para prevenirlo, allí donde sea posible. Por eso, se pasa al punto relativo a la elaboración de una contribución para que ambos ordenamientos se acerquen a una nueva forma de tratar los daños intrafamiliares en las relaciones entre padres e hijos.

4.2. CONTRIBUCIÓN PARA UN NUEVO TRATAMIENTO DE LOS DAÑOS INTRAFAMILIARES EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES: RESPONSABILIDAD POR LA CONCEPCIÓN Y NUEVAS FUNCIONES DE LOS REMEDIOS

Una vez señalados los aspectos problemáticos de la reparación del daño intrafamiliar en Colombia e Italia, derivados de la comparación, se esbozará una propuesta para la reconfiguración del derecho de familia en función de un

necesario cambio de mentalidad sobre las relaciones entre padres e hijos y sobre el rol parental. Para ello, parece imperativo valerse de una interpretación constitucional de las disposiciones existentes, de manera que sea posible adaptarlas a las nuevas necesidades de la sociedad y a las exigencias de respeto de principios superiores y de las libertades individuales.

En esta parte del trabajo se hará la propuesta concreta de interpretación, de modo que los remedios se puedan entender adaptados a las peculiaridades de la relación paternofilial, pero también se harán recomendaciones específicas en función de los problemas encontrados en ambos ordenamientos. La propuesta parte de la necesidad de incorporar la noción de responsabilidad por la concepción como criterio de orientación para el ejercicio del rol parental y de la actividad judicial en caso de incumplimientos de los deberes parentales.

4.2.1. Hacia una nueva lectura del rol parental a partir de principios: responsabilidad por la concepción, autorresponsabilidad y buena fe

A lo largo de este trabajo se ha hecho referencia a distintas categorías que tienden a responsabilizar el ejercicio de la paternidad, porque pareciera que detrás de cada uno de los daños examinados existe un ejercicio irresponsable de la paternidad, como si se tratara de una incomprensión de los deberes inherentes a la responsabilidad parental.

Por ello, resulta necesario impulsar una renovada comprensión de las relaciones familiares que concrete los principios constitucionales y en especial el de la igualdad, de manera que la familia pueda ser el escenario natural para la expresión de los afectos y para la realización y el desarrollo de la personalidad de todos sus integrantes, en condiciones de libertad y autonomía. La relevancia de esta renovada visión radica en que una familia disfuncional, con padres

irresponsables, redundando en una sociedad disfuncional y problemática, además de ser el caldo de cultivo para la lesión o violación de los derechos subjetivos de los integrantes de la familia, especialmente de aquellos más vulnerables.

Por ello, un primer paso hacia la concreción de esta renovación debe ser la superación definitiva de la patria potestad o potestad parental como categoría que describe las relaciones parentales. Ciertamente la patria potestad ha servido para caracterizar la familia desde la época romana, pero el reconocimiento de dicho valor histórico no puede conducir a mantenerla en un momento en el que poco logra describir dentro de la familia, en el que puede considerarse ambigua frente a la necesidad de dar aplicación a la igualdad de todos los miembros de la familia. La potestad como característica de las atribuciones de los padres frente a los hijos no es compatible con el orden constitucional actual, ni en Italia ni en Colombia.

Desde un punto de vista simbólico, mantener en el lenguaje del derecho la expresión "potestad parental" o "patria potestad" tiene un efecto poderoso en el imaginario colectivo, hace parte de una herencia patriarcal e institucional de la familia que tampoco se corresponde con las nuevas formas de vida familiar, construidas con fundamento en la existencia de proyectos de vida en común o de realización personal. Si bien no se puede creer que los problemas dentro de la familia se deban a la existencia de la patria potestad, su presencia ofusca la interpretación de los fenómenos familiares, pues como se ha comprobado, la sola exigencia de la igualdad no ha bastado para erradicar conductas abusivas o irresponsables, cuya expresión más odiosa se encuentra en el incumplimiento de los deberes parentales y la violencia. Bajo ese entendido, no se propone extender los márgenes de tutela, sino buscar hacer efectivos los instrumentos ya existentes.

En ese sentido, la noción de responsabilidad parental se ha revelado más adecuada para describir el tipo de relación

existente entre los padres y sus hijos. Ella da cuenta de un aspecto relacional en el que uno de los sujetos se encuentra en una posición que le obliga a tomar los cuidados que el otro sujeto requiere. El fundamento es que en la actualidad la paternidad aparece cada vez menos como una cuestión aleatoria, y cada vez está más asociada a una decisión informada de iniciar un proyecto parental, aun en casos en los que no se hubiera tomado de manera del todo consciente, el cada vez más frecuente uso de técnicas de reproducción humana asistida, el acceso a los métodos anticonceptivos, su mayor difusión, la mayor circulación de la información y de la educación en temas de sexualidad y reproducción conducen a concluir que, aun en casos de utilización irresponsable de la información, dicha irresponsabilidad esté ligada a una decisión en tal sentido.

Ciertamente, en contextos de profunda desigualdad es probable que haya otros factores relevantes que conduzcan a la configuración de excepciones. Por ejemplo, uno de los casos más dramáticos es el fenómeno del embarazo adolescente que en Colombia aún está asociado a alguna carencia: económica, de oportunidades, de educación; pero también a otros factores que confirman la necesidad de prevenir los daños intrafamiliares que aquí se han estudiado, como la violencia o la falta de cuidados por parte de los padres, algunos de los cuales se exponen en la tabla 13.

TABLA 13. FACTORES DE RIESGO QUE INCIDEN EN EL EMBARAZO EN ADOLESCENTES

Factores de riesgo	Riesgos concretos
Estructura socioeconómica	Pobreza e inequidades
	Falta de cobertura escolar
	Baja calidad en los servicios de educación sexual
	Barreras de acceso a la salud reproductiva

(Continúa)

Factores de riesgo	Riesgos concretos
	Actitudes negativas con respecto a la sexualidad adolescente
	Discriminación de las niñas y las adolescentes
Relacionamiento interpersonal	Pertener a un hogar con bajos ingresos
	Violencia intrafamiliar
	Poca comunicación en el hogar
	Presión de grupo e influencia de pares
	Historia en el hogar de embarazo en adolescentes
	Falta de comunicación familiar
	Falta de cuidados parentales
Características individuales	Bajo nivel de escolaridad
	Deserción escolar
	Inicio de actividad sexual
	Estado civil (unidas)
	Poco uso de métodos de anticoncepción
	Poco acceso a educación sexual y reproductiva
	La maternidad como proyecto de vida

Fuente: Observatorio del Bienestar de la Niñez, *Embarazo en adolescentes. Generalidades y percepciones*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid), 2015, 8.

Así, el embarazo adolescente ligado a la falta de educación o de acceso al sistema de salud no es solo una excepción a la paternidad surgida en virtud de una decisión responsable, sino que puede ser, al mismo tiempo, una consecuencia directa de la irresponsabilidad de los padres en la crianza, pero también una causa de nuevas irresponsabilidades. Es un círculo vicioso que se concreta en un serio problema de salud pública ampliamente difundido⁵⁵⁸. En otras palabras,

558 Para un análisis de esta problemática desde una perspectiva de salud pública y de sociología, con referencia también a otras realidades en América Latina, véanse C. ÁLVAREZ NIETO *et al.*, "Motivaciones para el embarazo ado-

es en sí mismo un factor de riesgo para la producción de nuevos daños intrafamiliares y, más en general, para un eventual ejercicio irresponsable de la paternidad por parte de sujetos que no necesariamente tienen los instrumentos adecuados para ello.

Esto ratifica la necesidad de adoptar medidas integrales que tiendan no solo a la sanción o a la reparación de los daños. Entre otras cosas, esta problemática asume relevancia por la previsión de tipos penales dirigidos a castigar actos sexuales con menores de catorce años, lo que confirma una de las debilidades del sistema penal que sigue concentrado en los infractores y poco se preocupa por las víctimas⁵⁵⁹.

El cambio de concepción puede conducir a la elaboración de políticas públicas de asistencia y de promoción de los derechos sexuales y reproductivos de todos los jóvenes, de manera que se cree conciencia sobre la responsabilidad

lescente”, *Gaceta Sanitaria* 26, n.º 6, 2012, 497-503, <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.12.013>; W. MENDOZA y G. SUBIRIA, “El embarazo adolescente en el Perú: situación actual e implicancias para las políticas públicas.”, *Rev Peru Med Exp Salud Pública* 30, n.º 3, 2013, 471-79; M. A. RODRÍGUEZ GÁZQUEZ, “Factores de riesgo para embarazo adolescente”, *Medicina U.P.B.* 27, n.º 1, 2008, 47-58; C. STERN, “Vulnerabilidad social y embarazo adolescente en México”, *Papeles de Población* 10, n.º 39, 2004, 129-58; C. STERN, “Estereotipos de género, relaciones sexuales y embarazo adolescente en las vidas de jóvenes de diferentes contextos socioculturales en México”, *Estudios Sociológicos* 25, n.º 73, 2007, 105-29; C. STERN, “El embarazo en la adolescencia como problema público: una visión crítica”, *Salud Pública de México* 39, n.º 2, 1997, 137-47. En la literatura jurídica, se recomiendan I. C. JARAMILLO (comp.), *Embarazo adolescente: entre la política y los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

559 De hecho, “según las Estadísticas Vitales del DANE en Colombia, desde el año 2008 hasta el año 2014, nacieron 4'729.258 niños y niñas, siendo el 23,4 % hijos de madres con edades entre los 10 y los 19 años de edad, esto es, 1'107.144 niñas y niños; de este número, el 4,1 % corresponde a madres con edades entre los 10 y 14 años de edad”: Observatorio del Bienestar de la Niñez, *Embarazo en adolescentes. Generalidades y percepciones*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid), 2015, 9, <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/embarazo-adolescente-web2015.pdf> [consultado el 25 de septiembre de 2018].

conjunta y compartida frente a los hijos, y que no se imponga el peso de la parentalidad de forma exclusiva a las niñas y adolescentes. Adicionalmente, es necesario superar las políticas públicas no orientadas al bienestar de la población sino a la imposición de una determinada ideología o creencia, en abierto contraste de las garantías constitucionales. Tanto en Colombia como en Italia no es infrecuente encontrarse con iniciativas de populismo punitivo o que promueven una campaña de desinformación en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales o que buscan la modificación de las normas existentes para promover la imposición de una visión tradicional y patriarcal de la familia⁵⁶⁰.

560 Baste pensar a modo de ejemplo, en Colombia, en parte de la oposición a los acuerdos de paz de La Habana satanizando el uso del enfoque de género incorporado en los acuerdos, con fundamento en que supuestamente promovía la llamada “ideología de género”, con lo que se amenazaba la familia tradicional. Este es en realidad un discurso que promueve el pánico frente al ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y de las libertades sexuales. Según L. M. CÉSPEDES-BÁEZ, “En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de La Habana”, en *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017, 296, “el llamar ‘ideología de género’ a la integración de una perspectiva que permite introducir el sexo y la sexualidad como categorías relevantes para comprender el conflicto armado le permite negar la seriedad y la relevancia teórica de esta propuesta y mostrarla como un proyecto subversivo carente de fundamento”. Cfr. también L. M. CÉSPEDES-BÁEZ, “Gender Panic and the Failure of a Peace Agreement”, *American Journal of International Law Unbound* 110, 2016, 183-87, <https://doi.org/10.1017/S2398772300003044>. L. A. RESTREPO y S. RAMÍREZ, “Colombia: sorpresas y sobresaltos de la paz”, *Nueva Sociedad. Democracia y Política en América Latina*, n.º 266, 2016, <http://nuso.org/articulo/colombia-sorpresas-y-sobresaltos-de-la-paz/>. M. CORNEJO-VALLE y J. I. PICHARDO, “La ‘ideología de género’ frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español”, *Cadernos Pagu*, n.º 50, 2017, <https://doi.org/10.1590/18094449201700500009>. En la literatura italiana véase I. FANLO CORTÉS, “Costruzione e Uso Della c.d. Ideologia de Genero in America Latina. La Vicenda Colombiana”, *AG About Gender. Rivista Internazionale Di Studi Di Genere* 6, n.º 12, 2017, 381-93, <https://doi.org/10.15167/2279-5057/AG2017.6.12.490>. O en Italia, en el *disegno di legge* Pillon (en materia de custodia en caso de separación de la pareja) que se discutió en el Parlamento durante el gobierno Conte I y se archivó durante el gobierno Conte II, que partía de la premisa falaz de que es posible hacer una repartición matemáticamente igual del tiempo y de

En ese sentido, parece más apropiado dotar de contenido la responsabilidad parental en relación no solo con los deberes de los padres, sino con la noción misma, con su fundamento, con sus implicaciones y con las consecuencias de su inobservancia o incumplimiento. De hecho, respecto de los daños aquí estudiados, es posible concluir que la responsabilidad parental no puede prescindir de otros conceptos igualmente relevantes y que cualifican el ejercicio del rol parental, por ejemplo, el principio de autorresponsabilidad y la responsabilidad por la concepción.

En Italia ya hay elaboraciones, tanto en doctrina como en jurisprudencia, en relación con los dos conceptos. De una parte, en la jurisprudencia se identifica una aplicación constante de la responsabilidad por el hecho de la procreación, de conformidad con la cual los padres están vinculados por una serie de deberes y obligaciones frente al hijo por el solo hecho de haberlo procreado, con especial relevancia en casos de revocación del consentimiento a la fecundación heteróloga o de parto anónimo⁵⁶¹. Como ya se dijo, limitar

los gastos de manutención de los hijos entre los padres, con fundamento en la cual se proponía eliminar el *assegno di mantenimento*, ignorando que los padres no necesariamente ganan lo mismo, o que no existe una dedicación igual a la familia o a la crianza de los hijos. Con la intención de establecer una supuesta igualdad en el proyecto parental, este proyecto de ley habría terminado por perpetuar un modelo patriarcal de familia y no correspondía a las nuevas dinámicas de la economía, al tiempo que desconocía las aspiraciones, capacidades y particularidades individuales y de la relación, estableciendo un esquema en apariencia objetivo, pero que desconoce las desigualdades de género presentes en la sociedad italiana. El proyecto se puede consultar en su integridad en https://www.osservatoriofamiglia.it/moduli/17507653__DDL-AFFIDO-CONDIVISO-2018.pdf [consultado el 17 de enero de 2020]. Entre otras cuestiones relevantes, el *disegno di legge* se proponía modificar el art. 709-ter c.p.c., eliminando la amonestación porque la consideran “un arma sin filo e incapaz de frenar los comportamientos más perjudiciales de los padres”.

561 Cfr. *ex multis* C. FAVILLI, “Responsabilità e diritto di famiglia”, cit., 794-811; FERRANDO, “Il ‘caso Cremona’...”, cit.; G. GIACOBBE, “Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale”, *Giustizia Civile*, 2005, 730; A. RENDA, “L’accertamento della maternità: anonimato

la cuestión a la sola procreación parece insuficiente, pues la responsabilidad parental está asociada a la relación de filiación, por lo que puede surgir también con ocasión de la adopción y del reconocimiento de hijo extramarital. Debido a ello, parece más apropiado el uso del vocablo *concepción* que denota no solo el aspecto reproductivo sino también la formación de una idea o proyecto, en este caso, del proyecto parental.

La esencia es que hoy es innegable que la actuación del ser humano puede tener consecuencias sobre el futuro de la sociedad, por lo que es necesaria una nueva ética de la responsabilidad que tenga en cuenta las implicaciones futuras de las acciones humanas. Por eso puede resultar útil tomar en préstamo un nuevo imperativo categórico propuesto desde la filosofía moral, que obligue a tener en cuenta la salvaguardia de las generaciones futuras en la toma de decisiones: *“obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica”*, cuya fórmula negativa es: *“obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida”*⁵⁶².

De conformidad con este imperativo categórico, es necesaria la protección de la autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad de la humanidad futura. Bajo esa lógica, las elecciones y decisiones deben ser responsables, esto es, no pueden ser indiscriminadas o arriesgar la existencia y el bienestar de las generaciones futuras solo por el ejercicio de un derecho⁵⁶³. Desde un punto de vista más estrictamente

materno e responsabilità per la procreazione”, *Famiglia e diritto* 11, n.º 5, 2004, 510-27.

562 JONAS, *El principio de responsabilidad*, cit., 40.

563 H. JONAS, *Il principio responsabilità: un’etica per la civiltà* [Kindle edition], Torino, Einaudi, 2014, pos. 561.

jurídico, esta visión pareciera evocar el principio de prohibición de abuso del derecho⁵⁶⁴.

Este imperativo ha sido criticado, pues supone “un imperativo ontológico: que algo, a saber, vida humana auténtica, debe ser, debe preservarse a todo costo”⁵⁶⁵, lo que exige un fundamento metafísico, “ya que la ética de la responsabilidad es una respuesta al nihilismo radical”⁵⁶⁶, pues comporta la justificación de la existencia de unos bienes objetivos. Sin embargo, estas reflexiones que en el ámbito de la filosofía moral se han desarrollado como forma de una exigencia de la actuación pública, pueden extenderse al ámbito privado, justamente para predicar este imperativo categórico de los sujetos investidos de responsabilidad por la decisión de emprender un proyecto parental⁵⁶⁷. Bajo este entendido,

564 Sobre la posibilidad de aplicación de la teoría del abuso del derecho en las relaciones familiares, que algunos han evocado en el caso de pretensión de impugnar el reconocimiento conscientemente falso o como límite en relación con el deber de corrección, véanse CARBONE, “Abuso del diritto e filiazione naturale”, cit.; M. I. DE LA IGLESIA MONJE, “Mala fe, abuso del derecho y relaciones familiares”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 743, 2014, 1335-46; C. MULLER, “Enfermer les femmes et les enfants ? Le droit de correction, réflexions historiographiques”, *Acquis de conscience*, 2018, <https://consciences.hypotheses.org/1376> [consultado el 30 de septiembre de 2019]. De igual manera, en el caso chileno, S. ESPADA MALLORQUÍN, “Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, 412, propone, en caso de adjudicación preferente de la vivienda familiar al cónyuge superviviente separado, una valoración de la conducta de este a partir del abuso del derecho.

565 MELLE, “Responsibility and the Crisis of Technological Civilization”, cit., 341.

566 J. C. RESTREPO TAMAYO, “La teoría de la responsabilidad como imperativo ético. Hans Jonas y el principio axiológico para la tecnociencia”, *Escritos. Universidad Pontificia Bolivariana* 19, n.º 42, 2011, 88.

567 JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., pos. 573, de manera expresa predica su imperativo categórico en la esfera pública, excluyendo su validez en el escenario privado. De hecho, el autor se refiere a la responsabilidad de los padres como un arquetipo de la responsabilidad ética, que en todo caso no es equiparable pues en el deber de los padres existe un impulso emotivo que proviene de la paternidad, por el hecho de haber generado a los hijos (pos. 1162). T. N. RIEDER, *Toward a Small Family Ethic. How Overpopulation and Climate Change are Affecting the Morality of Procreation*, New York, NY,

puede ser válido equiparar en este caso planeta/sociedad a la familia.

En ese sentido, circunscribiendo el campo de análisis, el mismo razonamiento se puede aplicar a las dinámicas familiares, considerando la peculiaridad de la relación paternofamiliar, en la que una vez que se ha emprendido el proyecto parental, esto es, que el hijo existe, la responsabilidad por el cuidado de este es ineludible, pues el hijo debe cuidarse y preservarse a todo costo, y sin la asistencia moral y material de sus padres peligra su sobrevivencia en condiciones de dignidad.

Así, la responsabilidad resulta la carga (el precio) de la libertad de elección, en este caso, de elección de concebir al hijo. Valga precisar que no se trata de una elección cualquiera sino de que se desprende de la capacidad humana de comprensión, de la capacidad de raciocinio, que no exige una sabiduría especial o articulada, pero que se corresponde a un nivel de consciencia de las consecuencias y la responsabilidad que siguen a las propias acciones. Todo esto se refuerza en la sociedad moderna por el peso del progreso y de la mayor circulación de la información⁵⁶⁸.

Si todo esto es verdad, los padres tienen la obligación, el deber de actuar considerando la importancia de la protección de las generaciones futuras (sus hijos) y, por ende, deben comportarse de manera que dicha protección pueda

Springer, 2016, analiza los efectos e implicaciones del proyecto parental desde una perspectiva filosófica.

568 Cfr. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., pos. 4078-4080. También pueden ser sugestivas las reflexiones de F. HÖRCHER, "Justice and Personal Responsibility. Ricoeur on Law and Morality from The Perspective of the Humanities", en *The Usefulness of the Humanities*, Budapest, L'Harmattan, 2014, 92-108; S. VAN HOOFT, "Ricoeur on Responsibility", *Borderlands eJournal* 3, n.º 1, 2004, 1-8; P. COSTA, "Sono forse il custode di me stesso? La responsabilità di sé come responsabilità originaria", *Lo sguardo* 8, n.º 1, 2012, 147-67. Por su parte, O. R. BETHENCOURT PÉREZ, "La prudencia desde la perspectiva de la responsabilidad ética (a propósito de Aristóteles)", *Revista de Filosofía Factótum*, n.º 13, 2015, 24-32, se concentra en el aspecto relacional de la responsabilidad.

concretarse. En otras palabras, deben asistirlos moral y materialmente para que puedan tener una vida auténtica. Siguiendo este razonamiento, lo que se propone es un principio de responsabilidad que prescinde de la lógica de la reciprocidad entre derechos propios y derechos ajenos, pues en este caso se trata de la imposición de un deber genérico ineludible respecto del futuro, producto de la toma de una decisión consciente: la de concebir al hijo.

