

DESDE FRIBOURG

DERECHO PENAL, FAMILIA Y SEXUALIDAD

Familia es una palabra polisémica de amplio espectro significativo, comprensivo de diversos tipos de relaciones entre los seres humanos. Basta señalar que puede comprenderse, en sentido amplio, como familia consanguínea o, en sentido estricto, como familia conyugal. Si bien en la base existe una realidad biológica, por lo que sus orígenes se enraízan en periodos primitivos de la formación de la sociedad, la familia no es un fenómeno natural. Se trata más bien de un hecho social. Basado en necesidades biológicas, es producto de las relaciones entre las personas, en la que interviene participando en su mantenimiento y desarrollo.

Concebir la sociedad como una red constituida por familias, supone que la formación de una nueva familia implica la presencia de dos otras familias. En consecuencia, por un lado, no habría familia si no existiera ya una sociedad y, por otro, siendo éstas diferentes, los tipos de familia son diversos.

En el contexto social en el que se elaboró el Código Penal de 1924, como en el que se estableció su modelo el Proyecto de Código Penal suizo de 1918, prevalecía la concepción etnológica del “evolucionismo biológico” (Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie spéciale*, 2009, p. 972). Sus defensores afirmaban que la familia había pasado por diferentes fases, de acuerdo con la organización y existencia de cierta regulación de comportamientos sexuales. El punto de partida de sus razonamientos era que en los orígenes de la humanidad reinaba la promiscuidad total. A partir de entonces y, poco a poco, en su opinión, las comunidades comenzaron a organizarse y surgió la poligamia, bajo la forma de matrimonios de grupos. El matrimonio monogámico constituiría entonces un grado de progresión avanzada, punto culminante natural de una larga evolución. En esta perspectiva, el matrimonio sería el cimiento esencial de la familia, más aún la familia y el matrimonio constituirían una unidad indisoluble.

Esta concepción es muy criticable porque da entender que la familia monogámica constituida por la unión de una mujer y un hombre, cierto muy difundida en gran parte de las sociedades, sería la única formación familiar posible y que debería ser conservada de manera absoluta. Así mismo, que los comportamientos sexuales permitidos y los inadmisibles serían clara y precisamente distinguidos.

Esta concepción tradicional de la familia, fuertemente marcada por criterios morales y religiosos, influye aún hoy en día el derecho penal de la familia. Como se percibe claramente en las últimas discusiones en el Perú. El objetivo de conservar el matrimonio monogámico como forma única y “natural” de familia comporta necesariamente la represión severa de comportamientos como el concubinato, el incesto, la bigamia, la homosexualidad. Los mismos que son considerados como supervivencias arcaicas y superadas de tipos de familia o de comportamientos, cuya práctica es considerada contra natura y repugnante.

La existencia de relaciones estrechas entre la familia y la sexualidad es un hecho social que considerado debidamente lleva a constatar que no existe un solo tipo de familia, sino diversas “construcciones sociales” que coexisten. Diversidad que conduce, a pesar del fin ideal de reconocer la primacía a la familia monogámica, a que la regulación penal se oriente a garantizar el respeto de los deberes familiares presentes aún en ausencia de una familia debidamente constituida (por ejemplo, la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos).

Es imposible de concebir un derecho penal de la familia proporcionado y eficaz sin tener en cuenta las relaciones recíprocas existentes entre la sexualidad y la célula familiar. De modo que es incorrecto concebir a la familia como una estructura social, económica y política, destinada a delimitar o restringir la sexualidad sólo a cumplir sus funciones útiles, por ejemplo, la de procrear (Michel Foucault, *Histoire de la sexualité. Volonté de savoir I*, 1976, p. 143). De manera a rechazar que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio o constituir un grupo familiar. Criterio que se mantiene aún entre nosotros, pero está siendo dejado de lado en muchos otros países. En esta perspectiva realista y alejada de tradicionales creencias morales, es que conviene repensar el derecho penal de la familia.

Sin embargo, hay que prestar debida atención al hecho que la familia desempeña el papel principal en la reproducción de la dominación y de las visiones masculinas, en la medida en que en su interior se impone muy temprano la experiencia de la división sexual del trabajo y de la legitimidad de esta distinción, garantizada por el derecho e incorporada en el lenguaje (Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, 2002, p. 117).

Fribourg, mayo 2017