Esta noción, la de responsabilidad por el hecho de la concepción resulta de la mayor importancia porque caracteriza muy bien el rol de cada sujeto involucrado en la relación, así como la consideración de los efectos (familiares y sociales) de poner en marcha un proyecto como el de crear una familia. Es decir, comporta el elemento de tener que asumir las consecuencias favorables o desfavorables de haber emprendido dicha tarea: procrear, adoptar, reconocer como propio un hijo. La razón de ser de dicha configuración es que ninguna de estas acciones, ni la responsabilidad misma que se genera, tiene como presupuesto o condición el consentimiento o la reciprocidad por parte de los hijos, pues estos dependen de forma indefectible del cuidado y de la protección de los padres. En otras palabras, “la responsabilidad ética surge en el terreno de una relación de poder asimétrica”⁵⁶⁹. De allí que cualquier omisión o acción que no se corresponda con el ejercicio responsable de la paternidad tendría que ser sancionada o mitigada por el ordenamiento, como parte de aquellas consecuencias que pueden seguir a la elección de emprender un proyecto parental.

De esto se desprende que la *responsabilidad por la concepción* está relacionada con otra categoría a la que se hizo referencia: el *principio de autorresponsabilidad* que, aplicado en el derecho de familia, también dota de un contenido la

569 MELLE, “Responsibility and the Crisis of Technological Civilization”, cit., 338.

responsabilidad parental⁵⁷⁰ y conduce a la exigencia de un comportamiento tendiente a la realización de los intereses del hijo, pero que, en particular, explica ciertas soluciones que no pueden ser resueltas solo mediante un apelo a la responsabilidad parental o a la responsabilidad por la concepción.

Piénsese, por ejemplo, en el fracaso de la impugnación sucesiva al reconocimiento conscientemente falso, en el que se impone una relación de filiación no deseada con fundamento en una declaración inicial. En ese caso, el falso padre debe asumir las consecuencias de la ligereza de haber declarado como propio al hijo, a sabiendas de que no era tal. Otro ejemplo es la presunción de la paternidad de quien se rehúsa a someterse a la prueba científica, en tal caso es claro que no se puede hablar de responsabilidad parental ni de responsabilidad por la concepción porque falta la certeza de la filiación, pero el sujeto que, estando informado de las implicaciones de negarse a la práctica de la prueba, no se somete al examen, debe asumir las consecuencias que se derivan de su decisión.

A su vez, el principio de autorresponsabilidad encuentra un fundamento jurídico adicional en la regla que prohíbe *venire contra factum proprium* y que ha sido aplicada en la jurisprudencia y, luego por el legislador italiano (Ley 40 de 2004), en materia de irrevocabilidad del consentimiento a la fecundación heteróloga y consiguiente inadmisibilidad de la acción de desconocimiento de paternidad o de impugnación por defecto de veracidad⁵⁷¹. De igual manera, y como

570 CORDIANO, *Il principio di autoreponsabilità nei rapporti familiari*, cit.; PUGLIATTI, "Autoreponsabilità", cit.

571 Con un especial análisis de la aplicación, tácita o expresa, de la regla o del principio de buena fe, véase A. CICIA, "Il divieto di *venire contra factum proprium* alla luce del principio di buona fede", tesis de doctorado, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 2009, 19-29. También son útiles las reflexiones ya citadas de CARBONE, "Abuso del diritto e filiazione naturale...", cit.; CHIAPPETTA, "L'impugnazione del riconoscimento per difetto di

se vio antes, también ha sido aplicada por la jurisprudencia para declarar la responsabilidad o determinar la improcedencia de la impugnación de la paternidad sucesiva a un reconocimiento conscientemente falso.

Una comprensión en el mismo sentido justifica el hecho de que los padres no se puedan sustraer de manera deliberada e injustificada al cumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, pues dicho incumplimiento constituiría una contradicción con una conducta concluyente que ha creado en otros la convicción sobre la paternidad y el empeño en el proyecto parental. Podría entonces afirmarse que es aceptado una suerte de principio de no contradicción gracias al cual no es dable que los padres actúen de forma que desconozcan de alguna manera la decisión de convertirse en padres y la responsabilidad que de ella emerge.

De esto se desprende otro principio que útil para la comprensión de las relaciones paternofiliales: la *buena fe*. A este respecto, parece innegable la procedencia de la aplicación del principio de buena fe a las relaciones familiares, como una exigencia de comportamiento conforme a la lealtad y a la corrección propias de la responsabilidad parental. En ese sentido, la lealtad y corrección asumen relevancia como un deber genérico de comportamiento que orienta tanto el ejercicio de la paternidad como la actividad judicial para valorar eventuales violaciones. En el caso concreto de la

veridicità”, cit.; DI NARDO, “*Venire contra factum proprium*”, cit.; GAUDINO, “Riconoscimento del figlio ‘per compiacenza’...”, cit.; STANZIONE, “Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza”, cit. Y en el ámbito hispano, se destacan H. CORRAL TALCIANI, “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”, en H. Corral Talciani (ed.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica 18, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2010, 103-39; GALLO VELÉZ, “Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español”, cit.; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El reconocimiento de complacencia ante notario”, cit.; RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia”, cit.

responsabilidad por daños intrafamiliares, la buena fe asumiría un valor agregado como patrón de valoración *ex post* de la conducta⁵⁷².

Lo que se propone, en términos concretos, es una comprensión de las relaciones de familia a partir de una visión y aplicación integral de ciertos principios que, aunque tradicionalmente son aplicados a otro tipo de relaciones, son compatibles con la naturaleza afectiva de las relaciones familiares y tienden a aclarar el contenido y alcance de la relación entre padres e hijos en el ámbito jurídico.

De igual manera, es necesaria una nueva comprensión de los principios de *solidaridad* y de *individualismo* a los que se hizo referencia en el capítulo introductorio, de manera que se entienda superada la supuesta tensión existente entre ellos, al menos en consideración a una interpretación constitucional de las relaciones de familia. En ese sentido, la solidaridad familiar puede considerarse ya no como un interés en oposición al individualismo que ve en la concreción de la solidaridad familiar una anulación del sujeto y sus aspiraciones. Lo que se cree es que la realización de los intereses individuales puede servir como premisa de realización de la solidaridad familiar y de, *pari passu*, la protección de la solidaridad familiar se traduce en el favorecimiento de los intereses individuales.

De hecho, una visión integral de los remedios a los daños intrafamiliares permite ver en sus distintas funciones: reparadora, restaurativa, punitiva, disuasiva, una respuesta en clave solidaria. La solidaridad “no puede convertirse en prisionera de las lógicas de afinidad, el énfasis en el carácter ‘colectivo’ de la solidaridad no puede ocultar la

572 Cfr. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 270. Una reflexión general sobre la relevancia de la buena fe en las relaciones familiares se puede ver en M. BIANCA, “La buona fede nei rapporti familiari”, en P. Sirena y A. Zoppini (ed.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Studies in Law and Social Sciences 4, Roma, Roma Tre-Press, 2018, 159-177.

existencia de una multiplicidad de intereses, cuya relación puede expresarse justamente en posiciones conflictivas⁵⁷³. Aquello que representa el plus de la solidaridad es que informando las relaciones intrafamiliares comporta otras formas de convivir, al margen de la coacción o la simple obligatoriedad⁵⁷⁴.

Es importante advertir que la solidaridad familiar, la exigencia de respeto por los derechos de todos los integrantes del grupo y la *igualdad* son principios que también se predicán de los hijos. Por lo que no se propone una interpretación tendiente a establecer una relación unidireccional en la que solo se obliga una parte; sin embargo, no se puede ignorar el elemento volitivo detrás del origen de la familia, que exige seriedad en la decisión de conformarla, y de la que no participa el hijo. De ello se deriva que la relación de dependencia comporta para el hijo el deber de observar respeto hacia sus padres, y de actuar en consideración de los intereses familiares y de la solidaridad, pero mientras subsista la dependencia, los padres deben asumir la parentalidad con seriedad y responsabilidad.

Una visión de la relación paternofilial que recoja estos principios conduce a reconocer la titularidad de un interés legítimo en cabeza del hijo, cuya lesión puede ser fuente de responsabilidad aquiliana, encontrando fundamento, no solo en el principio de *neminem laedere* como regla general, sino también en la responsabilidad por el hecho de la concepción, el principio de autorresponsabilidad, la buena fe, la prohibición de *venire contra factum proprium*, la solidaridad

573 RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 89. "Las implicaciones teóricas y éticas del concepto, o de la categoría, de la solidaridad, son entonces múltiples. Sirve para interpretar, pero también para orientar, para fundar el todo pero también para dar un sentido a la parte": B. MAGNI, "Presentación" a M. C. BLAIS, *La solidarietà: storia di un'idea*, B. Magni (ed.), Milano, Giuffrè, 2012, xvii.

574 P. P. PORTINARO, "Introduzione" a K. BAYERTZ y M. BAURMANN, *L'interesse e il dono: questioni di solidarietà*, P. P. Portinaro (ed.), Torino, Edizioni di Comunità, 2002, xl.

familiar y la igualdad de todos sus integrantes. Se confirma entonces que el reconocimiento de la responsabilidad por daño intrafamiliar como remedio se puede lograr mediante una reinterpretación de las fórmulas tradicionales, pues ninguno de estos principios es contrario a la lógica del derecho de familia actual, salvo en relación con la permanencia de la potestad parental que es incompatible, aun en el plano simbólico.

La importancia radica en que mientras no se reconozca la existencia y operatividad de estos principios tanto en la actividad legislativa como en la judicial, es como si para las autoridades los derechos que se derivan de ellos no existieran⁵⁷⁵. Claro, no quiere decir que sin ellos el derecho no sobrevive, es más una cuestión de dotar de un contenido ético y solidario las relaciones familiares y el cumplimiento de los deberes asociados a la convivencia o a la parentalidad. Esta misma concepción informa también los remedios a los daños intrafamiliares, de manera que resulten adaptados a las peculiaridades de las relaciones paternofiliales y sea posible asumir una visión integral de su aplicación y de los objetivos que se persiguen con ella. De este modo se pueden tener en cuenta los fines del legislador italiano cuando ha previsto el esquema de remedios de derecho especial, y del cual se ha dicho que ha adecuado su propia intervención,

[d]e una parte, a los fines de incrementar el *quantum* de la indemnización, asumiendo el aspecto relacional como factor idóneo a hacer más gravoso el impacto lesivo; de otra parte, con el objetivo de moderar la indemnización, combinándola o sustituyéndola con herramientas de tutela distintas, para así restablecer o consolidar la relación. En tales directrices

575 Se toma en préstamo la advertencia de G. RIPERT, *La regla moral en las obligaciones civiles*, trad. C. Valencia Estrada, Bogotá, La Gran Colombia, 1996, 317, en relación con la necesidad de que las autoridades pública, legislativa y judicial reconozcan la regla moral.

puede inspirarse el intérprete al momento de valorar, entre las circunstancias del caso, el factor central de la maduración del daño en la relación familiar⁵⁷⁶.

Concluida esta reflexión sobre los que se creen que pueden ser los principios que deben orientar la interpretación de la relación paternofilial, se debe tener en cuenta que los daños que aquí se analizaron constituyen, de una u otra manera, una violación o desconocimiento de dichos principios, y comportan lesiones a la integridad psicofísica de los hijos o, en todo caso, son susceptibles de reparación por tratarse de lesiones a derechos personalísimos. El hecho de que los ordenamientos ofrezcan soluciones distintas no es óbice para proponer unas posibles líneas guía para hacer frente a dicha situación. De eso se tratará el último párrafo.

4.2.2. Algunas recomendaciones específicas: hacia la integralidad de los remedios y el enfoque diferencial

Considerando las observaciones tendientes a señalar puntos críticos para el remedio de los daños intrafamiliares y, en particular, para su indemnización, a continuación, se establecerán algunas líneas mínimas para la interpretación y solución de este problema. Algunas revisten un carácter general, por lo que pueden resultar útiles para ambos ordenamientos. Allí donde corresponda se harán las precisiones según el ordenamiento del que se trate.

En ese sentido, la primera observación tiene que ver con la necesidad de establecer un esquema de remedios que tenga en cuenta el aspecto relacional y, en consecuencia, considere la gravedad de la lesión provocada por un daño intrafamiliar cuya víctima es el hijo. Además, debe favorecer la posibilidad de recuperar la relación que resulta agredida

576 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 467.

luego de la lesión. De este modo, este esquema de remedios debe mirar a cumplir distintas funciones y, por lo mismo, a superar la pura función punitiva –propia del derecho penal–, pero también a innovar la lógica de la compensación para que se trascienda la idea de la compensación económica como la única vía para satisfacer los intereses de la víctima.

Así, en primer lugar, es necesario que los Estados se comprometan a poner en marcha una acción institucional integral que permita fortalecer la prevención de los daños intrafamiliares. Si bien la violencia es el aspecto más neu-rálgico, los otros tres daños son muy graves y deben ser remediados, no solo para compensar a la víctima, sino como una forma de recuperar la armonía en la familia.

De allí también se desprende que es necesario superar la idea de que la responsabilidad civil o la intervención para corregir las situaciones patológicas en la familia constituyen una posible ruptura de la solidaridad o de los intereses familiares. Es cierto que pueden existir distintos intereses en el seno familiar, sean estos individuales o colectivos, pero que sean diferentes no conduce, necesariamente, a que sean antagónicos o a que la realización de unos excluya la de los otros. Por el contrario, una eventual reparación del daño causado al hijo, o la aplicación de otro correctivo no necesariamente comporta la ruptura de la armonía o la solidaridad en la familia, sino que puede ser una medida para restituirla, con lo cual se entiende que es el daño la agresión a los intereses familiares, por lo que se pueden delinear distintas formas de proteger a la familia: por ejemplo, garantizar la reparación integral de estos daños, pero también y sobre todo, previniendo que sucedan.

Esa prevención requiere una serie de medidas en consideración a las características de cada uno de estos daños. Así, por ejemplo, en el caso de la violencia intrafamiliar, es imperativa una redimensión del sistema de protección y atención a las víctimas, es decir, una transformación pro-

funda del sistema que conduzca a poner en el centro de atención a las víctimas, para ofrecer posibilidades reales de acceso sin dilaciones al sistema de salud y a la atención médica, para establecer incentivos para la promoción y creación de oportunidades laborales y de educación para las víctimas, que permitan romper con la posible dependencia del agresor, para asistir a los agresores en un proceso de educación y acompañamiento.

En el ámbito institucional también se requiere una intervención decidida, que permita la formación de los funcionarios que actúan en todas y cada una de las etapas procesales o extraprocesales frente a la causación o amenaza de un daño intrafamiliar, de manera que se puedan ofrecer una garantía de atención inmediata, eficaz y sin dilaciones injustificadas, así como una política pública que respete el enfoque diferencial, que garantice que en la aplicación de las medidas de protección y de prevención, así como en el diseño de la política pública en materia de familia y de prevención de la violencia intrafamiliar, se consideren componentes que permitan responder a las vulnerabilidades, necesidades, condiciones y características concretas y específicas, así como a las cargas particulares y diferentes que los daños intrafamiliares pueden imponer a las personas más vulnerables.

Por ejemplo, el enfoque diferencial etario ha sido estudiado y formulado en Colombia gracias a la exigencia de la Corte Constitucional de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado en el diseño, ejecución y evaluación de la política pública sobre desplazamiento forzado para superar el estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004. La exigencia consiste en la necesidad de hacer una valoración concreta que permita tener en cuenta todos y cada uno de los aspectos y características que son propias de una población en virtud de la edad, la que constituye,

en este caso, un factor de riesgo para la realización de los derechos constitucionales⁵⁷⁷.

En relación con el enfoque de género, también en Colombia ha habido una serie de avances importantes, pero aún insuficientes, especialmente porque están concentrados, sobre todo, en la dimensión punitiva⁵⁷⁸; y en los dos ordenamientos es necesario que el discurso público supere el *populismo punitivo*, la estigmatización y desacreditación de las víctimas⁵⁷⁹ y de los defensores de los derechos de

577 Al respecto *cfr.* B. X. SARMIENTO ÁLVAREZ, “Desplazamiento forzado interno en Colombia, niñez y derechos fundamentales: el enfoque diferencial etario”, tesis de doctorado, Camerino, Università degli Studi di Camerino, 2015. Según la autora, “el enfoque diferencial etario [...] consiste en la exigencia del juez constitucional colombiano de que la política pública para la población desplazada interna contemple dentro de sus componentes unos específicamente dirigidos a los niños y las niñas víctimas de desplazamiento, como sujetos especialmente protegidos por la Constitución colombiana, de manera que esa política pueda evitar su desplazamiento o responder a sus vulnerabilidades especiales, a sus necesidades concretas y a las cargas que el desplazamiento les impone de manera particular y diferenciada de aquellas que deben soportar las demás personas afectadas con el desplazamiento” (p. 9).

578 De hecho, la Corte Const., Sentencia T-311 de 2018, destaca como medidas para cumplir con las obligaciones que los instrumentos internacionales imponen al Estado: “(i) la expedición de normas de carácter punitivo que establecen un tratamiento más gravoso cuando la víctima es una mujer y su género fue determinante en la ejecución de la conducta punible; (ii) el diseño de trámites administrativos expeditos para obtener protección inmediata en caso de violencia al interior de la familia; y (iii) normas dirigidas a establecer un esquema integral de protección en casos de violencia y, en general, para superar cualquier forma de discriminación a través de medidas de sensibilización, prevención y sanción de conductas ejercidas en contra de las mujeres”.

579 Este ha sido reconocido como un problema concreto de los sistemas judiciales por parte de la jurisprudencia interamericana, que ha dicho que “[I] a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que

las mujeres, con fundamento en estereotipos y prácticas culturales fuertemente arraigadas⁵⁸⁰.

De allí que la recomendación esté dirigida también al fortalecimiento de los instrumentos ya existentes, pero a partir de una superación de la crítica falaz al activismo por la garantía y protección de los derechos fundamentales en consideración al género, para desacreditar la validez de los reclamos con fundamento en que se desconoce que los hombres también son víctimas de violencia. A este respecto, también sería interesante que los medios de comunicación asumieran con responsabilidad el poder que tienen en relación con la narrativa de la violencia, pues pueden hacer las veces de una caja de resonancia o producir discursos apologeticos en relación con la violencia o la perpetuación de estereotipos⁵⁸¹.

Hoy es una “verdad social incuestionable, que históricamente a la mujer no se le reconocían los mismos derechos que a los hombres⁵⁸². Esa condición de evidente desigualdad facilitó, en muchos casos⁵⁸³, que esta fuera objeto de agre-

puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”: CIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 16 de noviembre de 2009, parágrafo 400.

580 Para una mejor comprensión de las consecuencias e implicaciones de la larga tradición de discriminación y violencia basada en el género y su arraigo cultural a lo largo de la historia de la humanidad, así como su legitimidad institucional, *cfr.* S. FECCI y L. SCETTINI, “Storia e uso pubblico della violenza contro le donne”, en Id. (eds.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, Storia delle donne e di genere, Plurale 8, Roma, Viella, 2017, 7-39.

581 *Cfr.* C. GAMBERI, “Retoriche della violenza. Il femminicidio raccontato dai media italiani”, en S. Fecci y L. Schettini (eds.), *La violenza contro le donne nella storia*, 261-78.

582 “Sentencias T-878 de 2014 y T-652 de 2016”. Cita y nota original de la Corte Const., Sentencia T-311 de 2018.

583 “En el artículo ‘Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia infligida por la pareja’. Washington, DC: OPS, 2013 publicado por la OMS en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98816/1/WHO_RHR_12.36_spa.pdf?ua=1 se dijo que: ‘Hay información emergente en el sentido de que

siones de la institucionalidad (por el no reconocimiento de derechos como ciudadana), la sociedad y de individuos particulares” (Corte Constitucional, Sentencia T-311 de 2018). Bajo ese entendido, la violencia masculina en contra de las mujeres es también consecuencia de la desigualdad histórica y de la posición de sujeción civil, económica, social y política de la mujer. Sujeción entendida como potestad, por lo que es fácil intuir los obstáculos que trae consigo el mantener la potestad como elemento definitorio de una relación en la familia. En otras palabras, mientras se mantengan estas premisas, la igualdad material de género seguirá siendo una meta por alcanzar⁵⁸⁴.

las intervenciones que combinan microfinanciación con capacitación sobre la igualdad de género pueden resultar eficaces para reducir la violencia de pareja, como muestra el estudio IMAGE en Sudáfrica’. En el artículo Violencia contra mujeres en un entorno de desigualdad social: homicidios dolosos en Tijuana, Baja California de David F. Fuentes Romero, Margarita Barajas Tinoco y Silvia Figueroa Ramírez y publicado en el portal de la ORC Scielo se indicó sobre la violencia sexual que: ‘4. Reflejan las desigualdades en las relaciones de sexo-género. En la violación sexual ‘un hombre se apropia de la sexualidad de una mujer, como es mediada por su cuerpo’ y por medio de esta acción proclama que la sexualidad de ella ‘le pertenece, está subordinada a él’ (Mckinnon, 1982, en Fernández de Juan, 2004: 87-88) (...). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 16 de noviembre de 2009 al interior del caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México haciendo alusión a lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mencionó que: ‘La Comisión señaló que ‘[e]s esencial entender el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación que la perpetúa, para apreciar el alcance del deber de debida diligencia en el presente caso’ y al referirse a lo manifestado por el Estado mexicano señaló que: ‘La Corte considera que estas declaraciones remitidas como prueba por el Estado, son coincidentes con su reconocimiento de responsabilidad en el sentido de que en Ciudad Juárez existe una ‘cultura de discriminación’ que influyó en los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez. Asimismo, la Corte observa que como ya fue establecido *supra*, diferentes informes internacionales hicieron la conexión entre la violencia contra la mujer y la discriminación contra la mujer en Ciudad Juárez’. También sentencia T-878 de 2014”. Cita y nota original de la Corte Const., Sentencia T-311 de 2018.

584 En ese sentido, Corte Const., Sentencia T-878 de 2014. Para un profundo y sesudo análisis de la igualdad de género, véase la colección de ensayos de L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli y T. Pitch (eds.), Forum, Bologna, Il mulino, 2005.

En consideración a esa realidad, una superación de la violencia exige abandonar los prejuicios y entender que ningún acto de violencia puede ser justificado o tolerado en virtud de un comportamiento provocador de la víctima, de su género, de su forma de vestir, de su condición social, de su orientación sexual, de su origen nacional, de sus creencias religiosas o de sus convicciones políticas⁵⁸⁵. Que se señale “ningún acto” exige la protección de todos y cada uno de los ciudadanos sin distinciones o preferencias, por lo que la debilidad en la protección de unos no puede conducir a juzgar como negativa o innecesaria la protección a otros. Por ello se cree que la crítica falaz que tiende a excluir o desconocer el mérito o necesidad de las medidas de protección a favor de las mujeres contribuye solo a perpetuar estereotipos de género que a su vez constituyen combustible para la violencia. De hecho, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

debe reconocerse que una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de la inferioridad de las mujeres, no se cambia de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales es una tarea difícil para cualquier gobierno. Más aún cuando los problemas emergentes de la sociedad moderna: alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc., contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de las sociedades, en particular aquellos que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, los y las niñas, los y las indígenas (par. 132).

[...La Corte] considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o

585 En relación con esto es crucial leer el ensayo de KENNEDY, *Abuso sexual y vestimenta sexy*, cit., en el que el autor analiza el abuso como una barrera que impide el goce efectivo de la sexualidad, masculina y femenina, en virtud de su carácter disciplinario.

papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial [...]. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁵⁸⁶.

Por ello, es de destacar que en Colombia exista la exigencia, a las autoridades judiciales y administrativas encargadas de disponer las medidas de protección y atención integral a las víctimas, de tener en cuenta en cada decisión una perspectiva de género, que a decir de la Corte Constitucional se materializa o concreta siguiendo unos criterios determinados, a saber:

- (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;
- (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;
- (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género;
- (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones;

586 CIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 16 de noviembre de 2009, párrafo 401.

- (v) reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- (vi) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- (vii) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- (viii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;
- (ix) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;
- (x) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (Sentencia T-271 de 2016).

Es difícil no reconocer el carácter disruptivo de esta visión de la Corte Constitucional colombiana. Es cierto que hasta este punto se trata solo de la enunciación de unos criterios, pero su puesta en práctica necesariamente contribuye a una superación progresiva del fenómeno de la violencia intrafamiliar, especialmente porque deben ser criterios orientadores de toda la actividad judicial y administrativa. Ciertamente, esto no constituye la única respuesta, de hecho, habrá quien señale que las mujeres no son la única población vulnerable y que en algunos casos son ellas las agresoras.

Pues bien, en efecto se trata de una medida que busca eliminar la brecha milenaria que ha tenido a la mujer en posición de desigualdad, pero será necesario complementar esta visión con una que considere las peculiaridades de los sujetos involucrados en la violencia u otros daños intrafamiliares. En otras palabras, en virtud del enfoque diferencial, las autoridades deben sopesar la eventual posición de vulnerabilidad en función de otros criterios sospechosos de

discriminación: la edad, el desplazamiento forzado, la raza, la religión, el origen. En ese sentido, podrían reformularse dichos criterios así:

Las autoridades administrativas y judiciales, en el momento de formular una decisión que resuelve una cuestión en materia de daños intrafamiliares tendrán que:

1. desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las víctimas;
2. analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres, los homosexuales, los transgeneristas, los negros, los desplazados por la violencia, los inmigrantes..., han sido grupos de población tradicionalmente discriminadas y por lo mismo, se justifica un trato diferencial;
3. no tomar decisiones con base en estereotipos de ningún tipo;
4. evitar la revictimización de la víctima a la hora de cumplir con sus funciones;
5. reconocer las diferencias entre todos los sujetos y entre los distintos grupos y comunidades;
6. flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
7. considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
8. efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;
9. evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;
10. analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres y de todos los sujetos vulnerables.

Efectivamente, esto no representa una creación de deberes nuevos, pues en realidad todos se desprenden de la Constitución y, en el caso de las autoridades administrativas y

judiciales, hace parte de su función. Se trata de un útil recordatorio sobre las grandes desigualdades aún existentes en la sociedad, y la necesidad de dar vía libre a los cambios culturales a partir de las acciones particulares. De hecho, es interesante que el conjunto de los criterios formulados por la Corte Constitucional colombiana se refiera de manera explícita a la necesaria reflexión que deben hacer los funcionarios o el juez, en relación con los efectos en la sociedad, no solo *inter partes*. Parece un llamado al principio de responsabilidad, a la ética de la responsabilidad, al imperativo categórico, en este caso, de no decidir de manera que con la decisión judicial o administrativa se perpetúe la discriminación. No es una cuestión menor, pues se trata de una visión que atribuye a la jurisprudencia y a la actuación administrativa un rol central, ya no solo como creadora de derecho, sino como partícipe activa en la sociedad, como agente transformador o como perpetuadora del *statu quo*.

Así pues, la política pública y en general toda la actividad del Estado debe estar dirigida a garantizar la protección de los derechos de todos sus ciudadanos, evitando un lenguaje discriminatorio, excluyente, que incite al odio. Desafortunadamente, tanto en Italia como en Colombia, el lenguaje político está fuertemente contaminado y polarizado, lo que comporta una paradoja, pues es justamente en el escenario político en donde se materializan los esfuerzos estatales. El problema radica en que las luchas intestinas normalmente ignoran el grueso de la población, y la concentración por destruir o invisibilizar al oponente descuida los intereses de los ciudadanos más vulnerables y necesitados de protección, las más de las veces ajenos al ardid político. De allí la exigencia de criterios o principios que trasciendan las agendas políticas.

En conclusión, para la concreción de la prevención de la violencia intrafamiliar se sugiere la incorporación de una perspectiva de enfoque diferencial, tanto para el diseño, planeación y ejecución de las políticas públicas como para

la toma de las decisiones administrativas y judiciales en relación con la imposición de medidas de protección y asistencia a las víctimas.

Adicionalmente, para la resolución de este problema podría ser de mucha ayuda la noción de ‘injusticia epistémica’ como una forma de injusticia social, y que puede resultar muy útil para entender uno de los problemas estructurales en relación con la violencia y la incapacidad institucional para hacerle frente. En particular, son relevantes la ‘injusticia testimonial’ y la ‘injusticia hermenéutica’ entendidas así:

La injusticia testimonial se produce cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido; la injusticia hermenéutica se produce en una fase anterior, cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales. Un ejemplo de lo primero podría darse cuando la policía no nos cree porque somos negros; un ejemplo de lo segundo podría ser el de alguien que fuera víctima de acoso sexual en una cultura que todavía carece de este concepto analítico. Podríamos decir que la causa de la injusticia testimonial es un prejuicio en la economía de la credibilidad, mientras que la de la injusticia hermenéutica son prejuicios estructurales en la economía de los recursos hermenéuticos colectivos⁵⁸⁷.

El punto esencial con esta idea de ‘justicia epistémica’ es que comporta una situación agravante para quien la padece, lesionando su dignidad como sujeto, especialmente si esta ocurre en virtud de prejuicios y estereotipos⁵⁸⁸. En particular, el concepto de ‘justicia hermenéutica’ es útil en el ámbito de asistencia a las víctimas, pues se refiere justamente a la

587 M. FRICKER, *Injusticia epistémica: el poder y la ética del conocimiento*, trad. R. García Pérez, Barcelona, Herder, 2017, 17-18.

588 *Ibid.*, 22-23.

incapacidad para estas “de comprender adecuadamente su experiencia, y menos aún de transmitirla a otros de forma inteligible desde el punto de vista comunicativo”⁵⁸⁹; de esta manera se produce una marginación de carácter hermenéutico, sobre todo si se considera que los criterios para la comprensión del fenómeno les son impuestos de manera heterónoma.

Esta visión aplicada a los fenómenos de violencia intrafamiliar permite entender la normalización de ciertos patrones de conducta (de los victimarios y de las víctimas) y de las respuestas a estos, basadas en prejuicios y estereotipos que llevan a desconocer la posición de la víctima de la violencia. En ese sentido, entender la injusticia epistémica que padece la víctima permitiría, eventualmente, disponer de mecanismos que permitan solucionar el problema desde la raíz, esto es, ofreciendo herramientas para la mejor y mayor comprensión de las violencias, como una premisa necesaria para la elaboración de la política pública centrada en la prevención.

En relación con el daño por impugnación del reconocimiento conscientemente falso, y por no reconocer al hijo extramarital, la prevención debe pasar por la extensión de la presunción de paternidad también a las uniones de hecho. Esto reduciría ostensiblemente el número de casos en los que sea necesario el reconocimiento. En Colombia ya existe, pero la interpretación de la norma pasa por precisar o corregir el error del legislador, según el cual puede entenderse que para que opere la presunción es necesaria la declaración de la unión marital de hecho. Una exigencia de este tipo es exorbitante y no se corresponde con los principios del ordenamiento. Por su parte, en Italia es necesario que la sociedad y el ordenamiento se abran a la discusión sobre la asociación inexorable entre familia y matrimonio.

589 *Ibid.*, 25.

Hoy está demostrado que las formas de vida familiar se han diversificado y el ordenamiento no puede ignorar esta realidad, sobre todo si esa indiferencia conduce a niveles de desprotección de la infancia.

Con certeza, esto no resuelve definitivamente el problema, pero la presunción de paternidad tiene la ventaja de hacer más expedito el proceso de determinación de la filiación y de excluir la conducta negligente e irresponsable del padre que se niega a reconocer al hijo. Mientras que, en relación con la acción de impugnación por defecto de veracidad, es necesario que los ordenamientos den aplicación a los principios propuestos en el párrafo anterior, en particular a la buena fe. De allí que para la prosperidad de la impugnación se tendría que exigir la prueba del comportamiento correcto y leal, o del error cualificado justamente por la buena fe. En consecuencia, se trata de una aplicación de los principios de responsabilidad por la concepción, de autorresponsabilidad y de buena fe. De esta manera también se equilibran las diferencias existentes entre esta hipótesis y la prohibición de revocar el consentimiento a la fecundación heteróloga una vez el embrión ha sido fecundado, pues la diferencia de tratamiento no parece encontrar una justificación válida, y tampoco se resuelve con la prescripción de corto tiempo.

En consideración a que negar la prosperidad de la acción de impugnación comporta la imposición de la responsabilidad parental no deseada, con eventuales consecuencias gravosas para el hijo, entre otras, la potencial irresponsabilidad sucesiva: si se escoge la posibilidad de hacer prosperar la acción, se debe entonces admitir de manera inexorable la declaración de la responsabilidad civil con fundamento en la responsabilidad por la concepción y en la violación de la buena fe, con la consiguiente condena al pago de la indemnización de los perjuicios derivados de la privación de la relación parental, agravada por la falsa representación de la paternidad.

Ahora bien, frente al daño ya causado, una vez analizados los cuatro casos y teniendo en cuenta la propuesta de interpretación de la relación parental mediante principios, parece plausible considerar que los cuatro pueden entenderse como una especie del daño por incumplimiento de los deberes parentales. En tres de ellos se parte de la titularidad de la responsabilidad parental, esto es, de la obligatoriedad de cumplir con los deberes a ella inherentes; y en el otro (cuando el padre no reconoce al hijo extramarital), aunque no se haya determinado con certeza la filiación, una vez que se demuestre, se entiende que la responsabilidad existía desde el momento de la concepción.

Esto tendría la ventaja de contar ya con una previsión legislativa concreta en Italia, el art. 709-ter c.p.c.it., con lo cual se establecería un marco normativo unitario que evite la dispersión en distintas tipologías, partiendo de la premisa según la cual el incumplimiento de los deberes parentales puede dar lugar a daños patrimoniales o extrapatrimoniales a favor del hijo, esto es, de *daños intrafamiliares*.

Considerando la responsabilidad por la concepción como el fundamento de la exigencia generalizada de un comportamiento leal y correcto frente a los hijos, es necesario concluir que la conducta violenta o abusiva, de incumplimiento de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, la omisión de reconocimiento a sabiendas de la existencia del hijo y la pretensión de impugnación de la paternidad luego de haber hecho un reconocimiento conscientemente falso de hijo extramatrimonial, concretan una forma de abandono moral o material de hijo y, por lo mismo, lesionan la relación parental.

En relación con los daños patrimoniales, estos difícilmente se habrán causado directamente al hijo, por lo que su indemnización, al menos en Italia, tendría que declararse a favor de la persona que haya erogado los gastos, sea el otro padre o cualquier otra persona que ejerza la responsabilidad parental.

En Colombia, una primera cuestión tiene que ver con admitir de manera expresa que no existe ningún tipo de restricción para el reconocimiento e indemnización del daño intrafamiliar causado por el padre al hijo. Así, no cabe duda de que los cuatro casos constituyen conductas que comportan un ilícito civil, por lo que se debe aplicar la regla general según la cual “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341 c.c.co.). Es decir, el camino señalado por la experiencia italiana es apropiado para el ordenamiento colombiano, esto es, considerar el daño intrafamiliar dentro del esquema de responsabilidad aquiliana, o por daño, tratándose de una responsabilidad *adaptada* a la familia y a los intereses en juego⁵⁹⁰.

Es decir, en función de la especialidad del daño intrafamiliar y de la necesidad de considerar las particularidades afectivas de la relación, así como la necesidad de velar por el respeto de los intereses de los demás integrantes de la familia, la responsabilidad civil debe ser declarada, pero la liquidación del daño y su indemnización deben dirigirse a armonizar todas estas pretensiones. Si bien es cierto que la naturaleza de la relación familiar constituye una premisa para presumir la mayor gravedad del daño, también es cierto que, en el caso de los padres e hijos, la relación tiene vocación de perpetuidad, por lo que las medidas deben favorecer la posibilidad de restablecimiento de la relación, allí donde sea posible.

Ahora bien, frente a una declaración de responsabilidad civil conviene precisar, en relación con su naturaleza, que la responsabilidad aquiliana es la que mejor se ajusta a la lógica de una responsabilidad adaptada a la familia. En primer

590 FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 294 ss.; GIARDINA, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, cit., 21.

lugar, se excluye la responsabilidad por incumplimiento por la falta de patrimonialidad de los deberes inherentes a la responsabilidad parental, que los distingue de la prestación en una relación obligatoria, premisa de aplicación de la responsabilidad por incumplimiento. En este punto resulta de la mayor relevancia la categoría italiana del daño injusto que “se refiere a la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante y es, por lo mismo, una norma atípica y abierta que permite solo un mínimo filtro selectivo: la juridicidad del interés protegido, que puede emerger de un procedimiento interpretativo, siempre que se funde en el sistema y se base en normas distintas de la propia injusticia, y la compatibilidad con el remedio indemnizatorio”⁵⁹¹. En tal sentido, se trata de una cláusula que facilita la tarea de ponderar los distintos intereses en juego y las distintas posiciones jurídicas involucradas en la valoración de la conducta.

La responsabilidad aquiliana ofrece entonces una mayor flexibilidad para la adaptación de la responsabilidad civil al contexto familiar, flexibilidad entendida como la posibilidad de adecuación de la responsabilidad a los cambios en la sociedad y en la familia⁵⁹². Esta elasticidad no la ofrece la responsabilidad por incumplimiento porque, prescindiendo de la valoración de la lesión de un interés constitucionalmente relevante, pone en el centro de la cuestión la violación de un deber, lo que comportaría un desconocimiento de las

591 E. NAVARRETTA, “Il danno non patrimoniale”, en S. Patti y S. D. Monache (eds.), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, Trattati brevi, Torino, UTET Giuridica, 2010, 22. Cfr. también ID., *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, cit.; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit.; ID., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, cit.; ID., “I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale”, cit.; ID., “Diritti inviolabili e responsabilità civile”, cit.; ID., “Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2001, DeJure. GALGANO, “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, cit.; VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, cit.

592 Cfr. GIARDINA, *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, cit., 15; PONS, *La réception par le droit de la famille de l’article 1382 du code civil*, cit., 406.

dinámicas propias de las relaciones familiares y de la mayor tolerancia a ciertas “transgresiones”, así como un automatismo en la aplicación de la regla indemnizatoria, la cual tendría que emplearse frente a la comprobación objetiva de la violación del deber mismo. De hecho, la violación de los deberes inherentes a la responsabilidad parental ya resulta sancionada por el derecho civil y de familia⁵⁹³.

En conclusión, la naturaleza de la responsabilidad civil por los daños intrafamiliares causados a los hijos parece encontrar sentido en la responsabilidad aquiliana que, de la mano de la injusticia del daño, permite establecer un equilibrio entre las exigencias de lealtad en la conducta de los padres y la tolerancia propia de las relaciones familiares; al tiempo que se relaciona con las exigencias derivadas de los principios señalados, en especial el de buena fe.

Una vez en el escenario judicial, en relación con la competencia, se cree que el juez idóneo es el juez de familia encargado de determinar el incumplimiento de los deberes parentales. La razón de ser de esta solución radica no solo en las competencias especializadas de la jurisdicción de familia, sino en el hecho de que es probable que el daño se detecte en el curso de un proceso de familia, donde se debata sobre la filiación, la responsabilidad parental o el cumplimiento de los deberes a ella inherentes, por lo que mantener la competencia del mismo juez favorece también la economía procesal.

En ese caso, una vez declarada la responsabilidad civil –por la verificación del daño, del nexo de causalidad y del fundamento de atribución (dolo o culpa)–, el juez de familia, en consideración al tipo de daño y a las particularidades

593 Para una reflexión más detenida véase FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 443-57. En Colombia véase, en un marco más general, M. BERNAL FANDIÑO, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta”, *Vniversitas* 126, 2013, 39-64.

del caso, liquidará el daño extrapatrimonial por lesión de la relación parental o por abandono, con base en la equidad.

El motivo para señalar la equidad como el criterio que informa la liquidación del daño extrapatrimonial radica justamente en su carácter no patrimonial, pero también porque se trata de un criterio compartido en materia de responsabilidad civil en los dos ordenamientos, en Italia reconocido por la jurisprudencia, en Colombia uno de los principios de la valoración de los daños a la persona, además de la reparación integral (art. 16, Ley 446 de 1998)⁵⁹⁴. Esto quiere decir que, para la liquidación, el juez tendrá que valorar todos los aspectos relevantes tanto de la relación como de la conducta lesiva, por ejemplo: el tipo de daño, la gravedad de la lesión, la gravedad de la conducta, el tiempo durante el cual se produjo, el estado y tipo de relación entre la víctima y el sujeto agente, el impacto en las condiciones de vida de la víctima y del núcleo familiar, la cesación de la conducta, el empeño reparatorio espontáneo del sujeto agente, las aspiraciones e intereses de la víctima en relación con las pretensiones dentro del proceso, las posibilidades de restablecimiento de la relación.

Ahora bien, al respecto resultan convincentes las críticas a la equiparación del daño por lesión de la relación parental, o por abandono, con el daño por muerte con fundamento en que se trata de supuestos de hecho y perjuicios distintos desde un punto de vista sustancial, según la posibilidad

594 Cfr. M. C. M'CAUSLAND SÁNCHEZ, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019; ID., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; ID., *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, cit.; D. A. SANDOVAL GARRIDO, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado* 25, 2013, 235-71.

o no de restablecer la relación parental⁵⁹⁵. Sin embargo, el daño por muerte puede ser un punto de partida como una hipótesis de privación absoluta de la relación parental, cuya gravedad no puede, en todo caso, definirse apriorísticamente como menor a la lesión a manos de un tercero o por la imposibilidad de restablecer la relación, pues el hecho de que el daño intrafamiliar lo cause el propio padre puede comportar un agravante que justificaría un aumento en el monto liquidado.

De esta manera, por ejemplo, el daño por el no reconocimiento o por la impugnación sucesiva al falso reconocimiento, que comportan o conducen a la privación definitiva de la relación, se pueden entender equiparados, en abstracto, al daño por muerte, pero así mismo como un parámetro de referencia que puede ayudar a determinar la gravedad de la lesión. En ese sentido, el daño por muerte no puede ser una camisa de fuerza, cuyo mínimo posible funcione como tope para la indemnización del daño intrafamiliar⁵⁹⁶, o cuyo rango sea insuperable, tanto para aumentar como para reducir la indemnización, en virtud del principio de la reparación integral.

Ahora bien, luego de una revisión exhaustiva sobre la aplicación del remedio indemnizatorio en Italia, parece indiscutible su utilidad e idoneidad. Sin embargo, una vez examinados también ciertos puntos críticos, es imperativo reconocer que la responsabilidad civil no es la panacea. Su aplicación debe completarse, en ambos ordenamientos, con la aplicación de otros remedios que no se reduzcan a la pura compensación económica, especialmente allí donde

595 Ver para todos FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, cit., 462 ss; GALLETTI, "Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale..."; D. AMRAM y B. TASSONE, "Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione", *Danno e responsabilità* 19, n.º 7, 2014, 716-30.

596 Como sugiere GALLETTI, "Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale...", cit., 571.

los intereses de la víctima aparezcan inequívocos sobre la necesidad de otro tipo de remedios. Por ejemplo, en casos en los que el desprecio por el padre irresponsable lleve a la víctima a rehusarse a recibir dinero de su parte. Es decir, el ordenamiento debe reconocer la posibilidad de satisfacer los intereses de la víctima mediante otros mecanismos de reparación simbólica, aun con proyección comunitaria y como una forma de contribuir a la reconciliación familiar y social⁵⁹⁷; a modo de ejemplo: la amonestación, la petición pública de excusas, el servicio social o comunitario, la imposición de restricciones para el contacto (si los intentos del padre por recuperar la relación son indeseados por la víctima) y, en consecuencia, también la posibilidad de decretar la ruptura legal de la relación, la imposición de ciertas conductas tendientes a demostrar un mayor empeño frente a la familia o a otros miembros, o la obligación de iniciar un proceso terapéutico.

De igual manera, en reconocimiento del valor de la autonomía en la familia⁵⁹⁸, parece plausible fortalecer los mecanismos de composición amigable de las controversias. En particular, la conciliación, con un esfuerzo institucional por hacerla cada vez más asequible a todos los ciudadanos, reconociendo su valor social en la reducción de la conflictividad, en la descongestión del sistema judicial, en el acceso a la justicia, en el empoderamiento de los ciudadanos y en la reconciliación entre las partes. Para ello es necesario que se prevea su gratuidad, que se cualifique el personal dedicado a la conciliación, que se vincule a todos los actores sociales, incluidas la academia y las universidades y, además, que no sea obligatoria la asistencia de los abogados de las partes.

597 SHMUELI, "Tort Litigation Between Spouses", cit., 258.

598 Cfr. J. HERRING, *Relational Autonomy and Family Law*, Heidelberg, Springer, 2014, <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-04987-8>

Todas estas son solo propuestas. Desde luego, no se trata de un esquema acabado, pero se basa en la necesidad de una adecuación del derecho de familia y de la responsabilidad civil a las necesidades y exigencias de la sociedad. Queda aún mucho por discutir, pero parece que un buen inicio puede ser una reformulación de una nueva ética de la responsabilidad, que oriente la aplicación del principio de la responsabilidad por la concepción. En otras palabras, el imperativo categórico puede reformularse así: “obra en el ejercicio de tu paternidad/maternidad de manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la permanencia y preservación de la armonía y la solidaridad familiar, así como de la dignidad de tus hijos”.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la Red Sociojurídica, tomo II*. Universidad de la Sabana, s/f.
- AA. VV., *Le immunità nel diritto interno e comparato: Atti del convegno di Perugia, 25-27 maggio 2006*, Torino, Giappichelli, 2014.
- AA. VV., *Valore della persona e giustizia contrattuale: scritti in onore di Adriano de Cupis*, Pubblicazioni del dipartimento di teoria dello stato dell'Università degli Studi di Roma 'La sapienza', n.° 8, Milano, Giuffrè, 2005.
- ABAD ARENAS, E. y M. F. MORETÓN SANZ, "Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: acción de resarcimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esposales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 739, 2013, 3496-3521.
- ABELLO GUAL, J. A., "La responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* 18, n.° 36, 2015, 81-98. <https://doi.org/10.18359/dere.935>.
- ACHILLE, D., "Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione (art. 147 c.c., come modificato dall'art. 3 del D.lgs. 154/2013, e art. 315 bis c.c., come inserito dall'art. 1, comma 8, della L. 219/2012)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 55-66, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

- ADAMO, S. A., "The Injustice of the Marital Rape Exemption: A Survey of Common Law Countries", *American University International Law Review* 4, n.° 3 1989, 555-89.
- ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ÁLVAREZ NIETO, C., G. PASTOR MORENO, M. LINARES ABAD, J. SERRANO MARTOS y L. RODRÍGUEZ OLALLA, "Motivaciones para el embarazo adolescente", *Gaceta Sanitaria* 26, n.° 6, 2012, 497-503.
<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.12.013>.
- ÁLVAREZ SOTO, D. L., *Manual de derecho de Familia, Aspectos prácticos*, Universidad de Medellín, 2006.
- AMATO, C., *Il danno non patrimoniale: guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè, 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Cuerpos rotos, mentes destrozadas tortura y malos tratos a mujeres*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2001.
- AMRAM, D., "Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - La responsabilità civile nelle relazioni familiari A.D. 2012", *Danno e responsabilità* 17, n.° 8/9, 2012, 870-73.
- AMRAM, D., "Mater semper certa est, pater numquam e il danno da falsa rappresentazione della paternità", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 31, n.° 8, 2015, 698-706.
- AMRAM, D., "Privazione del rapporto genitoriale e danno intrafamiliare", *La nuova giurisprudenza civile commentata* 28, n.° 5, 2012, 394-98.
- AMRAM, D., "Verso una tabella per i danni non patrimoniali da violazione dei doveri genitoriali?", *Danno e responsabilità* 15, n.° 5, 2010, 506-16.
- AMRAM, D. y B. TASSONE, "Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione", *Danno e responsabilità* 19, n.° 7, 2014, 716-30.

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F., "El origen de los poderes del 'Paterfamilias' I: El 'Paterfamilias' y la 'Patria potestas'", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 28, 2006, 37-143, <https://doi.org/10.4067/S0716-54552006000100002>.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F., *Origen de los poderes del paterfamilias: el pater familias y la patria potestas*, Monografías de derecho romano, Derecho público y privado romano 42, Madrid, Dykinson, 2009.
- ANCESCHI, A., *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità, Il diritto privato oggi*, Milano, Giuffrè, 2007.
- ANDÒ, B., "Interspousal Claims at the Crossroads of Tort Law and Family Law: The Delicate Balance between Family and Individual", *Journal of Civil Law Studies* 4, n.º 1, 2011, 113-46.
- ARANGO GAVIRIA, L. G., "Experiencia juvenil y condición estudiantil: desigualdades de clase, género y profesión en la educación pública en Colombia", en M. H. Suárez Zozaya y J. A. Pérez Islas (eds.), *Jóvenes universitarios en Latinoamérica hoy*, 139-67, México, Porrúa, 2008.
- ARISTÓTELES, *Tratados de lógica: el organon*, traducido por F. Larroyo, México, Porrúa, 2011.
- ARIZA, A., "Morir de amor. Una mirada a las violencias afectivas desde un enfoque de cultura ciudadana", en A. Eslava (ed.), *Lo mejor de las personas. Teoría, intervención y agenda de la cultura ciudadana*, 103-22, Medellín, Alcaldía de Medellín, 2019.
- ARIZA, A. y G. CHIAPPE, "Sin celos sí hay amor. Una experiencia latinoamericana para desactivar la violencia intrafamiliar", en A. Mockus, H. Murraín y M. Villa (eds.), *Antípodas de la violencia. Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in)seguridad en América Latina*, 165-202. New York, Banco Interamericano de Desarrollo, Corpovisionarios, 2012.

- ASHDOWN, G. G., "Intrafamily Immunity, Pure Compensation, and the Family Exclusion Clause", *Iowa Law Review* 60, 1974, 239.
- ATTADEMO, L., "Mala fede nel riconoscimento del figlio naturale e possibilità di impugnazione ex art. 263 c.c.", *Il corriere del merito* 9, n.° 2, 2013, 155-59.
- AULETTA, T. A., *Diritto di famiglia*, 3.^a ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- BÁEZ, C., C. BARRAZA, N. BUENAHORA, L. P. CAICEDO, y C. LÓPEZ, *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*, Acceso a la Justicia, Bogotá, Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2008. <http://www.bdigital.unal.edu.co/45466/>.
- BALESTRA, L., "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", in *Trattato Bessone*, IV, I, "Famiglia e matrimonio", 1 ss., Torino, Giappichelli, 2010.
- BALLARANI, G., "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", *Diritto di famiglia e delle persone* 43, n.° 2, 2014, 841-58.
- BALLARANI, G., "Il diritto all'ascolto", in C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 129-40, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- BARCELLONA, M., *Il danno non patrimoniale*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Catania, Nuova serie, Milano, Giuffrè, 2008.
- BARCELLONA, P., "Introduzione", in ID., *Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, 5-12, Strumenti, scenari 16, Bari, Dedalo, 2001.
- BARGELLI, E., "Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.", *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.° 3, 2003, 691-702.

- BARRERA OSORIO, F., D. MALDONADO CARRIZOSA y C. RODRÍGUEZ ORGALES, "Calidad de la educación básica y media en Colombia: diagnóstico y propuestas", Serie Documentos de Trabajo, n.º 126, Universidad del Rosario, 2012, [http:// repository.urosario.edu.co/handle/10336/10907](http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10907).
- BASINI, G. F., "Lo stato di figlio", en G. Bonilini (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, La filiazione e l'adozione, 3355-65, Omnia, Trattati giuridici, Torino, UTET, 2016.
- BAYERTZ, K. y M. BAURMANN, *L'interesse e il dono: questioni di solidarietà*, P. P. Portinaro (ed.), Torino, Edizioni di Comunità, 2002.
- BEAL, R., "'Can I Su Mommy?' An Analysis of a Woman's Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive", *San Diego Law Review* 21, 1984, 325.
- BELLELLI, A., "I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 129-40. Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- BELLUSCIO, A. C., *Manual de derecho de familia*, 8.ª ed. actualizada y ampliada, vol. I, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2006.
- BELLUSCIO, A. C., E. A. ZANNONI y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el derecho de familia*, Editorial Hammurabi, 1983.
- BELTRÁN, M. "Sobre el lenguaje como realidad social", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, 33-55.
- BENACCHIO, G. A. y M. GRAZIADEI (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 24, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.
- BENOÎT, M., "Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle", *McGill Law Journal* 54, 2009, 257-72.

- BERMUDO, J. M., "El 'pluralismo razonable' de J. Rawls", 2006.
<http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/26282>.
- BERNAL FANDIÑO, M., "La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta", *Vniversitas*, 2013, 39-64.
- BETHENCOURT PÉREZ, O. R., "La prudencia desde la perspectiva de la responsabilidad ética (a propósito de Aristóteles)", *Revista de Filosofía Factótum*, n.º 13, 2015, 24-32.
- BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, vol. II, Trattato di Diritto Civile Italiano 15, Torino, UTET, 1960.
- BIANCA, C. M., "Adozione nazionale (l. 28 marzo 2001 n.º 149). Titolo I. Diritto del minore alla propria famiglia. - Sub art. 1 I (commi 1º, 2º e 4º)", en C. M. Bianca y L. Rossi Carleo (eds.), *Commentario*, 2002, 909-13.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile*, vol. 2.1. La famiglia, 5.ª ed., Milano, Giuffrè, 2014.
- BIANCA, C. M., "Famiglia (Diritti di)", en *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 68-73. Torino, 1961.
- BIANCA, M., "L'unicità dello stato di figlio", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 3-26, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- BIANCHINI, D., "Appunti e spunti in tema di responsabilità civile ed illecito endofamiliare", *Il diritto di famiglia e delle persone* 39, n.º 2, 2010, 963-80.
- BIANCO, C., *Solidarietà. Un approccio simbolico-politico*, Il limnisco, Cultura e scienze sociali, Milano, FrancoAngeli, 2015.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1964.

- BIGLIAZZI GERI, L., "Interesse legittimo: diritto privato", en *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, 3-103, Milano, 1998.
- BLAIS, M. C., *La solidarietà: storia di un'idea*, B. Magni (ed.), Milano, Giuffrè, 2012.
- BOBBIO, N., *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1957.
- BOBBIO, N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985.
- BOELE-WOELKI, K., "La famille et le droit international", *International Law Forum du droit international* 7, 2005, 146-52.
- BOELE-WOELKI, K., "What Comparative Family Law Should Entail", *Utrecht Law Review* 4, n.° 2, 2008, 1-24.
- BONA, M. y P. G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Nuove frontiere della responsabilità civile 4, Milano, Ipsoa, 2004.
- BONINI BARALDI, M., "Family vs Solidarity. Recent Epiphanies of the Italian Reductionist Anomaly in the Debate on de facto Couples", *Utrecht Law Review* 4, n.° 2, 2008, 175-93.
- BONINI, V., *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Collezione di giustizia penale 3, Milano, Wolters Kluwer, 2018.
- BRADLEY, D., "Family Law", en *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, second edition, 314, Edward Elgar Publishing, 2012.
- BRIGHOUSE, H. y A. SWIFT, *Family Values: The Ethics of Parent-child Relationships*, Princeton, Princeton University Press, 2014.
- BRUCH, C. S., "Parental Alienation Syndrome and Alienated Children -Getting it Wrong in Child Custody Cases", *Child and Family Law Quarterly* 14, n.° 4, 2002, 381-400.

- BUCCIANTE, A., *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, Giuffrè, 1971.
- BUCCIANTE, A., "Potestà dei genitori", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985.
- BUGETTI, M. N., "La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani", *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.° 3, 2017, 313-22.
- BUSNELLI, F. D., "Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi", *Europa e Diritto Privato* 4, 2009, 909-46.
- BUSNELLI, F. D., "Il principio di solidarietà e 'l'attesa della povera gente', oggi", *Persona e Mercato*, n.° 2, 2013, 101-16.
- BUSNELLI, F. D., "La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2, 1959, 1235 ss.
- BUSNELLI, F. D., "Le nuove frontiere della responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 469 ss.
- BUSNELLI, F. D. y S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2013.
- BUSNELLI, F. D. y M. C. VITUCCI, "Frantumi Europei di Famiglia", *Rivista di Diritto Civile* LIX, n.° 4, 2013, 767-87.
- CABALLERO ELBERSCHI, P., "Notas introductorias. 1. Comentarios sobre el método de la filosofía analítica del derecho: distinguir y conectar", en *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- CAGGIANO, I. A., *Tipologie di procreazione, stato di filiazione e conseguenze patrimoniali*, Quaderni di famiglia 2, Ospedaletto, Pacini giuridica, 2017.

- CALABRESI, G. y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review* 85, n.º 6, 1972, 1089-1128.
- CALDERAI, V., "L'eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell'epoca del diritto post-nazionale", *Rivista di Diritto Civile* LXII, n.º 6, 2016, 1621-43.
- CALDERAI, V., "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 7-8, 2017, 986-1000.
- CALVETE, E. y R. PEREIRA (coords.), *La violencia filio-parental. Análisis, evaluación e intervención*, Madrid, Alianza, 2019.
- CAMILLERI, E., "Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 28, n.º 6, 2012, 428-41.
- CARBONE, E., "Abuso del diritto e filiazione naturale: osservazioni sul riconoscimento di compiacenza", *Giurisprudenza italiana*, n.º 10, 2009, 2208-13.
- CARBONE, E., "Sull'obbligatorietà del riconoscimento nella filiazione non matrimoniale", *Famiglia e diritto*, n.º 5, 2015, 519-21.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd. Paris, L.G.D.J., 2001.
- CAREY, C., "Domestic Violence Torts: Righting a Civil Wrong", *University of Kansas Law Review* 62, 2014, 695.
- CARLSON, M. J., S. D. HARRIS y G. W. HOLDEN, "Protective Orders and Domestic Violence Risk Factors for Re-Abuse", *Journal of Family Violence* 14, n.º 2, 1999, 205-26.
- CARMONA OTÁLVARO, J. G., J. I. JARAMILLO ZAPATA y D. A. GARZÓN SERNA, "Función de la violencia intrafamiliar entre cónyuges (padres de familia)", *Katharsis*, n.º 20, 2015, 101-21.

- CARRANO, R., "La revisione sistematica del codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione", in C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 35-52. Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- CARRIÓ, G. R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- CASABURI, G., "La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)", *Il corriere del merito* 2, n.° 5, 2006, 565-73.
- CASABURI, G., "Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata", *Il Foro italiano*, n.° 1, 2018, 21-26.
- CASSANO, G., "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente 'patrimoniali' fra congiunti", *Diritto di famiglia e delle persone* 38, n.° 1, 2008, 498-511.
- CASTRONOVO, C., "Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema", *Europa e Diritto Privato*, n.° 2, 2006, 397-423.
- CASTRONOVO, C., "La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual", *Revista de Derecho Privado*, n.° 23, 2012, 35-52.
- CASTRONOVO, C., "Le nobili frontiere della responsabilità civile", *Rivista critica del diritto privato*, 1989, 539 ss.
- CATANOSSO, S., *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, Jovene, 2013.
- CAVEDON, A., y T. MAGRO, *Dalla separazione all'alienazione parentale: come giungere a una valutazione peritale*, Milano, FrancoAngeli, 2010.
- CENDON, P., "Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 882/2003", *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.° 3, 2003, 685-90.

- CENDON, P., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale: danno biologico, esistenziale e morale*, Torino, UTET, 2008.
- CERRONI, U., "Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico", *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 37, 1960, 335-67.
- CÉSPEDES-BÁEZ, L. M., "En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de La Habana", en *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, 295-326, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017.
- CÉSPEDES-BÁEZ, L. M., "Gender Panic and the Failure of a Peace Agreement", *American Journal of International Law Unbound* 110, 2016, 183-87, <https://doi.org/10.1017/S2398772300003044>.
- CHAMBERLAND, C., *Violence parentale et violence conjugale: des réalités plurielles, multidimensionnelles et interreliées*, Collection Problèmes sociaux & interventions sociales 8, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2003.
- CHIAPPETTA, G., "L'estensione della presunzione di paternità (art. 231-234)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 328-49, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- CHIAPPETTA, G., "L'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (artt. 263, 264 e 267)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 496-537, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- CIANCI, A. G., *Gli ordini di protezione familiare*, Familia, Quaderni 2, Milano, Giuffrè, 2003.
- CIANCI, A. G., A. GORASSINI, P. TODINI, G. GIACOBBE, D. ACHILLE, G. BALLARANI, M. VELLETTI *et al.*, "Nuovo titolo IX del libro I rubricato 'della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio'", en M. Bianca (ed.), *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. lgs. 28 dicembre 2013, n. ° 154*, 88-210. Milano, Giuffrè, 2014.

- CIARONI, L., "Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia", en R. Torino (ed.), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, 81-119. Familia, Quaderni 10, Milano, Giuffrè, 2006.
- CICERO, C. y M. RINALDO, "Principio de bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale", *Il diritto di famiglia e delle persone* 42, n.º 3, 2013, 871-86.
- CICERONE, M. T., *De officiis: quel che è giusto fare*, Torino, Einaudi, 2012.
- CICIA, A., "Il divieto di *venire contra factum proprium* alla luce del principio di buona fede", tesis de doctorado, Università degli Studi di Roma Tre, 2009.
- CICU, A., "Il diritto di famiglia nello stato fascista", *Jus*, 1940, 373-97.
- CICU, A., "Lo spirito del diritto di famiglia", en F. Messineo (ed.), *Scritti minori*, I, 123 ss. Milano, Giuffrè, 1965.
- CIPPITANI, R., "Solidaridad", en M. I. Álvarez Ledesma y R. Cippitani (ed.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, 642-48, Roma; Perugia; México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Giacchino Scaduto", 2013.
- CIPRIANI, G., *Il risarcimento del danno tra genitori e figli: Profili giurisprudenziali*, Key Editore, 2016.
- CLÉMENT, C. y O. ROY, "Avant-propos", en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 13-14, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.668>.
- COEN, G., "The Marital Rape Exemption: Time for Legal Reform", *Tulsa Law Review* 21, n.º 2, 1985, 353-84.
- COLEMAN, D. L., K. Dodge y S. K. CAMPBELL, "Where and How to Draw the Line between Reasonable Corporal Punishment

and Abuse”, *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law 73, n.º 2, 2010, 107-65.

COLLINS COPE, K., “The Age of Discipline: The Relevance of Age to The Reasonableness Corporal Punishment”, *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law 73, n.º 2, 2010, 167-88.

CONNELLY, C. y K. CAVANAGH, “Domestic Abuse, Civil Protection Orders and the ‘New Criminologies’: Is There Any Value in Engaging with the Law?”, *Feminist Legal Studies* 15, n.º 3, 2007, 259-87, <https://doi.org/10.1007/s10691-007-9069-7>.

CONSEJO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA (ed.), *Obras completas de Don Andrés Bello. Proyecto de Código Civil (1853)*, vol. XII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez, 1888.

COPELON, R., “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture”, en R. J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, 113-52, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994.

CORDER, P., “Rapporti dei minorenni con gli ascendenti (art. 317 bis c.c., come inserito dall’art. 42 del D.lgs. N. 154/2013)”, en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 95-118, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

CORDIANO, A., *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Comparazione e diritto civile 36, Torino, Giappichelli, 2018.

CORNEJO-VALLE, M. y J. I. PICHARDO, “La ‘ideología de género’ frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español”, *Cadernos Pagu*, n.º 50, 2017, <https://doi.org/10.1590/18094449201700500009>.

CORRAL TALCIANI, H., “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”, en H. Corral Talciani (ed.), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, 103-39, Cuadernos

de Extensión Jurídica 18, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2010.

CORTÉS, E., “El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la C.I.D.H.”, *Revista de Derecho Privado* 12-13, 2007, 307-23.

CORTÉS, E., “La influencia del derecho italiano en Colombia”, en E. González de Cancino, F. Navia Arroyo y E. Cortés (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, vol. I, 19-32, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

CORTÉS, E., “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, en S. Lanni y P. Sirena (eds.), *Il modello giuridico -scientifico e legislativo- italiano fuori dell’Europa*, 167-77, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

CORTÉS, E., *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

COSTA, P., “Sono forse il custode di me stesso? La responsabilità di sé come responsabilità originaria”, *Lo sguardo* 8, n.º 1, 2012, 147-67.

CRUZ TEJADA, H. (ed.), *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017.

D’AGOSTINO, F., *Una filosofia della famiglia*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 2003.

D’ALESSANDRO, E., “Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos”, *Revista de Derecho Privado* 34, 2018, 313-326, <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.10>.

DALLAM, S. J., E. S. CHARLES y L. CROOK, “Parental Alienation Syndrome: Is it scientific?”, en *Expose: The Failure of Family Courts*

to Protect Children from Abuse in Custody Disputes, Los Gatos, CA, Our Children Our Children Charitable Foundation, 1999, <http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html>

- D'ANGELO, C., "Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari negli ordinamenti di *Common Law*", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 281-318, Padova, Cedam, 2009.
- D'AVACK, L., "Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice", en S. Patti y L. Rossi Carleo (ed.), *Affidamento condiviso*, 13-28, Milano, Giuffrè, 2006.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "Mala fe, abuso del derecho y relaciones familiares", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 743, 2014, 1335-46.
- DE MARZO, G., "La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n.º 54", en G. De Marzo, C. Cortesi y A. Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare: profili di diritto sostanziale e processuale*, 2.ª ed., 13-60, Teoria e pratica del diritto Sezione 1, Diritto e procedura civile 104, Milano, Giuffrè, 2007.
- DE MARZO, G., C. CORTESI y A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare: profili di diritto sostanziale e processuale*. 2.ª ed. Teoria e pratica del diritto Sezione 1, Diritto e procedura civile 104, Milano, Giuffrè, 2007.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y P. CHAPARRO MATAMOROS, "Responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio", en J. R. De Verda y Beamonte (ed.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, 211-96, Revista Aranzadi de derecho patrimonial 28, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y P. CHAPARRO MATAMOROS, "Responsabilidad por incumplimiento de los deberes conyugales", en J. R. De Verda y Beamonte (ed.), *Responsabilidad civil en el ámbito*

de las relaciones familiares, 103-74, Revista Aranzadi de derecho patrimonial 28, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

DEJUSTICIA, “El delito de inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia”, United States Agency for International Development, 2012, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf

DELEUZE, G., “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, *Polis. Revista Latinoamericana*, n.º 13, 2006, <http://polis.revues.org/5509>

DI GIANDOMENICO, G., “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo”, en G. Di Giandomenico (ed.), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, 23-50, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

DI NARDO, M., “Venire contra factum proprium: applicabilità del principio in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità”, *Giurisprudenza di merito* 42, n.º 1, 2010, 1250-68.

DIEZ SCHWERTER, J. L., “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de Bello a nuestros días”, *Revista de Derecho Privado* 9, 2005, 177-204.

DOSSETTI, M. “La filiazione nel matrimonio”, en G. Bonilini (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, La filiazione e l'adozione: 3367-3554, Omnia, Trattati giuridici, Torino, UTET, 2016.

DOSSETTI, M., M. MORETTI y C. MORETTI, *La nuova filiazione: accertamento e azioni di stato*, Le riforme del diritto italiano 26, Bologna, Zanichelli, 2017.

DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État. Conférences faites à l'école des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1908.

- DURET, P., "Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari", en E. Balboni, B. Baroni, A. Mattione y G. Pastori (eds.), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n.º 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo v della Costituzione*, 369-91, Milano, Giuffrè, 2007.
- DURFEE, A., "'I'm not a victim, she's an abuser': Masculinity, Victimization, and Protection Orders", *Gender and Society* 25, n.º 3, 2011, 316-34.
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il mulino, 2010.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1995.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducido por M. Guastavino, Ariel derecho, Barcelona, Ariel, 1999.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.
- EICHLER, M., "Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia", en R. Ávila Santamaría, J. Salgado, y L. Valladares (ed.), *El género en el derecho, ensayos críticos*, 465-513. Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ONU, Unifem, 2009.
- ELLSBERG, M. C.. "Violence Against Women: A Global Public Health Crisis". *Scandinavian Journal of Public Health* 34, n.º 1, 2006, 1-4. <https://doi.org/10.1080/14034940500494941>
- ENGEL, L., "Vers une nouvelle approche de la responsabilité: Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit* (1940-) 192, n.º 6, 1993, 5-31.
- ESCUDERO, A., L. AGUILAR y J. DE LA CRUZ, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP), 'terapia de la amenaza'", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 28, n.º 5, 2008, 283-307.

- ESPADA MALLORQUÍN, S., "Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, 407-15.
- ESTIN, A. L., "Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics", *William and Mary Law Review* 36, 1995, 989.
- EUROPEAN UNION Y AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Luxembourg, Publications Office, 2014.
- FACCI, G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Wolters Kluwer Italia, 2009.
- FACCI, G., "Il danno da adulterio", *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.º 5, 2012, 1481-1500.
- FACCI, G., "L'illecito endofamiliare tra danno *in re ipsa* e risarcimenti ultramilionari", *Famiglia e diritto* 5, 2006, 515-22.
- FALETTI, E., "Assenza paterna e diritto del figlio minore al risarcimento del danno", *Minorigiustizia*, n.º 3, 2012, 417-434, <https://doi.org/10.3280/MG2012-003053>
- FALLER, K. C., "The Parental Alienation Syndrome: What Is It and what Data Support It?", *Child Maltreatment* 3, n.º 2, 1998, 100-115.
- FALZEA, A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Dogmatica giuridica, Milano, Giuffrè, 1997.
- FANLO CORTÉS, I., "Costruzione e Uso Della c.d. Ideologia de Género in America Latina. La Vicenda Colombiana", *AG About-Gender. Rivista Internazionale di Studi di Genere* 6, n.º 12, 2017, 381-93. <https://doi.org/10.15167/2279-5057/AG2017.6.12.490>
- FASANO, A., "Il c.d. *mobbing* familiare", en P. Cendon (ed.), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, 1673 ss., Padova, Cedam, 2004.

- FAVILLI, C., "I danni da illecito endofamiliare", en E. Navarretta (ed.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, 369-78, Milano, Giuffrè, 2004.
- FAVILLI, C., *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Collana del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Pisa 11, Torino, Giappichelli, 2015.
- FAVILLI, C., *Rapporti familiari e regole risarcitorie*, Pisa, ETS, 2012.
- FAVILLI, C., "Responsabilità e diritto di famiglia", en *Enciclopedia del Diritto*, 794-811, Annali, Giuffrè, 2017.
- FECI, S. y L. SCETTINI (eds.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, Storia delle donne e di genere, Plurale 8, Roma, Viella, 2017.
- FECI, S. y L. SCETTINI, "Storia e uso pubblico della violenza contro le donne", en S. Feci y L. Schettini (ed.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, 7-39, Storia delle donne e di genere, Plurale 8, Roma, Viella, 2017.
- FELDMAN, A., "Cross-Border Domestic Violence: The Global Pandemic and The Call for Uniform Enforcement of Civil Protection Orders", *Suffolk Transnational Law Review* 40, n.º 1, 2017, <http://law-journals-books.vlex.com/vid/cross-border-domestic-violence-685578917>
- FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2013.
- FERRANDO, G., "Il 'caso Cremona': autonomia e responsabilità nella procreazione", *Giurisprudenza italiana* 146, n.º 2, 1994, 996-1006.
- FERRANDO, G., "Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico", *Politica del diritto*, n.º 1, 2008, 3-44. <https://doi.org/10.1437/26551>

- FERRANTE, A. "Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica". *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2, 2016, 601-18.
- FERRANTE, A. "La violencia domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 391-430, Padova, Cedam, 2009.
- FERRER RIBA, J., "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2001, 1-21.
- FERRI, L., "Della potestà dei genitori (art. 315 - 342)", en A. Scialoja y G. Branca (ed.), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988.
- FESTI, F., "Riconoscimento consapevolmente non veritiero di figlio nato fuori dal matrimonio e ripensamento", *Corriere Giuridico* 30, n.º 3, 2013, 345-51.
- FIELDS, S.E., "Debunking the Stranger-in-the-Bushes Myth: The Case for Sexual Assault Protection Orders", *Wisconsin Law Review*, n.º 3, 2017, 429-90.
- FIGUEROA, M. F., L. H. FIGUEROA y J. H. ORTIZ, "El Cacique Juancho Pepe", en *Mecanismos de protección contra la violencia intrafamiliar*, 11-47. Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2001.
- FINN, P., "Statutory Authority in the Use and Enforcement of Civil Protection Orders against Domestic Abuse", *Family Law Quarterly* 23, n.º 1, 1989, 43-74.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, "Caracterización cualitativa de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria", s/f. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Pol%C3%ADtica-sobre-violencia-intrafamiliar.pdf>
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2017.

- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducido por A. Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- FRANCO, L., *Autonomia della famiglia e identità personale: tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- FRANK, C. R., "Criminal Protection Orders in Domestic Violence Cases: Getting Rid of Rats with Snakes", *University of Miami Law Review* 50, n.º 4, 1996, 919-44.
- FRICKER, M., *Injusticia epistémica: el poder y la ética del conocimiento*, traducido por R. García Pérez, Barcelona, Herder, 2017.
- FULCHIRON, H., "Pluralisme et rupture familiale", en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 183-89, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, <https://doi.org/10.4000/books.pupo.695>
- GALGANO, F., "Azioni di stato e abuso del diritto", *Contratto e impresa* 26, n.º 3, 2010, 547-51.
- GALGANO, F., "Le mobili frontiere del danno ingiusto", *Contratto e impresa*, 1985, 159 ss.
- GALLETTI, F., "Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015.
- GALLO VELÉZ, A. S., "Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español", tesis de doctorado, Universidad de Zaragoza, 2013, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=138958>.
- GAMBERI, C., "Retoriche della violenza. Il femminicidio raccontato dai media italiani", en S. Feci y L. Schettini (ed.), *La violenza contro le donne nella storia: contesti, linguaggi, politiche del diritto*

- (*secoli xv-xxi*), 261-78. Storia delle donne e di genere, Plurale 8, Roma, Viella, 2017.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.
- GARCÍA-MORENO, C., L. HEISE, H. A. F. M. JANSEN, M. C. ELLSBERG y C. WATTS, "Public Health: Violence against Women", *Science* 310, n.° 5752, 2005, 1282-83, <https://doi.org/10.1126/science.1121400>
- GARDNER, R. A., "Denial of the Parental Alienation Syndrome Also Harms Women", *The American Journal of Family Therapy* 30, n.° 3 (mayo de 2002, 191-202. <https://doi.org/10.1080/019261802753577520>
- GAUDINO, L., "Riconoscimento del figlio 'per compiacenza', impugnazione ex art. 263 c.c. e risarcimento del danno", *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.° 1, 2016, 189-204.
- GIACOBBE, G., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano: materiali per una ricerca*, 3.^a ed., Collana di Scienze Giuridiche e Sociali, Sezione materiali didattici, Lumsa Università 10, Torino, Giappichelli, 2016.
- GIACOBBE, G., "Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale", *Giustizia Civile*, 2005, 730.
- GIANFORMAGGIO, L., *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli, y T. Pitch (ed.), Forum, Bologna, Il Mulino, 2005.
- GIARDINA, F., "I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977, 1352.
- GIARDINA, F., *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'articolo 129-bis del codice civile*, Pisa, 1999.

- GINGELL, B., "Children's Rights are Human Rights: Liability of the State for Damage to Children Caused in the Course of Child Protection Work", *Coventry University Law Journal* 6, n.º 2, 2001, 78.
- GOLDFARB, S., "Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence: Can Law Help End the Abuse without Ending the Relationship", *Cardozo Law Review* 29, n.º 4, 2008, 1487-1552.
- GÓMEZ AFANADOR, D. M. y L. M. ESTRADA JARAMILLO, "Dificultades en las competencias jurisdiccionales en materia de violencia intrafamiliar de las comisarías de familia", *Revista CES Derecho* 8, n.º 1, 2017, 139-55.
- GÓMEZ CHÍQUIZA, M. E., "El resarcimiento de perjuicios causados en las relaciones de familia: una breve mirada desde la sociología y el derecho", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* 9, num. 18, 2018, http://www.ilae.edu.co/Ilae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/277/430
- GONZÁLEZ CAZORLA, F., "Incumplimiento de deberes conyugales y acciones indemnizatorias: un análisis sobre su procedencia", *Derecho y Justicia* 4, 2014, 51-100.
- GORDON, J.-S. y H. BURCKHART (eds.), *Global ethics and moral responsibility: Hans Jonas and his critics*, Farnham Surrey, England; Burlington, VT, Ashgate, 2014.
- GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Persona e mercato, Monografie 9, Padova, Milano, Cedam; Wolters Kluwer, 2017.
- GORGONI, A., "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona e Mercato*, n.º 3, 2017, 153-86.
- GRONDONA, M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale: contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Pubblicazioni dell'ADP, Sez. Atti e materiali 2, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017.

- GUEZ, P., "Pluralisme familial et ordre public international", en O. Roy (ed.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 197-210. Presses universitaires de Paris Ouest, 2011. <https://doi.org/10.4000/books.pupo.699>
- GULOTTA, G., A. CAVEDON y M. LIBERATORE, *La sindrome da alienazione parentale (PAS), lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Milano, Giuffrè, 2008.
- GUTIÉRREZ DE PINEDA, V., "Cambio social, familia patriarcal y emancipación femenina en Colombia", *Trabajo Social*, n.º 1, 1998, 39-50.
- GUTIÉRREZ SARMIENTO, C. E., "Comentarios a la Ley 1060 de 2006", *Boletín Derecho y Vida*, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2006, https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_55.pdf
- GUTIÉRREZ SARMIENTO, C. E., *Manual de procesos de familia*, 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- HABERMAS, J., *En la espiral de la tecnocracia: pequeños escritos políticos XII*, traducido por D. Hereza Modrego y F. García Mendívil, Madrid, Trotta, 2016.
- HABERMAS, J., *Nella spirale tecnocratica un'arringa per la solidarietà europea*, traducido por L. Ceppa. Roma; Bari, Laterza, 2014.
- HAMEL, C., A. DEBAUCHE, E. BROWN, A. LEBUGLE, T. LEJBOWICZ, M. MAZUY, A. CHARRUAULT, S. CROMER y J. DUPUIS, "Viols et agressions sexuelles en France: premiers résultats de l'enquête Virage", *Population et Sociétés. Bulletin mensuel d'information de l'Institut national d'études démographiques*, 2016.
- HART, H., *The Concept of Law*, 2.ª ed., Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducido por G. R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. "To Have and to Hold: The Marital Rape Exemption and the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review* 99, n.º 6, 1986, 1255-73.
- HARWIN, N., "Putting a Stop to Domestic Violence in the United Kingdom: Challenges and Opportunities", *Violence Against Women* 12, n.º 6, 2006, 556-67, <https://doi.org/10.1177/1077801206289134>
- HASDAY, J. E., "Contest and Consent: A Legal History of Marital Rape", *California Law Review* 88, n.º 5, 2000, 1373-1505, <https://doi.org/10.15779/Z387Q79>
- HEISE, L., M. C. ELLSBERG y M. GOTTEMOELLER, "Ending Violence Against Women", Baltimore, John Hopkins University School of Public Health; Population Information Program, 1999.
- HELG, A. *La educación en Colombia, 1918-1957: una historia social, económica y política*, traducido por J. O. Melo y F. Gómez, 2.ª ed., Serie Educación y cultura, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2001.
- HENAO, J. C., *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N., "¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria", *Revista de Derecho Uninorte*, n.º 43, 2015, 322-49, <https://doi.org/10.14482/dere.43.6186>
- HERRERA, M., "El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado", en M. Graham y M. Herrera (eds.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 275-323, Buenos Aires, Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014.

- HERRERA, M., “Responsabilidad civil y Responsabilidad parental: daños por la obstrucción del derecho de comunicación entre padres e hijos. Los límites del Derecho”, *La Ley*, 2011.
- HERRERA, M. C., “Historia de la educación en Colombia. La República Liberal y la modernización de la educación: 1930-1946”, *Revista Colombiana de Educación*, n.º 26, 1993, <https://doi.org/10.17227/01203916.5297>
- HERRING, J., *Relational Autonomy and Family Law*, Heidelberg, Springer, 2014, <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-04987-8>
- HINES, D. A. y K. MALLEY-MORRISON, *Family Violence in the United States: Defining, Understanding, and Combating Abuse*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2005.
- HINESTROSA, F., “Hacia un Derecho de Familia del siglo XXI”, *Revista de Derecho Privado* 4, 1999, 3-11.
- HINESTROSA, F., “Notas sobre la historia del derecho de familia”, *Revista de Derecho Privado* 38, 2020, 5-14. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.01>
- HINESTROSA, F., “Proyección del derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, en Presentación de la traducción al español (de F. Hinestrosa y E. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009) de la obra *Diritto civile*, 3, Il contratto de C.M. Bianca, Roma, 2008.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HOBBS, T., *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, traducido por Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- HÖRCHER, F., “Justice and Personal Responsibility. Ricoeur on Law and Morality from the Perspective of the Humanities”, en *The*

Usefulness of the Humanities, 92-108, Budapest, L'Harmattan, 2014.

HOULGATE, L. D., *Philosophy, Law and the Family: A New Introduction to the Philosophy of Law*, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2017.

HUSA, J. *A New Introduction to Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, edición Kindle, Roma, Laterza, 2014.

JACOBS, M. J., "My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity", *Arizona State Law Journal* 38, 2006, 809-56.

JARAMILLO SIERRA, I. C., *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

JARAMILLO SIERRA, I. C. (comp.), *Embarazo adolescente: entre la política y los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

JARAMILLO SIERRA, I. C. y S. I. ANZOLA RODRÍGUEZ (comps.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción de género y la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2018.

JEMOLO, A. C., "La famiglia e il diritto", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania* III, 1949, 3-22.

JEPPESEN DE BOER, C. G. y A. KRONBORG, "The Incorporation of Intentional Parentage by Female Same-Sex Couples into National Parentage Laws: A Comparison between Danish and Dutch Law", *European Journal of Law Reform* 17, n.º 2, 2015, 232-46. <https://doi.org/10.5553/EJLR/138723702015017002002>.

JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, Barcelona, Herder, 1995.

JONAS, H., *Il principio responsabilità: un'etica per la civiltà*, edición Kindle, Torino, Einaudi, 2014.

- JONAS, H., *Il principio responsabilità: un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 2014.
- JONAS, H., *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago Ill, University of Chicago Press, 2000.
- KAMPOWSKI, S., *A Greater Freedom: Biotechnology, Love, and Human Destiny (In Dialogue with Hans Jonas and Jürgen Habermas)*, Cambridge, The Lutterworth Press, 2014.
- KANTOROWICZ, H., *The Definition of Law*, A. H. Campbell (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- KAPLAN, D. M. (ed.), *Readings in the Philosophy of Technology*, 2.nd ed., Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2009.
- KENNEDY, D., *Abuso sexual y vestimenta sexy: cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación masculina*, traducido por G. Moro. Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- KOHN, L. S., "The False Promise of Custody in Domestic Violence Protection Orders", *DePaul Law Review* 65, n.º 3, 2016, 1001-54.
- KOTEICH, M., "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", *Revista de Derecho Privado* 10, 2006, 161-94.
- KOTEICH, M., "La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. 'daño existencial'", *Revista de Derecho Privado* 15, 2008, 145-62.
- KOTEICH, M., "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés". *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, 159-204.
- KOTEICH, M., *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

- KURY, H., J. OBERGFELL-FUCHS y G. WOESSNER, "The Extent of Family Violence in Europe: A Comparison of National Surveys", *Violence Against Women* 10, n.º 7, 2004, 749-69. <https://doi.org/10.1177/1077801204265550>
- LABRUSSE, C., "Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique)", *Revue internationale de droit comparé* 19, n.º 2, 1967, 431-56. <https://doi.org/10.3406/ridc.1967.14828>
- LAFONT PIANETTA, P., *Derecho de familia. Derecho marital-filial-funcional. Derechos sexuales y reproductivos*, vol. 2, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2013.
- LAMARQUE, E., *Prima i bambini: il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Studi di diritto pubblico 4, Milano, FrancoAngeli, 2016.
- LANNI, S., "La diffusione dell'esperienza giuridica italiana di tutela del consumatore in America Latina", en S. Lanni y P. Sirena (ed.), *Il modello giuridico -scientifico e legislativo- italiano fuori dell'Europa*, 271-94. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- LANNI, S., "Sistema giuridico latinoamericano", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 711-55, Sezione Civile, Milano, UTET Giuridica, 2016.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A., "Approche historique d'un grand concept juridique : la filiation", *Sartoriana. Sarton Chair of the History of Sciences, Universiteit Gent* 20, 2007, 111-30.
- LEIB, E. J., "Responsibility and Social/Political Choices about Choice; or, One Way to Be a True Non-Voluntarist", *Law and Philosophy* 25, n.º 4, 2006, 453-88. <https://doi.org/10.1007/s10982-005-3220-x>

- LEMAITRE RIPOLL, J., *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre, 2009.
- LEMAITRE RIPOLL, J., "Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal", *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2002, 73-98.
- LENMAN, J., "Compatibilism and Contractualism: The Possibility of Moral Responsibility", *Ethics* 117, 2006, 7-31.
- LENTI, L., "La sedicente riforma della filiazione", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 29, n.º 4, 2013, 201-17.
- LEÓN, L., "Responsabilidad civil, libertad de procreación y derecho de nacer sano", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 3, 2013, https://works.bepress.com/leysser_leon/21/
- LEPIN MOLINA, C. y D. VARGAS ARAVENA (eds.), *Responsabilidad civil y familia*, Santiago, Chile, LegalPublishing, 2015.
- LIBERTINI, M., "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contratto e impresa*, 1989, 85 ss.
- LIND, C. y T. HEWITT, "Law and the Complexities of Parenting: Parental Status and Parental Function", *Journal of Social Welfare and Family Law* 31, n.º 4, 2009, 391-406, <https://doi.org/10.1080/09649060903430249>
- LIPARI, N., "Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016.
- LORENA, A., "La responsabilità del genitore 'inadempiente': accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della L. n.º 219/2012", *Diritto di famiglia e delle persone*, n.º 3, 2013, 1133-70.
- LOSANO, M., "La questione sociale e il solidarismo francese: attualità d'una dottrina antica", <http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Solidarismo.pdf>

- LUCCHINI GUASTALLA, E., "La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche", *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.º 5, 2016, 1474-89.
- LUPOI, M. A., "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 50, n.º 4, 2006, 1063-1104.
- MACKINNON, C., "On Torture: A Feminist Perspective on Human Rights", en K. Mahoney y P. Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, 21-32, Massachusetts, Martinus Nijhoff, 1993.
- MALAURIE, P. y H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Deffrénois, 2011.
- MANDRIOLI, C., "Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità specifica", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 30, n.º 4, 1976, 1342-57.
- MANTECÓN MOVELLÁN, T. A., "Hogares infernales: una visión retrospectiva sobre la violencia doméstica en el mundo moderno", en F. J. Lorenzo Pinar (ed.), *La familia en la historia*, 187-230, Aquilafuente 150, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009.
- MANTILLA ESPINOSA, F., "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", *Revista Opinión Jurídica* 6, n.º 11, 2007, 131-50.
- MARCONDES, L. DE T. P., "Dano moral nas relações Familiares", tesis de doctorado, Universidade de São Paulo, 2013, <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25112016-113142/>
- MARCUS, I., "Reframing 'Domestic Violence': Terrorism in the Home", en M. Fineman y R. Mykitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse*, 11-35, New York, Routledge, 1994.

- MARELLA, M. R., "Critical Family Law", *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 19, n.º 2, 2011, 721-54.
- MARELLA, M. R., "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Rivista critica del diritto privato* 28, n.º 2, 2010, 233-72.
- MARELLA, M. R., "'Love Will Tear Us Apart'. Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada", *Comparative Law Review* 7, n.º 2, 2017, 1-35.
- MARELLA, M. R. y S. CATANOSI, "Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale", en G. Rojas Elgueta y N. Vardi (eds.), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, 163-89, *Studies in Law and Social Sciences* 1, Roma, Roma Tre-Press, 2014.
- MARELLA, M. R. y G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma, Laterza, 2014.
- MARÍN MARTÍNEZ, A., "La responsabilidad por daño moral en las relaciones conyugales", tesis de máster, Universidad de La Rioja, 2015.
- MARINELLI, I., "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: attualità di un'antica dicotomia", en G. Di Giandomenico (ed.), *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, 51-86, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- MARTÍN CASALS, M. y J. RIBOT, "Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC* LXIV, n.º II, 2011, 504-61.
- MARTÍNEZ, N. Y., M. OCHOA TORO y E. F. VIVEROS CHAVARRÍA, "Aspectos subjetivos relacionados con la violencia intrafamiliar. Caso municipio de Sabaneta Antioquia", *Estudios Sociales* 47, 2016, 2-31.

- MASSIRONI, A., "The Father's Right to Kill His Adulterous Daughter in the Late *Ius Commune*", en M. G. di Renzo Villata (eds.), *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, 187-215, Studies in the History of Law and Justice 5, New York, NY, Springer International Publishing, 2016, https://doi.org/10.1007/978-3-319-42289-3_8
- MAZZAMUTO, P., "Ratio e disciplina dell'affidamento condiviso", *Giureta. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente* 11, 2013, 97-107.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño no patrimonial: situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MCCURDY, W. E., "Personal Injury Torts between Spouses", *Villanova Law Review* 4, 1959, 303.
- McFARLANE, J., A. MALECHA, J. GIST, K. WATSON, E. BATTEN, I. HALL y S. SMITH, "Protection Orders and Intimate Partner Violence: An 18-Month Study of 150 Black, Hispanic, and White Women", *American Journal of Public Health* 94, n.º 4, 2004, 613-18.
- MEDINA, G., *Daños en el derecho de familia*, 2.ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- MEDINA, G., "Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 3, 2015, 15-46.

- MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Universidad del Rosario, 2010.
- MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho civil: derecho de familia*, 4.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.
- MELLE, U., "Responsibility and the Crisis of Technological Civilization: A Husserlian Meditation on Hans Jonas", *Human Studies* 21, n.º 4, 1998, 329-45, <https://doi.org/10.1023/A:1005405310169>
- MENDOZA, W. y G. SUBIRIA., "El embarazo adolescente en el Perú: situación actual e implicancias para las políticas públicas", *Rev Peru Med Exp Salud Pública* 30, n.º 3, 2013, 471-79.
- MERRY, S. E., *Gender Violence: A Cultural Perspective*, Wiley Blackwell Introduction to Engaged Anthropology Series, Sussex, Wiley-Blackwell, 2009.
- MEYER, D., "Parenthood in a Time of Transition: Tensions Between Legal, Biological, and Social Conceptions of Parenthood", *The American Journal of Comparative Law* 54, 2006, 125-44.
- MEZA SOTO, L. N., "Reparación civil por los daños derivados y emergentes ante la falta de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales", *Persona y Familia*, n.º 5, 2016, 33-50.
- MEZZANOTTE, S., "Il mantenimento dei figli con particolare riferimento ai figli maggiorenni", *Giurisprudenza di merito*, n.º 10, 2006, 2291B.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, R., "Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco", *Revista chilena de derecho privado* 17, 2011, 193-226.
- MINISTERIO DE SALUD Y PROFAMILIA, *Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Componente de Salud Sexual y Reproductiva*, 2 vols., Bogotá, Profamilia, 2015, <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20TOMO%20II.pdf> y <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20%20TOMO%20I.pdf>

- MINISTERIO DE SALUD Y PROFAMILIA, "Resumen ejecutivo. Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) 2015", Bogotá, Profamilia, 2015, <http://profamilia.org.co/docs/Libro%20RESUMEN%20EJECUTIVO.pdf>
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, vol. XXI, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943.
- MONATERI, P. G. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Research Handbooks in Comparative Law, Cheltenham, U.K.; Northampton, MA, Edward Elgar Pub, 2012.
- MONTALI, F. y L. MOLINARI, "La responsabilità come costrutto relazionale: una rassegna teorica", *Giornale Italiano di Psicologia*, n.º 1, 2009, 87-114, <https://doi.org/10.1421/29282>.
- MORACE PINELLI, A., "I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 667-808, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- MORAES, M. C. B., "A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil", *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.º 29, 2014. <https://doi.org/10.17808/des.29.295>.
- MORENO CRUZ, P., "El estilo del juez del *civil law*: el caso de la tolerancia (al menos) temporal del incumplimiento", Presentación en Seminario de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho "Luis Villar Borda", Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2014.
- MORENO CRUZ, P., "Freedom of Contract and Constitutional Values. Some Exceptional Cases from The Colombian Constitutional Court", en P. G. Monateri (ed.), *Comparative Contract Law*, 216-41, Research Handbooks in Comparative Law, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A. y E. ALGARRA PRATS (eds.) *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Madrid, Dykinson, 2012.

- MORMILE, L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Principi, regole e sistema, Sezione monografie 3, Torino, Giappichelli, 2013.
- MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?", *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 605 ss.
- MOSCATI, E., "Note minime su pena e colpa nel diritto privato", *Giustizia Civile*, n.° 3, 2016, 547-70.
- MULLER, C., "Enfermer les femmes et les enfants ? Le droit de correction, réflexions historiographiques", *Acquis de conscience*, 2018, <https://consciences.hypotheses.org/1376>.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., "El reconocimiento de complacencia ante notario", *Revista de Derecho Civil* 4, n.° 4, 2017, 237-64.
- MURGO, C., "La misura patrimoniale dell'assegno", in M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 203-22. Padova, Cedam, 2009.
- NATALI, L. C., "Gli abusi familiari nell'ordinamento francese", in M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 319-70, Padova, Cedam, 2009.
- NAVARRETTA, E., "Diritti inviolabili e responsabilità civile", in *Enciclopedia del Diritto*, 343-77, Annali, Giuffrè, 2014.
- NAVARRETTA, E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Studi di diritto privato 3, Torino, Giappichelli, 1996.
- NAVARRETTA, E. (ed.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milano, 2004.
- NAVARRETTA, E., "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", in Id. (ed.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, 3-57, Milano, Giuffrè, 2004.

- NAVARRETTA, E., "Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2001, DeJure.
- NAVARRETTA, E., "Il danno non patrimoniale", en S. Patti y S. D. Monache (eds.), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 1-49, Trattati brevi. Torino, UTET Giuridica, 2010.
- NAVARRETTA, E. (ed.), *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2010.
- NAZZARO, A. C., "Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra 'familiari'", *Giustizia Civile*, n.º 4, 2016, 827-47.
- NICOLA, F., "Intimate Liability: Emotional Harm, Family Law, and Stereotyped Narratives of Interspousal Torts", *Digital Commons @ American University Washington College of Law*, 2013, http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=facsch_lawrev
- NICOLUSSI, A., "Obblighi familiari di protezione e responsabilità civile", *Persona e danno*, 2009, <http://www.personaedanno.it/risarcimento-reintegrazione/obblighi-familiari-di-protezione-e-responsabilita-civile-andrea-nicolussi>
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- NOVALES ALQUÉZAR, M. de A., "Amor y derecho: matrimonio y responsabilidad civil", *Anales de la Real Academia de Doctores de España* 16, n.º 1, 2012, 129-43.
- NOVALES ALQUÉZAR, M. de A., "Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges", *Revista Jurídica del Notariado* 60, 2006, 197-218.
- NOVALES ALQUÉZAR, M. de A., "La compensación económica como derecho de familia matrimonial: ¿cuál es el objeto de la compensación?", *Revista Chilena de Derecho de Familia* 1, 2009, 35-72.

- OBERTO, G., *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Familia, Quaderni 8, Milano, Giuffrè, 2006.
- OBERTO, G., "Riflessioni sulla riforma in materia di affidamento condiviso (traccia ipertestuale di una relazione)", 2006, <http://www.giacomooberto.com/affidamentocondiviso/affidamentocondiviso.htm>
- OBSERVATORIO DEL BIENESTAR DE LA NIÑEZ, *Embarazo en adolescentes. Generalidades y percepciones*, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid), 2015, <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/embarazo-adolescente-web2015.pdf>
- ODDONE, C., "'Tutti gli uomini lo fanno'. Il ruolo della violenza nella costruzione sociale della mascolinità: il punto di vista dei maltrattanti", *AG About Gender - Rivista internazionale di studi di genere* 6, n.° 11, 2017, 74-97.
- ODERKERK, M., "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research", *Netherlands International Law Review* 48, n.° 3, 2001, 293-318, <https://doi.org/10.1017/S0165070X00001340>
- ODERKERK, M., "The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research - Sense and Nonsense of 'Methodological Pluralism' in Comparative Law", *Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht* 79, n.° 3, 2015, 589-623, <https://doi.org/10.1628/003372515X14339403063927>
- OLIVEIRA, O. M. P. DE y J. F. S. MONTEIRO, "Responsabilidade Civil e Débito Conjugal: Breve Análise do Dano Imaterial pela Quebra do Dever Sexual no Direito Português e Brasileiro", *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado* 13, n.° 1, 2013, <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2331>

- OLORTEGUI DELGADO, R. I., "Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial", tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010, <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/193>
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Educación en Colombia. Revisión de políticas nacionales de educación*, traducido por Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, Ministerio de Educación Nacional, 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>
- ORTELL RAMOS, M., "La ejecución forzosa civil. Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede hacerlo o debe hacerlo y cómo", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 12, n.º 22, 2013, 109-25.
- PADILLA, J., N. RUEDA y M. ZAFRA SIERRA, "Labor creadora de la jurisprudencia de la 'Corte de Oro'. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas", *Revista de Derecho Privado* 26, 2014, 105-56.
- PÁEZ RAMÍREZ, M., "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 31, 2014, 231-57.
- PALADINI, M., "Abusi familiari (diritto civile) - b) Contenuto dell'ordine di protezione", en *Enciclopedia del Diritto*, 9-21, *Annali*, VII, Milano, Giuffrè, 2014.
- PALADINI, M. "La responsabilidad civil en la familia: ¿hacia los daños punitivos?", *IUSTA* 1, n.º 36, 2012, 143-53.

- PALADINI, M., "Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*", *Famiglia e diritto* 8-9, 2012, 853-59.
- PALAZZOLO, G., "Verità dello status e verità degli affetti tra sanzione penale e risarcimento del danno", *Vita notarile* 64, n.° 3, 2012, 1503-8.
- PANTALEÓN, F., "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.° 4, 2000, 167-91.
- PARADISO, M., "Famiglia e responsabilità civile endofamiliare", *Famiglia, Persone e Successioni*, n.° 1, 2011, 14 ss.
- PARADISO, M., "L'unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente", in C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 27-33, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- PARENT, C., *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, <http://site.ebrary.com/id/10316165>
- PARINI, G. A., "La responsabilità civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli", tesi de doctorado, Università degli Studi di Padova, 2010, <http://padua-research.cab.unipd.it/2553/1/GiorgiaParinitiesidottorato.pdf>
- PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de familia*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2018.
- PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Sassari, Serie giuridica, n.° 2. Milano, Giuffrè, 1984.
- PATTI, S., "Riflessioni conclusive", in C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 1211-17, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

- PATTI, S. y S. D. MONACHE (eds.), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, Trattati brevi, Torino, UTET Giuridica, 2010.
- PATTI, S., *Famiglia e responsabilità civile*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Sassari, Serie giuridica, n.º 2. Milano, A. Giuffrè, 1984.
- PECORELLA, C., "Filiazione (parte storica)", en *Enciclopedia del Diritto* XVII, Milano, Giuffrè, 1968.
- PECORELLA, G., "Famiglia (delitti contro la)", en *Enciclopedia del Diritto* XVI, 790 ss., Milano, Giuffrè, 1967.
- PEREYRA, A., "La fragmentación de la oferta educativa en América Latina: la educación pública vs. la educación privada", *Perfiles educativos* 30, n.º 120, 2008, 132-46.
- PERRY, T. L., "No-Fault Divorce and Liability without Fault: Can Family Law Learn from Torts", *Ohio State Law Journal* 52, 1991, 55.
- PETRUCCI, A., *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015.
- PIGNOTTI, M. S., "Parental Alienation Diagnosis. A Modern and Effective Subtype of Domestic Violence, Endemic in Italian Courts", *Italian Journal of Pediatrics* 40, n.º Suppl 1, 2014, A34, <https://doi.org/10.1186/1824-7288-40-S1-A34>
- PIÑACUÉ ACHICUÉ, J. E., "Ponencia para primer debate en Senado al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 294 de 1996", *Gaceta del Congreso*, 7 de octubre de 1998.
- PIÑACUÉ ACHICUÉ, J. E., "Ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 294 de 1996", *Gaceta del Congreso*, 24 de noviembre de 1998.

- PISAPIA, G. D., "Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina", en *Novissimo Digesto Italiano*, I, 98 ss. Torino, UTET, 1957.
- PONS, S., *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil*. Centre Pierre Kayser, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- PONZANELLI, G., "Danni Punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniera?", *Jus Civile* 1, 2018, 42-46, http://www.juscivile.it/contributi/2018/05_Ponzanelli.pdf
- PONZANELLI, G., "L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 22, n.° 2, 2006, 293-98.
- PRACHER, M., "The Marital Rape Exemption: A Violation of a Woman's Right of Privacy", *Golden Gate University Law Review* 11, n.° 3, 1981, 717-57.
- PUGLIATTI, S., "Autoresponsabilità", en *Enciclopedia del Diritto* IV, Milano, Giuffrè, 1959.
- PUGLIATTI, S., "Diritto pubblico e diritto privato", en *Enciclopedia del Diritto* XII, 696 ss., Milano, Giuffrè, 1964.
- PUGLIESE, C. B., "I soggetti degli ordini di protezione", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 1-70, Padova, Cedam, 2009.
- PUPOLIZIO, I., *La mediazione familiare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2007.
- PUPOLIZIO, I., "Per un modello teorico della 'grande dicotomia' tra diritto pubblico e diritto privato", *Materiali per una storia della cultura giuridica* XLIII, n.° 2, 2013, 343-69.
- RAMACCIONI, G., "Responsabilità civile e famiglia... un 'idillio' che continua", *Danno e Responsabilità*, n.° 8-9, 2005, 851-62.

- RAWLS, J., *La justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. traducido por M. Angel Rodilla, 3.^a ed., Filosofía y ensayo, Madrid, Tecnos, 2013.
- RAZ, J., *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*, 2.nd ed., Oxford y New York, Clarendon Press y Oxford University Press, 1980.
- RENDA, A., “Abusi familiari (diritto civile) - a) Profili soggettivi e oggettivi”, en *Enciclopedia del Diritto*, 1-9. Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014.
- RENDA, A., “L’abuso familiare”, en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, 71-144, Padova, Cedam, 2009.
- RENDA, A., “L’accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione”, *Famiglia e diritto* 11, n.º 5, 2004, 510-27.
- RESCIGNO, P., “Immunità e privilegio”, *Rivista di Diritto Civile* I, 1961, 415-45.
- RESCIGNO, P., “*In pari causa turpitudinis*”, *Rivista di diritto civile* 12, 1966, 1-57.
- RESCIGNO, P., “Obbligazioni (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del Diritto* XXIX, Milano, Giuffrè, 1979.
- RESCIGNO, P., G. RESTA y A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione, Il diritto che cambia*, Bologna, Il Mulino, 2017.
- RESTREPO, L. A. y S. RAMÍREZ, “Colombia: sorpresas y sobresaltos de la paz”, *Nueva Sociedad. Democracia y Política en América Latina*, n.º 266, 2016, <http://nuso.org/articulo/colombia-sorpresas-y-sobresaltos-de-la-paz/>
- RESTREPO TAMAYO, J. C., “La teoría de la responsabilidad como imperativo ético. Hans Jonas y el principio axiológico para

- la tecnociencia”, *Escritos. Universidad Pontificia Bolivariana* 19, n.º 42, 2011, 79-121.
- REY ANACONA, C. A. y J. A. MARTÍNEZ GÓMEZ, *Violencia en el noviazgo: evaluación, prevención e intervención de los malos tratos en parejas jóvenes*, Bogotá, El Manual Moderno, 2018.
- RIEDER, T. N., *Toward a Small Family Ethic. How Overpopulation and Climate Change are Affecting the Morality of Procreation*, New York, NY, Springer, 2016.
- RIPERT, G., *La regla moral en las obligaciones civiles*, traducido por C. Valencia Estrada, Bogotá, La Gran Colombia, 1996.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3, 2005, 1049-1114.
- ROBINSON, A. L., “Reducing Repeat Victimization Among High-Risk Victims of Domestic Violence: The Benefits of a Coordinated Community Response in Cardiff, Wales”, *Violence Against Women* 12, n.º 8, 2006, 761-88. <https://doi.org/10.1177/1077801206291477>
- RODOTÀ, S., *Diritto d'amore*. Roma, Laterza, 2015.
- RODOTÀ, S., “La riforma del diritto di famiglia”, en ID. (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, 2.ª ed., 175-88, Bologna, Il Mulino, 1977.
- RODOTÀ, S., *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*, Madrid, Trotta, 2010.
- RODOTÀ, S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2009.
- RODOTÀ, S., *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Robinson, Letture, Roma, Laterza, 2014.

- RODRÍGUEZ CELY, L. A., A. PADILLA VILLARRAGA, L. S. RODRÍGUEZ, y F. DÍAZ COLORADO, "Análisis de la justicia restaurativa para atender casos de violencia intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (Cavif) de la Fiscalía General de la Nación, Colombia", *Revista Diversitas - Perspectivas en Psicología* 6, n.º 2, 2010, 355-73.
- RODRÍGUEZ GÁZQUEZ, M. A., "Factores de riesgo para embarazo adolescente", *Medicina U.P.B.* 27, n.º 1, 2008, 47-58.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en J. R. De Verda y Beamonte (eds.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, 363-434, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* 28, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Monografías, Cizur Menor, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2009.
- RODRÍGUEZ, L., A. PADILLA, L. S. RODRÍGUEZ y F. DÍAZ, "Criterios para el Diseño de un Programa Piloto de Justicia Restaurativa Orientado a la Atención de Casos de Violencia Intrafamiliar en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (Cavif) de la Fiscalía General de la Nación en la Ciudad de Bogotá (Colombia)", *Anuario de Psicología Jurídica* 20, 2010, 71-82, <https://doi.org/10.5093/jr2010v20a7>
- RODRÍGUEZ PINTO, M. S., "Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos", *Ius et Praxis* 16, n.º 1, 2010, 55-84.
- ROMERO COLOMA, A. M., *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009.
- ROMERO MENDOZA, V. M. y J. AMAR AMAR, "Modelo de atención integral a mujeres, niñas y niños víctimas de violencia intra-

familiar llevado a cabo en centros de atención de la ciudad de Barranquilla (Colombia)", *Investigación y Desarrollo* 17, n.º 1, 2009, 26-61.

ROSS, A., *On Law and Justice*, Clark, N.J, Lawbook Exchange, 2004.

ROSSO ELORRIAGA, G. F., *Los límites de la responsabilidad objetiva: análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Doctrina Jurídica 779, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

RUBIO-MARÍN, R., "I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato", en G. A. Benacchio y M. Graziadei (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, 161-86, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 24, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

RUEDA FONSECA, M. del S., *La reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial*, Biblioteca jurídica uniandina, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

RUEDA, N., "Corrección del registro civil por 'cambio de sexo'. A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?", *Revista de Derecho Privado* 30, 2016, 389-403.

RUEDA, N., *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, tesis de grado 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

RUEDA, N., "La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarrible en Colombia", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 48, n.º 128, 2018.

SACCO, R. y P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, San Mauro Torinese, UTET, 2015.

- SACCOCCIO, A., "Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla *obligatio ex lege*", *Roma e America* 35, 2014, 3-40.
- SAINT-JOSEPH, A., *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris - Leipzig, Charles Hingray, Brockhaus et avenarius, 1840.
- SALANITRO, U., "*Favor minoris*, impugnazione del riconoscimento e maternità surrogata. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata", *Giustizia civile*, 2018, <https://giustiziacivile.com/famiglia-e-succezioni/editoriali/favor-minoris-impugnazione-del-riconoscimento-e-maternita>
- SALDARRIAGA, D. C. y N. ÁLVAREZ CADAVID, *Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Implementación de la Ley 1257 de 2008*, Medellín, Ediciones Unaula, 2019.
- SALLER, R. P., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge Studies in Population, Economy and Society in Past Time 25, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *Violencia de género en España, Francia, Reino Unido e Italia: ¿un concepto global?*, Madrid, Dykinson, 2015.
- SAMPEDRO ARRUBLA, J. A., "El proceso penal como encuentro víctima-victimario: reflexión en torno al espacio judicial como escenario de encuentro hacia la reconciliación", *Revista de Victimología*, n.º 3, 2016, 121-36.
- SAMPEDRO ARRUBLA, J. A., "Las víctimas del delito en los tiempos del olvido. Una reflexión desde la victimología en torno a la reforma al sistema penal en Colombia", *Revista de Derecho*, n.º 9, 2004, 105-34.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C., "De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano", *Revista de Derecho Privado* 30, 2016, 287-335. <https://doi.org/10.18601/01234366.n30.10>

- SÁNCHEZ-MEJÍA, A. L., "Agendas en competencia para abordar la violencia intrafamiliar: justicia restaurativa vs. punitivismo", *Vniversitas* 133, 2016, 423-82.
- SANDEL, M., *Giustizia. Il nostro bene comune*, traducido por T. Gargiulo, Milano, Feltrinelli, 2010.
- SANDOVAL GARRIDO, D. A., "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", *Revista de Derecho Privado* 25, 2013, 235-71.
- SANFORD, V., "Personal Torts within the Family", *Vanderbilt Law Review* 9, 1956, 823.
- SARACENO, C., *Coppie e famiglie: non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2016.
- SARMIENTO ÁLVAREZ, B. X., "Desplazamiento forzado interno en Colombia, niñez y derechos fundamentales: el enfoque diferencial etario", tesis de doctorado, Università degli Studi di Camerino, 2015.
- SAVIGNY, F. K. VON, *Sistema del diritto romano attuale*, traducido por V. Scialoja, vol. I, Torino, UTET, 1886.
- SCHEPARD, A., "Divorce, Interspousal Torts, and Res Judicata", *Family Law Quarterly* 24, n.º 2, 1990, 127-55.
- SCHIPANI, S., "De la Ley Aquilia a Digesto 9: perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual", *Revista de Derecho Privado* 12-13, 2007, 263-88.
- SCHIPANI, S., "Il modello giuridico -scientifico e legislativo- italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema", en S. Lanni y P. Sirena (eds.), *Il modello giuridico -scientifico e legislativo- italiano fuori dell'Europa*, 339-76, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Siena, 20-21-22 settembre 2012, Siena, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

- SCHLESINGER, P., "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconveniente di rilievo", *Corriere Giuridico* 23, n.° 3, 2006, 301-5.
- SCHMOECKEL, M., "Christian Influence on Modern Family Law", en M. G. di Renzo Villata (ed.), *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, 1-19, *Studies in the History of Law and Justice* 5, New York, NY, Springer Berlin Heidelberg, 2016.
- SCHRAMA, W. M., "Family Function over Family Form in the Law on Parentage? The Legal Position of Children Born in Informal Relationships", *Utrecht Law Review* 4, n.° 2, 2008, 83-98.
- SCHRAMA, W. M., "The Dutch Approach to Informal Lifestyles: Family Function Over Family Form?", *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, n.° 3, 2008, 311-32 <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebn010>
- SCHULTZ, M. M., "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy", *California Law Review* 70, 1982, 204.
- SCHUZ, R. y B. SHMUELI, "Between Tort Law, Contract Law, and Child Law: How to compensate the Left-behind Parent in International Child Abduction Cases", *Columbia Journal of Gender and Law* 23, n.° 1, 2012, 65-131.
- SCOTTI, A., *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Studi di diritto privato 38, Torino, Giappichelli, 2010.
- SEARLE, J. R., *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SEARLE, J. R., *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi, 2011.
- SEFTON GREEN, R., "Compare and Contrast: Monstre à deux têtes", *Revue internationale de droit comparé* 54, n.° 1, 2002, 85-95. <https://doi.org/10.3406/ridc.2002.17849>

- SEGURA, C., M. J. GIL y M. A. SEPÚLVEDA, "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, n.º 43-44, 2006, 117-28.
- SENIGAGLIA, R., "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa e Diritto Privato*, n.º 3, 2017, 953-1011.
- SESTA, M., "Filiazione (diritto civile)", en *Enciclopedia del Diritto* VIII, 445-79, Annali, Milano, Giuffrè, 2015.
- SESTA, M., "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017.
- SESTA, M. (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Nuova giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Torino, UTET, 2008.
- SESTA, M., "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, n.º 3, 2013, 231-41.
- SESTA, M., *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2013.
- SESTA, M., "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista di Diritto Civile* 60, n.º 1, 2014, 1-34.
- SESTA, M. y A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, vol. III, Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia, Milano, Giuffrè, 2016.
- SHMUELI, B., "Tort Litigation Between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle", *Harvard Negotiation Law Review* 15, 2010, 195-259.
- SHMUELI, B., "Tort Litigation Between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle", *Harvard Negotiation Law Review* 15, 2010, 195-259.
- SHMUELI, B., "What Have Calabresi and Melamed Got to do with Family Affairs? Women Using Tort Law in Order to Defeat

Jewish and Shari'a Law", *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice* 25, n.° 1, 2009, 125-71.

SIEGEL, L. W., "The Marital Rape Exemption: Evolution to Extinction", *Cleveland State Law Review* 43, 1995, 351-78.

SIRENA, P., "Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 119-27, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

SORDI, B. "Verso la grande dicotomia: il percorso italiano", en G. A. Benacchio y M. Graziadei (eds.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, 3-19, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 24, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

SOSA, G. L., "Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios", 2012, <http://thomsonreuterslatam.com/2012/02/01/derecho-de-familia-y-responsabilidad-civil-novedades-nacionales-y-extranjeras-y-una-dificil-compatibilizacion-de-principios/>

SPAZIANI, P., "Il diritto all'assistenza morale (art. 315 bis c.c., come inserito dall'art. 1, comma 8, della L. N. 219/2012)", en C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 67-94, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

SPECTOR, R. G., "Marital Torts: The Current Legal Landscape", *Family Law Quarterly* 33, n.° 3, 1999, 745-63.

SPOTO, G., "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Diritto di famiglia e delle persone* 39, n.° 2, 2010, 910-30.

STANZIONE, M. G., *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010.

- STANZIONE, M. G., "Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata* 29, n.º 4, 2013, 352-58.
- STANZIONE, P., "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1980, 446-82.
- STERN, C., "El embarazo en la adolescencia como problema público: una visión crítica", *Salud Pública de México* 39, n.º 2, 1997, 137-47.
- STERN, C., "Estereotipos de género, relaciones sexuales y embarazo adolescente en las vidas de jóvenes de diferentes contextos socioculturales en México", *Estudios Sociológicos* 25, n.º 73, 2007, 105-29.
- STERN, C., "Vulnerabilidad social y embarazo adolescente en México", *Papeles de Población* 10, n.º 39, 2004, 129-58.
- STOEVER, J. K., "Enjoining Abuse: The Case for Indefinite Domestic Violence Protection Orders", *Vanderbilt Law Review* 67, n.º 4, 2014, 1015-98.
- STRAUS, M. A. y D. A. DONNELLY, *Beating the Devil Out of Them: Corporal Punishment in American Families and Its Effects on Children*, New Brunswick, N.J, Transaction, 2001.
- SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de familia. Filiación. Régimen de los incapaces*, vol. II, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2014.
- SZMUCH, M. G., "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia", *Revista del Notariado* (blog), 2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/11/sobre-algunos-aspectos-de-la-union-convivencial-la-proteccion-de-la-vivienda-y-los-pactos-de-convivencia/>
- THÉRY, I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée: rapport à la ministre de*

l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice, Odile Jacob, 1998.

THÉRY, I., "Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?", *Esprit* (1940-), vol. 180, n.° 3/4, 1992, 5-30.

THIENE, A., "Figli, finzioni e responsabilità civile", *Famiglia e diritto*, n.° 3, 2016, 238-49.

THOMPSON, S., "Was Ancient Rome a Dead Wives Society? What did the Roman Paterfamilias get away with?", *Journal of Family History* 31, n.° 1, 2006, 3-27.

THUESON, S. D., "Civil Domestic Violence Protection Orders in Wyoming: Do They Protect Victims of Domestic Violence", *Wyoming Law Review*, n.° 4, 2004, 271-310.

TOCQUEVILLE, A. DE, *La democrazia en América*, E. Nolla (ed.), 2.^a ed., Madrid, Trotta, 2018.

TOCQUEVILLE, A. DE, *La democrazia in America*, G. Candeloro (ed.), Milano, Rizzoli, 2011.

TOLMAN, R. M., "The Development of a Measure of Psychological Maltreatment of Women by Their Male Partners", *Violence and Victims* 4, n.° 3, 1989, 159-77.

TOLMAN, R. M., "The Validation of the Psychological Maltreatment of Women Inventory", en K. D. O'Leary y R. D Maiuro (eds.), *Psychological Abuse in Violent Domestic Relations*, 47-60, New York, Springer Pub. Co., 2004, <http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=423397>

TOMASI, M., "Towards an Emerging Notion of European *ordre public*: A Comment on The Case-Law about International Surrogacy in Europe", en R. Toniatti y D. Strazzari (eds.), *Legal Pluralism in Europe and the ordre public Exception: Normative and Judicial Perspectives*, 83-105. Jurisdiction and Pluralisms, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

- TONDI DELLA MURA, V., "Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia", in M. Gorgoni (ed.), *Modelli familiari tra diritti e servizi*, 313-58. Napoli, Jovene, 2005.
- TOPLIFFE, E., "Why Civil Protection Orders are Effective Remedies for Domestic Violence but Mutual Protective Orders are Not", *Indiana Law Journal* 67, n.° 4, 1992, 1039-66.
- TORINO, R., "La responsabilità endo-familiare in Francia", in R. Torino (ed.), *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, 121-30. Familia, Quaderni 10, Milano, Giuffrè, 2006.
- TORRES MALDONADO, M. A. (ed.), *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.
- TROIANO, S., "Le innovazioni alla disciplina del riconoscimento del figlio (art. 250, come modificato dall'art. 1, comma 2°, L.N. 219/12)", in C. M. Bianca (ed.), *La riforma della filiazione*, 184-230, Lavis, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
- UBALDI, P., "Il riconoscimento del figlio naturale", in G. Collura, L. Lenti y M. Mantovani (eds.), *Filiazione*, 330-72, Trattato di diritto di famiglia, Milano, Giuffrè, 2012.
- VALLINI, A., "L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, 473-90.
- VAN HOECKE, M., "Methodology of Comparative Legal Research", *Law and Method*, 2015, 1-35, <https://doi.org/10.5553/REM/.000010>
- VAN HOOFT, S., "Ricoeur on Responsibility", *Borderlands ejournal* 3, n.° 1, 2004, 1-8.
- VANNI, I., *Lezioni di filosofia del diritto*, 4.^a ed., Bologna, Zanichelli, 1920.

- VILLA, G., "Potestà dei genitori e rapporti con i figli", en Bonilini y Cattaneo (eds.), *Il diritto di famiglia III: Filiazione e adozione*, Torino, UTET, 1997, 301-62.
- VIRGADAMO, P., *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, Collana di scienze giuridiche e sociali, Sez. Ricerca, Lumsa Università 6, Torino, Giappichelli, 2014.
- VIRGILIO, M., "Sistemi penali comparati. Violenza in ambito domestico e familiare (Italia)", *Revista Penal*, n.º 10, 2002, 212-15.
- VIVAS TESÓN, I., "Daños en las relaciones familiares", en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, xv Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, 333-42, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011.
- VIVAS TESÓN, I., "La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares", *Revista de Derecho Patrimonial* 26, 2011, 335-47.
- VIVES PÉREZ, J. J., J. Y. BAZÁN y M. A. PAREDES, "Ponencia para primer debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996", *Gaceta del Congreso*, 9 de junio de 1999.
- VIVES PÉREZ, J. J., M. A. PAREDES y A. PINTO AFANADOR, "Ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes al proyecto de ley 57 de 1998 Senado, 167 de 1998 Cámara, mediante la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996", *Gaceta del Congreso*, 26 de octubre de 1999.
- VLAARDINGERBROEK, P., "Fatherhood and The Law in a Modern Society. The Legal Role of The Father in The Netherlands. Working Paper for the Conference on Changing Fatherhood, Tilburg University, The Netherlands", 1994. <https://pure.uvt.nl/portal/files/1186319/VP5621398.pdf>
- VOLTERRA, E., "Famiglia (dir. rom.)", en *Enciclopedia del Diritto* xvi, 781 ss. Milano, Giuffrè, 1967.

- VONK, M., *Children and Their Parents: A Comparative Study of The Legal Position of Children with Regard to Their Intentional and Biological Parents in English and Dutch Law*, European Family Law Series 20, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2007.
- VONK, M., "Towards a New Concept of Parenthood: Procreational Responsibility", en *European Challenges in Contemporary Family Law* 19, 131-55. Antwerp, Intersentia, 2008.
- WALBY, S. y J. ALLEN, *Domestic Violence, Sexual Assault and Stalking: Findings from The British Crime Survey*, Home Office Research Study 276, London, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 2004.
- WEST, R., "Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment", *Florida Law Review* 42, 1990, 45-79.
- WIEGERS, W., "Fatherhood and Misattributed Genetic Paternity in Family Law", *Queen's Law Journal* 36, 2011, 623-71.
- WILLS, D., "Domestic Violence: The Case for Aggressive Prosecution", *UCLA Women's Law Journal* 7, n.º 2, 1997, 173-82.
- WILSON, R. F., "Beyond the Bounds of Decency: Why Fault Continues to Matter to (Some) Wronged Spouses", *Washington and Lee Law Review* 66, 2009, 503.
- WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, traducido por A. García Suárez y C. U. Moulines, México y Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas, y Crítica, 2008.
- WRIGGINS, J., "Interspousal Tort Immunity and Insurance 'Family Member Exclusions' - Shared Assumptions, Relational and Liberal Feminist Challenges", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2002, <http://papers.ssrn.com/abstract=1584718>
- WÜNSCH, S., "Gli abusi familiari nell'ordinamento tedesco", en M. Paladini (ed.), *Gli abusi familiari: misure personali e patrimoniali*

di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato, 371-90, Padova, Cedam, 2009.

ZANETTI VITALI, E., *Il Codice civile: commentario. La separazione personale dei coniugi [Artt. 150/158]*, F. D. Busnelli (ed.), Milano, Giuffrè, 2006.

ZINI HARAMBOURE, P. E., “De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP 12, n.º 45, 2015, 340-58.

ZIVIZ, P., “E poi non rimane nessuno”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 68, n.º 3, 2003, 703-15.

JURISPRUDENCIA ITALIANA

Corte costituzionale

Corte Const., 2 de mayo de 1985, n.º 134

Corte Const., 30 de diciembre de 1987, n.º 625

Corte Const., 18 de abril de 1991, n.º 158

Corte Const., 3 de febrero de 1994, n.º 13

Corte Const., 22 de abril de 1997, n.º 112

Corte Const., 22-26 de septiembre de 1998, n.º 347

Corte Const., 24 de junio de 2002

Corte Const., 11 de julio de 2003, n.º 233

Corte Const., 8 de mayo de 2009, n.º 151

Corte Const., 12 de enero de 2012, n.º 7

Corte Const., 11 de noviembre de 2015, n.º 229

Corte Const., 21 de septiembre - 10 de noviembre de 2016, n.º 236

Corte di Cassazione

Cas. civ., 16 de julio de 1956, n.º 2721

Cas. civ., 19 de junio de 1975, n.º 2468

Cas. civ., 29 de diciembre de 1990, n.º 12212

Cas. civ., 24 de mayo de 1991, n.º 5886

Cas. civ., 3 de julio de 1991, n.º 7295

- Cas. civ., 11 de diciembre de 1992, n.º 13126
Cas. civ., 23 de enero de 1993, n.º 971
Cas. civ., 22 de marzo de 1993, n.º 3367
Cas. civ., 6 de abril de 1993, n.º 4108
Cas. civ., 17 de septiembre de 1993, n.º 9578
Cas. civ., 24 de marzo de 1994, n.º 2907
Cas. civ., 23 de marzo de 1995, n.º 3402
Cas. civ., 26 de mayo de 1995, n.º 5866
Cas. civ., 23 de enero de 1996, n.º 496
Cas. civ., 2 de septiembre de 1996, n.º 7990
Cas. civ., 5 de diciembre de 1996, n.º 10849
Cas. civ., 4 de marzo de 1998, n.º 2392
Cas. civ., 7 de mayo de 1998, n.º 4616
Cas. civ., 25 de septiembre de 1998, n.º 9606
Cas. civ., 16 de marzo de 1999, n.º 2315
Cas. civ., 4 de septiembre de 1999, n.º 9386
Cas. civ., secc. I, 27 de octubre de 1999, n.º 12077
Cas. civ., 7 de junio de 2000, n.º 7713
Cas. civ., 22 de noviembre de 2000, n.º 15063
Cas. civ., 3 de abril de 2002, n.º 4765
Cas. civ., 12 de diciembre de 2002, n.º 17717
Cas. civ., 14 de mayo de 2003, n.º 7386
Cas. civ., 22 de mayo de 2003, n.º 8037
Cas. civ., 31 de mayo de 2003, n.º 8827
Cas. civ., 31 de mayo de 2003, n.º 8828
Cas. civ., 16 de octubre de 2003, n.º 15481
Cas. civ., 26 de mayo de 2004, n.º 10124
Cas. civ., 30 de agosto de 2004, n.º 17402
Cas. civ., secc. I, 5 de enero de 2005, n.º 208
Cas. civ., 18 de enero de 2005, n.º 951
Cas. civ., 15 de abril de 2005, n.º 7924
Cas. civ., 14 de mayo de 2005, n.º 10126
Cas. civ., 3 de noviembre de 2005, n.º 21287
Cas. civ., 20 de mayo de 2006, n.º 11891
Cas. civ., 2 de febrero de 2006, n.º 2328
Cas. civ., 7 de abril de 2006, n.º 8221
Cas. civ., 12 de mayo de 2006, n.º 11019
Cas. civ., 11 de julio de 2006, n.º 15756
Cas. civ., 18 de agosto de 2006, n.º 18187

- Cas. civ., 3 de noviembre de 2006, n.º 23596
Cas. civ., 11 de enero de 2007, n.º 407
Cas. civ., 19 de enero de 2007, n.º 1183
Cas. civ., 21 de febrero de 2007, n.º 4102
Cas. civ., 18 de diciembre de 2007, 26667
Cas. civ., 28 de agosto de 2008, n.º 21773
Cas. civ., 24 de septiembre de 2008, n.º 24018
Cas. civ., 25 de febrero de 2009, n.º 4588
Cas. civ., 6 de noviembre de 2009, n.º 23630
Cas. civ., secc. III, 13 de noviembre de 2009, n.º 24030
Cas. civ., 18 de septiembre de 2009, n.º 20106
Cas. civ., 17 de diciembre de 2009, n.º 26587
Cas. civ., 19 de abril 2010, 9300
Cas. civ., 30 de julio de 2010 n.º 17914
Cas. civ., 4 de noviembre de 2010, n.º 22506
Cas. civ., 3 de enero de 2011, n.º 18
Cas. civ., 26 de enero de 2011, n.º 1830
Cas. civ., 11 de agosto de 2011, n.º 17191
Cas. civ., 30 de septiembre de 2011, n.º 20075
Cas. civ., 20 de diciembre de 2011, n.º 27653
Cas. civ., secc. VI, 17 de enero de 2012, n.º 610
Cas. civ., 8 de febrero de 2012, n.º 1781
Cas. civ., 22 de marzo de 2012, n.º 4555
Cas. civ., 10 de abril de 2012, n.º 5652
Cas. civ., secc. I, 10 de abril de 2012, n.º 5653
Cas. civ., 12 de mayo de 2012, n.º 9632
Cas. civ., 2 de diciembre de 2012, n.º 24562
Cas. civ., 8 de marzo de 2013, n.º 5847
Cas. civ., 20 de marzo de 2013, n.º 7041
Cas. civ., 8 de agosto de 2013, n.º 18974
Cas. civ., 29 de octubre de 2013, n.º 24424
Cas. civ., 22 de noviembre de 2013, n.º 26205
Cas. civ., 6 de diciembre de 2013, n.º 27377
Cas. civ., 27 de enero de 2014, n.º 1585
Cas. civ., 22 de julio de 2014, n.º 16657
Cas. civ., 20 de agosto de 2014, n.º 18076
Cas. civ., 16 de febrero de 2015, n.º 3070
Cas. civ., 16 de febrero de 2015, n.º 3079
Cas. civ., 23 de marzo de 2015, n.º 6136

Cas. civ., 12 de mayo de 2015, n.º 9632
Cas. civ., 19 de junio de 2015, n.º 12717
Cas. civ., secc. I, 31 de julio de 2015, n.º 16222
Cas. civ., 1 de febrero de 2016, n.º 1858
Cas. civ., 3 de enero de 2017, n.º 27
Cas. civ., secc. I, 22 de junio de 2017, n.º 15482
Cas. civ., secc. VI, 07 de diciembre de 2017, n.º 29492
Cas. civ., ord. 18 de diciembre de 2017, n.º 30294
Cas. civ., 20 de diciembre de 2017, n.º 30540
Cas. civ., 1 de marzo de 2018, n.º 4802
Cas. civ., 1 de marzo de 2018, n.º 4811
Cas. civ., secc. III, 27 de mayo de 2019, n.º 14382

Secc. Unidas, 22 de julio de 1999, n.º 500
Secc. Unidas, 26 de febrero de 2008, n.º 8413
Secc. Unidas, 11 de noviembre de 2008, n.º 26972
Secc. Unidas, 21 de octubre de 2009, n.º 22238
Secc. Unidas, 5 de julio de 2017, n.º 16601

Cas. pen., 23 de enero de 1970
Cas. pen., secc. VI, 24 de julio de 2007, n.º 30151
Cas. pen., secc. VI, 23 de junio de 2008, n.º 25591
Cas. pen., secc. V, 2 de marzo de 2009, n.º 9276
Cas. pen., secc. VI, 27 de agosto de 2009, n.º 33492
Cas. pen., secc. VI, 28 de septiembre de 2009, n.º 38127
Cas. pen., secc. VI, 9 de noviembre de 2009, n.º 42631
Cas. pen., secc. VI, 12 de noviembre de 2009, n.º 43288
Cas. pen., secc. VI, 2 de febrero de 2010, n.º 4395
Cas. pen., 5 de marzo de 2010, n.º 8998
Cas. pen., secc. VI, 20 de marzo de 2012, n.º 41040
Cas. pen., secc. V, 16 de febrero de 2016, n.º 7974
Cas. pen., secc. VI, 23 de junio de 2017, n.º 39411
Cas. pen., secc. VI, 14 de noviembre de 2017, n.º 51913
Cas. pen., secc. VI, 14 de marzo de 2018, n.º 11635

Cas. secc. lab. 15 de abril de 2013, n.º 9073

Sentencias de tribunales y cortes de apelación

Trib. Roma, 19 de abril de 1956
Trib. Macerata, 26 de marzo de 1988
Trib. Milano, 16 de mayo de 1988
Trib. Cremona, 17 de febrero de 1992
Trib. Torino, 31 de marzo de 1992
Trib. Ap. Palermo, 7 de marzo de 1995
Trib. Ap. Brescia, 14 de junio de 1995
Trib. Napoli, 2 de abril de 1997
Trib. Parma, 19 de mayo de 1999
Trib. Ap. Torino, 21 de febrero de 2000
Trib. Firenze, 13 de junio de 2000
Trib. Napoli, 28 de abril de 2000
Trib. Roma, 3 de mayo de 2000
Trib. Roma, 13 de junio de 2000
Trib. Como, 12 de octubre de 2001
Trib. Napoli, 1 de febrero de 2002
Trib. Firenze, dto. 15 de julio de 2002
Trib. Bari, 18 de julio de 2002
Trib. Milano, 24 de septiembre de 2002
Trib. Roma, 3 de enero de 2004
Trib. Ap. Bologna, 10 de febrero de 2004
Trib. Venezia, 30 de junio de 2004
Trib. Modena, 29 de julio de 2004
Trib. Monza, 5 de noviembre de 2004
Trib. Venezia, 13 de diciembre de 2004
Trib. Massa, 27 de enero de 2005
Trib. Bologna, 22 de marzo de 2005
Trib. Ap. Milano, 17 de junio de 2005
Trib. Modena, ord. 7 de abril de 2006
Trib. Ap. Milano, 12 de abril de 2006
Trib. Venezia, 18 de abril de 2006
Trib. Catania, ord. 11 de julio de 2006
Trib. Termini Imerese, 12 de julio de 2006
Trib. Monza, secc. iv, 13 de julio de 2006
Trib. Bologna, 27 de julio de 2006
Trib. Cagliari, 25 de agosto de 2006

Trib. Bologna, 2 de octubre de 2006
Trib. Napoli, 2 de noviembre de 2006
Trib. Milano, 21 de febrero de 2007
Trib. Vallo della Lucania, 7 de marzo de 2007
Trib. Messina, 20 de marzo de 2007
Trib. Messina, 5 de abril de 2007
Trib. Bologna, 10 de julio de 2007
Trib. Rovereto, 26 de julio de 2007
Trib. Palermo 2 de noviembre de 2007
Trib. Siena, 4 de diciembre de 2007
Trib. Bari 5 de marzo de 2008
Trib. Napoli, decr., 30 de abril de 2008
Trib. Modena, 21 de mayo de 2008
Trib. Civitavecchia, 19 de diciembre de 2008
Trib. Forlì, 13 de enero de 2009
Trib. Ap. Firenze, 13 de febrero de 2009
Trib. Civitavecchia, 23 de febrero de 2009
Trib. Palermo, 4 de marzo de 2009
Trib. Como, 10 de marzo de 2009
Trib. de menores Venezia, dcto. 6 de julio de 2009
Trib. Milano, secc. IX, 2 de febrero de 2010
Trib. Milano, secc. IX, 10 de febrero de 2010
Trib. Novara, 11 de febrero de 2010
Trib. Matera, 11 de febrero de 2010
Trib. Varese, 7 de mayo de 2010
Trib. Trento, 6 de octubre de 2010
Trib. di S. Angelo dei Lombardi, 26 de enero de 2011
Trib. Novara, 11 de febrero de 2011
Trib. Ap. Roma, 14 de junio de 2011
Trib. Lanciano, 29 de junio de 2011
Trib. Roma, 3 de septiembre de 2011
Trib. Ap. Bari, 29 de septiembre de 2011
Trib. Roma, 27 de octubre de 2011
Trib. Roma, 11 de enero de 2012
Trib. Ap. Trieste, 6 de febrero de 2012
Trib. Campobasso 8 de febrero de 2012
Trib. Ap. Brescia, 1 de marzo de 2012
Trib. Genova, 26 de abril de 2012
Trib. Vicenza 31 de mayo de 2012

Trib. Roma, 2 de agosto de 2012
Trib. Roma, 17 de octubre de 2012
Trib. Sulmona 26 de noviembre de 2012
Trib. Ap. Venezia, dcto. 2 de agosto de 2012
Trib. Vicenza, 2 de abril de 2013
Trib. Napoli, 11 de abril de 2013
Trib. Ap. Brescia, dcto. 3 de mayo de 2013
Trib. Ap. Milano, 22 de mayo de 2013
Trib. Ap. Napoli, 18 de julio de 2013
Trib. Roma, secc. I, 25 de noviembre de 2013
Trib. Torino, 10 de febrero de 2014
Trib. Roma 7 de marzo de 2014
Trib. Roma 1 de abril de 2014
Trib. Bologna, secc. I, 13 de mayo de 2014
Trib. Torino, 5 de junio de 2014
Trib. Milano, secc. IX, 16-23 de julio de 2014
Trib. Roma, ord. 8 de agosto de 2014
Trib. Salerno, secc. I, 31 de octubre de 2014, n.º 5138
Trib. Roma, 18 de noviembre de 2014
Trib. Bologna, 16 de diciembre de 2014
Trib. Roma, 23 de enero de 2015
Trib. Firenze, 2 de febrero de 2015
Trib. Milano, 15 de abril de 2015
Trib. Roma, ord. 22 de abril de 2015
Trib. Milano, 18 de mayo de 2015, n.º 6199
Trib. Firenze, 30 de julio de 2015
Trib. Milano, 29 de febrero de 2016, n.º 4169
Trib. Roma, 10 de mayo de 2016
Trib. Catania, secc. I., 20 de mayo de 2016
Trib. Milano, ord. 30 de julio de 2016
Trib. Milano, 5 de octubre de 2016
Trib. Trento, 14 de noviembre de 2016
Trib. Milano, 2 de febrero de 2017
Trib. Milano, 13 de marzo de 2017, n.º 2938
Trib. Roma, 19 de mayo de 2017
Trib. Roma, secc. I, 16 de junio de 2017
Trib. Cosenza, secc. II, 18 de octubre de 2017, n.º 2044
Trib. Matera, 6 de diciembre de 2017
Trib. Matera, 7 de diciembre de 2017, n.º 1370

Trib. Firenze, secc. I, 14 de febrero de 2018

Trib. Torino, 24 de abril de 2018, n.º 2000

Trib. Torino, 17 de julio de 2018, n.º 3690

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional

Sentencias de tutela

T-529 de 1992

T-290 de 1993

T-217 de 1994

T-278 de 1994

T-382 de 1994

T-552 de 1994

T-181 de 1995

T-378 de 1995

T-436 de 1995

T-557 de 1995

T-041 de 1996

T-474 de 1996

T-495 de 1997

T-153 de 1998

T-049 de 1999

T-586 de 1999

T-638 de 1999

T-715 de 1999

T-941 de 1999

T-893 de 2000

T-608 de 2001

T-789 de 2001

T-1342 de 2001

T-282 de 2002

T-288 de 2003

T-510 de 2003

T-997 de 2003

T-025 de 2004

T-133 de 2004

T-292 de 2004
T-411 de 2004
T-836 de 2004
T-497 de 2005
T-416 de 2006
T- 875 de 2007
T-192 de 2008
T- 209 de 2008
T-388 de 2009
T-572 de 2009
T-285 de 2010
T-671 de 2010
T- 888 de 2010
T-403 de 2011
T-502 de 2011
T-580A de 2011
T-844 de 2011
T-071 de 2012
T-352 de 2012
T-688 de 2012
T-689 de 2012
T-854 de 2012
T-160 de 2013
T-261 de 2013
T-388 de 2013
T-606 de 2013
T-434 de 2014
T-685 de 2014
T-836 de 2014
T-878 de 2014
T-070 de 2015
T-233 de 2015
T-012 de 2016
T-074 de 2016
SU-214 de 2016
T-354 de 2016
T-525 de 2016
T-145 de 2017
T-177 de 2017
T-207 de 2017

T-316 de 2017
T-281 de 2018
T-311 de 2018
SU-080 de 2020

Sentencias de constitucionalidad

C-224 de 1994
C-239 de 1994
C-371 de 1994
C-109 de 1995
C-114 de 1996
C-408 de 1996
C-285 de 1997
C-652 de 1997
C-004 de 1998
C-014 de 1998
C-273 de 1998
C-533 de 2000
C-143 de 2001
C-814 de 2001
C-893 de 2001
C-807 de 2002
C-1033 de 2002
C-482 de 2003
C-997 de 2004
C-059 de 2005
C-101 de 2005
C-451 de 2005
C-476 de 2005
C-674 de 2005
C-322 de 2006
C-355 de 2006
C-1003 de 2007
C-122 de 2008
C-145 de 2010
C-776 de 2010
C-577 de 2011
C-335 de 2013

C-239 de 2014
C-278 de 2014
C-368 de 2014
C-022 de 2015
C-258 de 2015
C-107 de 2017
C-110 de 2017
C-359 de 2017
C-131 de 2018
C-085 de 2019

Corte Suprema de Justicia

Cas. civ., 10 de julio de 1942
Cas. civ., 9 de junio de 1970
Cas. civ., 25 de agosto de 2000, exp. 5215
Cas. civ., 27 de octubre de 2000, exp. 5639
Cas. civ., 11 de abril de 2003, exp. 6657
Cas. civ., 1 de septiembre de 2003, exp. 6943
Cas. civ., de 16 de septiembre de 2003, exp. 7609
Cas. civ., 1 de octubre de 2003, exp. 7615
Cas. civ., 26 de septiembre de 2005, rad. 6600-1311-0002-1999-0137
Cas. civ., 30 de agosto de 2006, exp. 7157
Cas. civ., 28 de mayo de 2007, exp. 2007-00129
Cas. civ., 3 de febrero de 2010, exp. 2009-00265
Cas. civ., 21 de septiembre de 2012
Cas. civ., 24 de febrero de 2014, rad. 1100131100132006-01276-01
Cas. civ., 24 de agosto de 2016
Cas. civ., 25 de julio de 2017, ref. src10829-2017
Cas. civ., 25 de agosto de 2017, rad. 05615-31-84-002-2011-00216-01
Cas. civ., 19 de octubre de 2017, ref. src16969-2017

Cas. lab., 27 de septiembre de 2017, rad. 75391

Consejo de Estado

Sección Tercera, 16 de marzo de 2008, exp. 18846
Sección Tercera, 2 de septiembre de 2009, exp. 17997
Sección Tercera, 11 de julio de 2013, exp. 31252

Sentencias de instancia

Juzgado Segundo de Familia de Zipaquirá, sentencia del 28 de marzo de 2012

Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, 24 de agosto de 2012

Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, sentencia del 30 de junio de 2016, de apelación

Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 25 de julio de 2016, en primera instancia

Otra jurisprudencia

Tribunal Supremo de España, 15 de julio de 2016, n.º 494 /2016, Rec. 1290/2015

CIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 16 de noviembre de 2009

COLECCIÓN “PERSONA, FAMILIA Y SOCIEDAD”
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
DE FAMILIA Y NUEVAS BIOTECNOLOGÍAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PRIVADO

POLÍTICA EDITORIAL

Alcance temático

La colección “Persona, Familia y Sociedad” constituye un esfuerzo del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia para recoger los resultados de los trabajos de investigación de profesores y juristas nacionales y extranjeros, en relación con el derecho de familia y la tutela de la persona. La colección aborda los temas tradicionales del derecho de personas, familia, infancia y adolescencia, con especial atención a su desarrollo y tendencias de cambio en los sistemas jurídicos con perspectiva sincrónica y diacrónica. La colección tiene el propósito de fomentar el debate científico y propiciar un mayor diálogo entre las distintas fuentes del derecho; para lo cual en la construcción de la colección se hará uso de distintas metodologías de investigación, con miras a garantizar una mayor proyección internacional. En ese sentido, la colección está dirigida a toda la comunidad científica y académica en el derecho, a los miembros del foro y, en general, a todos los juristas dedicados al estudio, interpretación y aplicación del derecho de personas, familia, infancia y adolescencia.

La colección publicará obras monográficas destinadas a la difusión de los resultados de investigación de los profesores e investigadores de la Universidad Externado de Colombia. Adicionalmente, también se publicarán libros colectivos. En este último caso es necesario que los autores aprueben, por medio de una licencia de uso, la edición, publicación, reproducción, distribución y comunicación

pública de la obra de su autoría, tanto en soporte físico como digital, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin ánimo de lucro. Los autores de las obras colectivas conservan los derechos de autor y garantizan a la colección el derecho de realizar la primera publicación del trabajo, licenciado con el Creative Commons Attribution.

Comité editorial

- Elena Bargelli, *Università di Pisa*, Italia
- Francisco Bariffi, *Universidad Nacional de Mar del Plata*, Argentina
- Aurelia Colombi Ciacchi, *University of Groningen*, Países Bajos
- Nuno Ferreira, *University of Sussex*, Reino Unido
- Gabriel Hernández Paulsen, *Universidad de Chile*, Chile
- Fabiola Lathrop, *Universidad de Chile*, Chile
- Federico Procchi, *Università di Pisa*, Italia

Frecuencia de publicación

Anual.

Cronograma de recepción de originales

Las obras monográficas se recibirán de manera permanente. Para la publicación de volúmenes colectivos, se prevé la recepción de trabajos en julio de cada año.

Características específicas de presentación de los textos inéditos: normas de citación, extensión, información de autores, resúmenes, etc.

Las obras monográficas corresponderán a libros de investigación. Para las obras colectivas, toda contribución debe ser inédita y observar la siguiente estructura:

- a. Título en español
- b. Resumen de no más de cien palabras en español
- c. Palabras clave (mínimo 3, máximo 10) en español
- d. Título en inglés
- e. Abstract
- f. Keywords
- g. Sumario. Para la numeración de los títulos se utilizará el esquema de niveles. Los títulos de primer nivel estarán numerados en orden con un solo número arábigo así; 1., 2., 3. Los títulos de segundo nivel así: 1.1., 1.2., 1.3. Los títulos de tercer nivel así: 1.1.1., 1.1.2., 1.1.3.
- h. El texto del capítulo. En la introducción se deben exponer con claridad la metodología de investigación y los objetivos, y al final se deben presentar las conclusiones.
- i. La lista de referencias organizada en orden alfabético.

Los textos presentados en otro idioma deberán incluir el título, resumen y palabras clave en el idioma respectivo, en español y en inglés.

Toda tabla, cuadro y figura debe llevar un título y estar numerado con números arábigos. Adicionalmente, deben presentarse como parte del texto en un formato que sea posible editar, sin colores de fondo ni de texto. Para destacar el texto se puede usar cursiva, negrita o mayúsculas.

La extensión estará definida por el editor de cada volumen. Todos los libros de la colección estarán sometidos a doble arbitraje anónimo.

Criterios de citación de referencias: para elaborar las notas a pie de página y las referencias bibliográficas se sigue una adaptación de la norma ISO 690:2010.

Las citas textuales cortas se hacen entre comillas y sin necesidad de usar la letra cursiva o sangría. Dentro de las citas textuales se pueden hacer resaltados con cursiva, y en tal caso se debe indicar si son de la fuente original o son agregados por el autor.

Las citas textuales extensas se separan del texto, con sangría izquierda y sin comillas.

Toda palabra o frase en idioma diferente del español debe escribirse en caracteres cursivos, caracteres que también se pueden usar para destacar o hacer algún énfasis.

Las referencias bibliográficas deben ir en notas al pie de cada página y al final del texto; el nombre del autor de la obra referida va en letras versales y de él se indica todo el apellido y la inicial del nombre o nombres; luego, seguido de coma, el título del libro en cursivas, sin importar si se trata o no de un libro en español; a continuación se indica si se trata de una edición diferente de la primera; luego, el lugar de publicación; enseguida, el nombre de la editorial; luego, el año de edición; por último, el número de la página o páginas que se citan, sin necesidad de usar la abreviación “pág.” o “p.”:

RESCIGNO, P., *Introduzione al codice civile*, 7.^a ed., Roma-Bari, Laterza, 2001, 170.

En los artículos y contribuciones en obras colectivas se siguen las mismas reglas, pero el título debe estar entre comillas y en letra redonda. La obra colectiva se identifica siguiendo las mismas reglas de la citación de libros, con la indicación del editor o coordinador, y las páginas de la contribución consultada. En los artículos debe identificarse la revista con el nombre completo, sin abreviaciones y en cursiva, la editorial, el volumen, el número y el año de publicación, datos a los que sigue el rango de páginas:

PÁEZ RAMÍREZ, M., “La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2014, 231-257.

HERRERA, M., “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué familia@?”, en Gargarella, R. (coord.), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 85-94.

En el caso de obras consultadas en línea, debe también incluirse al final la información de la página web y la última fecha de consulta.

SAGÜÉS, N. P., “Reflexiones sobre la constitución viviente (Living Constitution)” [en línea], *Dikaion*, 12, 2003, 78-94, disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1250> [consultado el 23 de enero de 2015].

Por último, en la citación de documentos legales se ha de incluir toda la información necesaria y usual para permitir la completa identificación del documento. En el caso de las sentencias judiciales, como mínimo se debe indicar la entidad o corporación que la emite, el número de radicación y la fecha. Si se trata de jurisprudencia colombiana, la citación deberá contener la misma información, sin incluir el magistrado o consejero ponente, así:

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, rad. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572).

Corte Constitucional, Sentencia T-698 de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de mayo de 2000, rad. 6264.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en junio de 2020

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos.
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem