

**CUARTO CONVERSATORIO**  
**DERECHO DE FAMILIA**  
**RELATORÍA**

El evento tuvo lugar el martes 6 de octubre de 2020 de 17.00 a 19.00 de la tarde. El conversatorio fue moderado por la profesora **Maria Eugenia Gómez** del departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia, y contó con la participación de las siguientes profesoras en calidad de panelistas: **Aida Kemelmajer**, profesora de la Universidad de Palermo en Argentina, **Emilssen González de Cancino**, directora del Centro de estudios sobre genética y derecho de la Universidad Externado de Colombia, **Natalia Rueda**, profesora del departamento de Derecho Civil de la misma universidad y, **Marcela Gómez Molina**, profesora de la Universidad Nacional de Colombia, coordinadora del proyecto de reforma y co-redactora del libro de familia del proyecto.

El evento comenzó con la presentación por parte de la profesora **Anabel Riaño Saad** de la relatoría del tercer conversatorio del 24 de septiembre de 2020 sobre el tema de los sujetos de derecho y la persona en el proyecto de reforma del Código Civil.

Posteriormente, la profesora **Maria Eugenia Gómez** abrió el evento y destacó la importancia del libro V del proyecto sobre el derecho de familia por su relación con el derecho de las personas y el estatus familiar. Posteriormente introdujo a las panelistas y describió la metodología del conversatorio.

El conversatorio estuvo dividido en siete grandes bloques temáticos. El primer bloque, a propósito del nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2014 y la experiencia argentina en temas de familia, estuvo a cargo de la profesora **Kemelmajer**. En el segundo y tercer bloque, dedicados respectivamente a la estructura y organización del libro de familia y a la incorporación de la jurisprudencia constitucional en el proyecto de reforma, participaron todas las panelistas. En el cuarto bloque la profesora **Kemelmajer** comentó la ausencia de regulación en el código argentino de los denominados hijos de crianza. En el quinto la profesora **González de Cancino** discutió la regulación en materia de técnicas de reproducción humana asistida y gestación por sustitución. En el sexto la profesora **Gómez Molina** presentó las novedades del proyecto a propósito de las relaciones de pareja y finalmente, el séptimo bloque estuvo a cargo de la profesora **Rueda**, quién comentó sobre la relación entre la teoría de la responsabilidad civil y el libro de familia en el proyecto. El conversatorio se desarrolló de forma dinámica, con comentarios de las panelistas en cada

una de las secciones y siguiendo el hilo conductor propuesto por las preguntas y anotaciones de la profesora **Maria Eugenia Gómez** como moderadora.

En relación con el primer bloque, es decir, la experiencia argentina y el código civil y comercial del 2014, la profesora **Kemelmajer** anotó que el código argentino tiene un título preliminar del que surgen los grandes principios, y que incluyen a aquél relacionado con el proceso de diálogo de fuentes en las que se incluyen la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia. Después de describir la estructura del código, la profesora **Kemelmajer** analizó el libro segundo, que regula las relaciones de familia y destacó cómo el mismo título del libro, en plural, nos indica un pluralismo familiar. De igual manera, destacó cómo el código argentino es un código que está muy preocupado por la eficacia, y que, en tanto la norma procesal es muchas veces la que impide la eficacia de la norma sustancial, el título octavo prevé mecanismos para ayudar a la solución de los conflictos.

Señaló también la importancia del proceso de constitucionalización del derecho privado en general, que incluye no solamente a la Constitución, sino también al bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, tratados de derechos humanos con impacto directo en el derecho de familia, como es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de no discriminación contra la mujer y las convenciones para las personas de la tercera edad.

La profesora **Kemelmajer** propuso también hacer una relectura de los valores clásicos del constitucionalismo: igualdad, libertad y fraternidad, a los que los argentinos han agregado el de eficacia. Sostuvo que la igualdad no es la igualdad formal, sino la igualdad real, que implica en el derecho de familia el pluralismo de formas familiares, la libertad, que hoy la denominamos autonomía, y la fraternidad responsabilidad y solidaridad. En su opinión, el valor eficacia es también importante para que las decisiones que se toman en los tribunales se cumplan y no queden en el papel.

A propósito del principio de igualdad, sostuvo que tiene implicaciones, entre otros, en el matrimonio, en el nombre, en la unión convivencial y en la filiación. En relación con el matrimonio, el artículo 402 del código argentino lo dice en forma expresa: ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio. Sobre el nombre sostuvo que, atendiendo a la autonomía, y respetando la igualdad, cualquiera de los cónyuges puede optar por llevar el propio o adoptar el de la pareja. En la unión convivencial,

y también en el matrimonio, los efectos para parejas del mismo sexo tienen que ser exactamente los mismos que los efectos para el matrimonio o uniones convivenciales de personas heterosexuales. La filiación por TRHA está prevista como una tercera clase de filiación, junto con la filiación por naturaleza y por adopción. Se trata de una tercera clase especialmente porque el material genético que se utiliza puede provenir de un tercero.

En el código argentino no quedó regulada la gestación por sustitución y en el proyecto colombiano solo está previsto el supuesto en el que la mujer comitente aporta los óvulos. La profesora **Kemelmajer** consideró que, en todo caso, es un avance que se regule la gestación por sustitución.

Finalmente, en relación con la igualdad, sostuvo que esta también se manifiesta en el artículo 660 que prescribe que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

Sobre la libertad-autonomía, sostuvo que en el proyecto colombiano no aparecen los niños, niñas y adolescentes (NNA) como centro de las relaciones familiares. Y al no aparecer, no aparece esa noción de autonomía progresiva que existe en las leyes de infancia y en la jurisprudencia colombiana. Por el contrario, en el código civil argentino la noción de autonomía progresiva está a la orden del día, por ejemplo, en aquellos artículos que hablan sobre la edad y grado de madurez.

A propósito de la solidaridad y la responsabilidad, la profesora **Kemelmajer** indicó que el proyecto conserva en muchas de sus disposiciones el viejo concepto de la culpa, que desapareció en el derecho argentino para el divorcio y para las prestaciones compensatorias.

En su opinión, los tres principios deben funcionar de modo equilibrado junto con el principio de eficacia. Ejemplos de este último principio son los artículos 670 y 553 del código argentino sobre alimentos y comunicación, pues le dan una alta facultad al juez para que utilice todos los mecanismos procesales razonables para hacer cumplir la sentencia.

Finalmente, concluyó recordando que el lenguaje del código no puede ser ni discriminador ni hiriente y señaló que la persona debe ser el centro de sistema y la familia como el ámbito que desarrolla de manera mejor la personalidad del ser humano.

A continuación, la profesora **Maria Eugenia Gómez** agradeció la exposición y comentó como en los 259 artículos que tiene el libro de familia se observa una modificación de la legislación actual en un ochenta por ciento. Además, recordó la importancia en Colombia de la jurisprudencia, la constitucionalización del derecho privado y la aplicación de los convenios internacionales y manifestó su extrañeza por la ausencia de la autonomía en el proyecto de código y de otros avances que tuvieron lugar a propósito del código de infancia del año 2006.

Posteriormente, la profesora **Gómez** hizo una primera pregunta general para todas los panelistas que dio pie para desarrollo del segundo bloque temático del conversatorio:

**1. ¿CÓMO CONSIDERAN LA ORGANIZACIÓN DEL LIBRO, LOS CAPÍTULOS, Y EL ORDEN EN QUE SE ABORDAN LOS DISTINTOS TEMAS, Y CUÁLES SON SUS APRECIACIONES EN GENERAL SOBRE LO REGULADO EN EL LIBRO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL?**

Respondió primero la profesora **Emilssen González De Cancino** y señaló que el proyecto presentado por la Universidad Nacional no es realmente una reforma sino un nuevo código pues propone una nueva organización que implica una elección sistemática diferente.

Sugirió también que el libro de familia debe estar ubicado después del libro de personas, pues al enviarlo después del libro dedicado a los negocios jurídicos, y antes del libro de sucesiones, parecería que en la familia es más importante el tema patrimonial que el tema de los derechos y deberes de los individuos que conforman la familia. Sin embargo, indicó que a pesar de que la ubicación del libro pareciera desmentirlo, el proyecto en verdad sí se preocupa por estos derechos. En su opinión, al libro de familia debe dársele la misma consideración dentro del sistema que al derecho de personas.

Continuó la profesora **Marcela Gómez Molina** quién, después de agradecer el espacio, aclaró que la Universidad Nacional no ha puesto a disposición este proyecto al Ministerio de Justicia para que lo presente al Congreso, ni la Universidad Nacional lo ha radicado en el Congreso a espaldas del país. Aclaró también que no es una pretensión de la Universidad Nacional hacer lobby, sino únicamente poner a disposición de la comunidad jurídica y de la sociedad civil, agremiada o no, sus ideas sobre dos cosas: 1. que el Código Civil debe ser actualizado y unificado solamente en su régimen de obligaciones y contratos con el de comercio y no unificar los dos códigos y; 2. que el proyecto presentado no tiene la pretensión de que sea un proyecto final que le quieran imponer al país. Finalmente, en

este punto hizo un llamado a los gremios y todos aquellos que quieran participar para que los contacten, y entren en diálogo, para poder oírlos.

Para dar respuesta a la pregunta, la profesora **Marcela Gómez** señaló tres elementos sobre la estructura y orden del libro. En primer lugar, indicó que el proyecto crea un libro de familia que no existe, y que debe existir para recoger las normas dispersas en materia de derecho de familia y los avances de la jurisprudencia nacional y los tratados internacionales. En segundo lugar, observó que el proyecto conserva las instituciones básicas que integran el actual derecho de familia (esponsales, el matrimonio monógamo, las capitulaciones matrimoniales, el régimen de bienes, la filiación, la patria potestad, los alimentos, la familia adoptiva y los hijos de crianza) y ensambla las leyes posteriores a la promulgación del código, como por ejemplo las relativas a las relaciones de familia, la Ley 28 de 1932, el Decreto 2028 de 1974, o la idea básica de la Ley 1a de 1976 sobre el divorcio, la ley 45 de 1936 con todas sus reformas y la Ley 54 del 1990 junto con la ley 979 de 2005. Todo esto sin mayores cambios. Finalmente, indicó que el orden del proyecto responde a un orden lógico y coherente, fácil de entender y de aplicar, teniendo en cuenta las innovaciones pertinentes del derecho de familia en la región y a nuestro país.

Respondió a continuación la profesora **Rueda** y reconoció que detrás del proyecto hay un esfuerzo invaluable. Sin embargo, vio con preocupación el afán con el que se quieren abrir las puertas de la discusión del proyecto. Propuso que la discusión del proyecto sea, no solamente una socialización, sino un debate horizontal que convoque a todos los actores del derecho en el país. Indicó que el proyecto puede ser un muy buen punto de partida, pero invitó al Ministerio de Justicia a reducir el ritmo y la velocidad de la discusión.

Además, señaló que el libro de familia introduce una enorme cantidad de cambios, y en no pocas ocasiones desconoce principios y garantías constitucionales, como los principios de igualdad, no discriminación, debido proceso, y derecho de contradicción. En relación con el libro de familia sugirió que convendría hacer un alto en el camino para hacer una revisión general del lenguaje pues en muchas ocasiones no hay coherencia interna en el código, pero tampoco respecto de otras fuentes, como el bloque de constitucionalidad. Así, observó como en materia de infancia y adolescencia se abandona la teoría de la protección integral y el enfoque de los derechos fundamentales en relación con los NNA y se retoman expresiones como menores en situación de abandono, casi como remitiendo a la teoría de la situación irregular que se eliminó en 2006. Recordó que es importante revisar el lenguaje para unificarlo, pues hay algunos aspectos que podrían resultar contradictorios y generar problemas. Consideró además necesario eliminar toda expresión que haga referencia a la

legitimidad de los hijos. También identificó como problemático el empleo indistinto de los conceptos de deber y obligación para referirse a conductas que no pueden ser configuradas como obligaciones porque les falta alguno de los elementos esenciales (por ejemplo, la patrimonialidad de la prestación). En todo caso, a juicio de la profesora, la referencia a lo largo del libro de deberes como si fueran obligaciones puede inducir a grandes dificultades.

La profesora **Rueda** consideró como un acierto la supresión de la definición del matrimonio como un contrato. Sin embargo, indicó que en el libro se definen sus efectos como obligaciones. Por esta razón se preguntó sobre si se puede exigir el cumplimiento por vía judicial, y si en consecuencia, su incumplimiento puede sancionarse con la responsabilidad civil.

De igual manera, consideró que es importante unificar el lenguaje para seguir la tendencia a nivel internacional de adoptar el término responsabilidad parental como la expresión que mejor describe las relaciones filio-parentales sin la excesiva carga ideológica que tiene la potestad, pero con el efecto de responsabilizar el rol parental.

Finalmente, indicó que la aspiración del código debe ser la de incluir no solo principios sino también reglas generales, pues de otro modo el proyecto nacería descodificado. Invitó por último a arriesgarnos a pensar el derecho civil y de familia como un derecho profundamente técnico, pero sin olvidar que la técnica no es impermeable a los principios y a la posibilidad de construir un modelo de familias que reconozca y promueva la pluralidad en las familias, las múltiples masculinidades y las múltiples feminidades. Un derecho civil que rompa desde la base con las causas estructurales de la violencia, como los estereotipos de género y los mitos del amor romántico. Invitó también a los redactores del proyecto a romper esquemas y a atreverse a pensar el derecho de familia a partir de los lentes nuevos sobre los que ya la academia y las organizaciones sociales están trabajando.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** coincidió con la profesora **Rueda** en que hay vacíos normativos en el proyecto. Especialmente en materia de infancia, observó que la Convención de los derechos del niño queda de lado frente a lo propuesto. A continuación, formuló la segunda pregunta que dio pie al desarrollo del tercer bloque temático del conversatorio.

## **2. LA JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA HA SIDO UNA JURISPRUDENCIA BASTANTE RICA Y NUTRIDA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE INFANCIA, ¿REGOGE ESTA PROPUESTA DE REFORMA DICHA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LOS**

## **APORTES QUE HA HECHO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL? ¿ESTÁN RECOGIDOS EN ESTA NORMATIVIDAD PLANTEADA O HAY RETROCESOS FRENTE A LOS QUE YA SE HA AVANZADO POR VÍA JURISPRUDENCIAL?**

La profesora **González de Cancino** reconoció indudablemente los avances que logró Colombia con la Constitución de 1991, especialmente con las acciones constitucionales, pero recordó que algunos de esos avances comenzaron ya dentro del mismo derecho privado, y otros incluso dentro del derecho laboral y la seguridad social. También indicó que hay temas que la jurisprudencia y las leyes especializadas han desarrollado, pero que no parecieron quedar incorporados en el proyecto. Señaló dos aspectos adicionales. En primer lugar, que el artículo 1598 del proyecto, que es el que abre el libro de familia, dice que se reconocen todas las familias. En su opinión, se trata de una promesa exquisita y extraordinaria y no tiene ninguna aprehensión en reconocerlo como una promesa ajustada a los cánones de la democracia. Pero sugirió que, en razón de la puesta en práctica de la norma, quizás valdría la pena circunscribirla a los cánones constitucionales, porque de otro modo se correría el riesgo de tener muchos modelos de familia por fuera de los presupuestos constitucionales. Otra solución, en su opinión, podría ser la modificación de la constitución misma. Es decir que la constitución rompa el esquema artículo 42 CP actual, según la cual la familia se forma por la decisión de un hombre y una mujer, luego ampliado por la jurisprudencia a las parejas de personas del mismo sexo. En segundo lugar, señaló que es propicia la oportunidad de integrar, desde el derecho privado, a las comunidades indígenas a la vida ciudadana y a las reflexiones jurídicas, pues no hay entrada en el proyecto de código a las comunidades indígenas, cuando ya en el derecho privado ha sido necesario pensar en ellos. Recordó la sentencia de Antonio y Bassanio, en la que se cambió el formulario del registro civil y se indicó que los padres podrán decidir el orden de los apellidos, también para el caso de las familias indígenas de parentesco matrilineal. Así, sugirió que valdría la pena que el código les tuviera en cuenta, o de manera tan importante como hace el código de Bolivia, o por lo menos ajustado a la nueva perspectiva de esas comunidades desde la misma constitución colombiana.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** observó que el proyecto no se han incorporado los parámetros establecidos por la Corte Constitucional con relación al concepto de familia, y en su opinión, existe un agravante al reconocer a todas las familias cualquiera sea su conformación, pues en el título preliminar el proyecto indica que todas las familias serán iguales en el manejo patrimonial. En su opinión, el tema del manejo patrimonial es ambiguo porque es incierto si hace referencia al manejo de la economía familiar o a los derechos económicos derivados de esas relaciones de familia.

A continuación, respondió la pregunta la profesora **Marcela Gómez Molina**. La profesora comentó en primer lugar que el libro de familia se pensó como la regulación de lo más básico y general y no un libro cerrado y puntual para evitar su envejecimiento prematuro. Esa es una de las razones por las que el proyecto habla de “todas las familias”, pues remite allí a la Constitución, para que sea esta la que permita una actualización permanente. Por cuanto el derecho de familia se desactualiza muy rápido, intentaron mantener la menor descripción posible en el proyecto.

Posteriormente indicó que el libro pretendió recoger los pronunciamientos de la Corte Constitucional en su totalidad, e intentó conciliar esos mandatos constitucionales con algunos principios del Derecho Romano que no se quisieron derogar de tajo sino ponerlos a consideración del país, como por ejemplo, la regla romana de que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido de la madre, o que el hijo de mujer casada no podrá ser reconocido como extramatrimonial si no media la impugnación del marido de la madre.

En este punto, la profesora **Marcela Gómez** advirtió que en la mayoría de las veces en que se trató de conciliar principios tan antiguos con principios constitucionales, ella se separó de la decisión de la mayoría del grupo de estudio porque a su juicio un proyecto de código debe romper definitivamente con la protección del *pater familias*, pues se trata de una figura vieja y patriarcal cuyo poder en la familia se ha venido reduciendo y hay que seguirlo reduciendo. Esto implica, en opinión de la profesora **Marcela Gómez**, que hay que dejar de regular la sexualidad de la mujer, excusándose en que es necesario hacerlo para el establecimiento de una filiación paterna, que hoy en día se puede establecer por otros medios que no son el seguimiento del comportamiento sexual de la mamá. También implica que se debe expulsar definitivamente que la filiación del hijo dependa del establecimiento de las relaciones horizontales entre sus padres, como son las relaciones matrimoniales, las uniones maritales, o las que se dan en el estado de soltería, para que pasen a recaer en donde realmente recaen, y es en la decisión individual y responsable de ser papá o mamá. También implica en su sentir que, en materia de alimentos de menores de edad, al hijo recién nacido, al niño y al adolescente se le trate con mayor protección, como por ejemplo partiendo del reconocimiento de que se le deben alimentos desde que nace y no desde que demanda al padre o madre su necesidad. A propósito, recordó un fallo reciente de la Corte Constitucional en el que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 421 del actual Código Civil que consagra que los alimentos se deben desde la primera demanda, es decir, desde que se piden. En su opinión, la Corte se equivocó al no declarar que los alimentos se deben desde el nacimiento, pues según la Corte, el interés superior del menor



no estaba siendo vulnerado. Así, la profesora **Gómez Molina** indicó cómo, a pesar de que se apartó de la mayoría del grupo, en el proyecto quedaron recogidos los aportes de la jurisprudencia constitucional y la constitucionalización del derecho que la mayoría del grupo pensó que deberían quedar recogidos.

Posteriormente, la profesora **González de Cancino** le preguntó a la profesora **Marcela Gómez** si en el caso anteriormente mencionado, la Corte fue en contra de la progresividad de los derechos, en tanto hay otras sentencias en las que había condenado por alimentos debidos al *nasciturus*. La profesora **Marcela Gómez** respondió que efectivamente así fue.

Respondió a continuación la profesora **Natalia Rueda**. En su sentir el proyecto introduce fórmulas genéricas que pueden conducir a pensar incorporada la constitucionalización. Señaló, sin embargo, que el proyecto incorpora, bajo la redacción de normas que en apariencia son neutrales, formas de discriminación indirecta contrarias a la igualdad e inconstitucionales. Por ejemplo, en materia de discapacidad, la profesora **Rueda** señaló que, si bien el libro de personas hace referencia a la capacidad legal plena, en el de familia se contraría la convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad porque utiliza expresiones que están proscritas en el ordenamiento, como discapacitado o incapacitado, y en varias ocasiones las utiliza con un criterio de discriminación. Así, en el proyecto, la discapacidad es causal de pérdida de cuidado personal, causal de rechazo de plano de la solicitud del matrimonio, causal de oposición y de nulidad del matrimonio, causal de cesación de la facultad de administrar los bienes del hijo, causal de suspensión y privación de la potestad parental. La profesora **Rueda** indicó que en todos estos casos hay violación de la convención y del ordenamiento interno.

También señaló que las disposiciones del proyecto que establecen la discapacidad como causal de suspensión y privación de la potestad parental, pérdida de la facultad de administrar los bienes del hijo o como causal de pérdida del cuidado personal, desconocen también los tratados internacionales que reconocen y garantizan el interés superior de los NNA porque está privando de la relación parental al niño con el fundamento único de la discapacidad del padre o la madre.

La profesora **Rueda** observó cómo, a pesar de que el proyecto reconoce todas las formas de familia, en realidad la estructura y el contenido del libro de familia privilegia injustificadamente el matrimonio como forma de organización familiar. Por los anteriores motivos sugirió estructurar el proyecto, no en función del matrimonio y esas otras formas de familia, sino en función de las relaciones de pareja de una parte, y de las relaciones de

filiación de otra. En su opinión, una estructura de este tipo no establecería ningún tipo de restricción al acceso y ejercicio de los derechos de los hijos en función de la relación que tengan los padres y madres. Finalmente, la profesora **Rueda** anotó la poca regulación del proyecto a propósito de la familia de crianza.

En relación con la sugerencia de la profesora **Rueda** sobre estructurar el libro de acuerdo con las relaciones de la pareja y relaciones con los hijos, la profesora **Kemelmajer** señaló que esta es la metodología que sigue el código civil argentino, porque como mostró, el libro regula el matrimonio, las uniones convivenciales, y después es filiación y la responsabilidad parental, etc. Así, el código argentino no hace distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues la igualdad es absoluta. Sin embargo, la profesora **Kemelmajer** hizo la salvedad de que esa igualdad no se manifiesta en la constitución del lazo filiativo porque cuando nace un niño dentro de un matrimonio, ese niño nace automáticamente con doble vínculo filiativo, pero un niño que nace de una mujer soltera no tiene automáticamente ese doble vínculo, por obvias razones.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** observó a propósito de la familia de crianza que en Colombia no existe un verdadero desarrollo legal, y la Corte Constitucional de Colombia tampoco la ha tratado a fondo.

A continuación, la profesora **Maria Eugenia Gómez** le planteó una pregunta a cada una de las panelistas para desarrollar los otros tres bloques del conversatorio. A la profesora **Kemelmajer** le preguntó sobre la experiencia argentina en materia de familia de crianza.

La profesora **Kemelmajer** respondió que el código argentino no regula la familia de crianza aunque si regula la familia ensamblada e introduce la figura del padre o madre afín. La familia de crianza en el derecho argentino aparece en algunos casos de la jurisprudencia, especialmente cuando se reclaman daños y perjuicios.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** comentó cómo la propuesta del código plantea que el hijo de crianza, de convivencia y dependencia produce unos efectos jurídicos de acuerdo con la ley, pero a su vez tiene el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial. Por este motivo, señaló la profesora, parecería que el hijo de crianza tiene todos los mismos derechos y obligaciones de aquellos hijos que han sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, en tanto que la propuesta mantiene el lenguaje de hijo matrimonial, extramatrimonial y de hijos legítimos. Por este motivo, la profesora **Gómez** se preguntó sobre la relación del hijo de crianza con la figura de la adopción, pues en la adopción los

padres tienen que pasar por todo un proceso para adoptar, y ahora a través del cuidado de un hijo, se podrían tener los mismos efectos. En su opinión, este es otro tema que requiere más análisis, estudio y desarrollo en la propuesta de código.

La profesora **Kemelmajer** sostuvo que, por las anteriores razones, el código argentino no regula el hijo de crianza. Es una figura que aparece jurisprudencialmente, pero no para las típicas relaciones de familia, sino fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad para legitimar. En el derecho de familia argentino sí está regulada la adopción y en esa sede hay gran apertura para que los jueces resuelvan el caso concreto con base en lo mejor para el niño o niña. Explicó además cómo, en relación con este tema, hay casos recientes muy interesantes, de acciones de adopción que han sido interpuestas no por los adoptantes, sino por ese hijo de crianza al que nunca se le inició el juicio de adopción.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** anotó que en el artículo sobre solidaridad familiar del código de infancia y adolescencia está contemplada la anterior posibilidad. Este artículo indica que la familia que quiere adoptar al niño que ha acogido, podrá hacerlo sin que deba entrar en la lista de espera y cumplir con los requisitos que tendría otra persona que quisiera adoptarlo sin tener ningún vínculo afectivo preexistente. En este caso, señaló, lo importante es demostrar que efectivamente existe un vínculo afectivo.

La siguiente pregunta, para la profesora **González de Cancino**, versó sobre si la regulación propuesta en materia de TRHA responde a las necesidades actuales de legislación en esta materia.

La profesora **González de Cancino** manifestó su entusiasmo por que las TRHA se hayan tenido en cuenta en el proyecto e indicó que en Colombia no existen antecedentes legislativos, más allá de un decreto que se preocupó por la organización de las UBR, y no por las consecuencias personales de la aplicación de las técnicas. En su opinión, no puede haber una regulación completa de estas técnicas en el código, porque, entre otras cosas, las leyes que se refieren a tecnologías y biotecnologías deben ser revisadas periódicamente. Así, señaló que deben introducirse en el código y en las leyes estatutarias correspondientes sólo principios y reglas generales.

Consideró como un acierto que se haya introducido una regulación sobre TRHA, pero señaló que sería ideal que las normas del Código Civil pudieran remitir a una ley de carácter general sobre TRHA. Sugirió también que es mejor que el proyecto haga reenvíos a leyes y no a reglamentos, pues todo lo que tiene que ver con los efectos personales de la aplicación de

las TRHA debe ser materia legislativa. Comentó que es necesario hacer una labor de concordancia para revisar las normas que se refieren a los plazos, por ejemplo para la presunción de paternidad del hijo, o para la autorización de inseminación *postmortem*.

La profesora **González de Cancino** encontró que en el artículo 45 se habla de plazo y se presume que la concepción ha precedido el nacimiento no menos de 180 días ni más de 300. En su opinión, el problema de la anterior norma en relación con las TRHA es que por ejemplo, si se trata de una fertilización in vitro con transferencia de embriones, entre la fertilización consentida por el compañero o por el marido y la transferencia al útero con miras a que comience el embarazo pueden haber transcurrido meses o incluso años. En relación con el artículo 1728 que autoriza la inseminación artificial *postmortem* siempre y cuando lo haya autorizado el marido, y el hijo nazca antes de los 300 días después de la muerte del marido comentó que se trata de una exigencia muy irreal, pues la mujer tendría que prácticamente ir en la mañana al funeral del marido y en la tarde a la UBR. En su opinión, la legislación española toma un buen criterio y es que la mujer tenga que usarlos dentro del año siguiente a la muerte del marido, pero no que el niño tenga que nacer 300 días después de la muerte del marido o compañero. De igual manera, en relación con el artículo 1728, propuso que se aclare que se refiere a la aplicación de las TRHA y no solamente a la inseminación *postmortem*.

En relación con el artículo 1793, que indica cuáles son los hijos extramatrimoniales, y que estos son los nacidos después de 300 días después de terminada la unión marital o el matrimonio, la profesora **González de Cancino** manifestó su inquietud en el sentido de que no se tuvo en cuenta la posible ruptura de estos plazos por el empleo de las TRHA, y de que tampoco se tuvo en cuenta la hipótesis de los hijos del hombre soltero tenidos mediante gestación por sustitución.

En relación con el artículo 1796 la profesora **González de Cancino** sugirió que se miren con cuidado todas las remisiones a la parte médica, porque no es posible convertir al médico en funcionario del registro civil.

Finalmente, en relación con la maternidad por encargo, la profesora planteó algunas preguntas y sugirió que el proyecto, particularmente en el artículo 51 sobre actos de disposición del cuerpo, use otro tipo de lenguaje, menos doctrinal y más legislativo.

De igual modo, este artículo deja, en su opinión, una ambigüedad pues indica que las relaciones estarán regidas por la convención, aunque en el artículo 1742 habla de contrato

y solo permite la maternidad por encargo sin contraprestación, lo cual excluiría su inclusión dentro de los contratos.

También se preguntó sobre si el documento en el que se deje constancia de la gestación por sustitución debe ser un documento notarial, o un contrato entre las partes, o si jugará algún papel la UBR. Tampoco le resulta claro cuáles serían las partes en ese contrato. Sugirió también revisar los términos dadores, donantes de material genético, titularidad materna. Desde el punto de vista personal, consideró preferible hablar de gametos y embriones.

Recordó también que muchas veces se deja de lado el enorme compromiso biológico de la gestante y, en esa medida, la madre gestante también es una madre biológica. Finalmente indicó que sería bueno eliminar las ambigüedades para que se sepa con claridad qué es lo que va a atribuir la maternidad, si la voluntad procreacional o el contrato.

La siguiente pregunta, dirigida a la profesora **Marcela Gómez**, versó sobre las innovaciones y los cambios necesarios incorporados en la propuesta de reforma del código a propósito de las relaciones de pareja.

La profesora **Marcela Gómez** respondió que, en cuanto a las relaciones de pareja la protección recae sobre las relaciones mediadas por el matrimonio y las de hecho a partir de las cuales se pretende formar una familia y quedan excluidas las relaciones de pareja de noviazgo y las de los amantes.

En relación con el matrimonio comentó los siguientes cambios: en la promesa de matrimonio se introdujo una indemnización por los gastos invertidos para llevar a cabo el matrimonio, y por los perjuicios morales causados cuando una de las partes se niega a cumplir la promesa; para la celebración se propuso como edad mínima, como regla general, los 18 años, y excepcionalmente, bajo control del juez y el notario los mayores de 16; para la celebración del matrimonio se propuso que se pueda elegir desde la solicitud de este, el régimen patrimonial que lo regirá. En relación con las nulidades matrimoniales se quitaron los llamados requisitos negativos para contraer matrimonio como causal de nulidad insubsanable y se transformaron en prohibiciones para contraer matrimonio. En relación con las nulidades subsanables se incluyó el dolo como vicio del consentimiento. Comentó de igual modo como novedad la inclusión de la inexistencia del matrimonio cuando se celebra con falta absoluta del consentimiento o de competencia.

En relación con las obligaciones y derechos de los cónyuges sostuvo que el proyecto propone que no constituyan incumplimiento de los deberes conyugales la suspensión unilateral de la convivencia si esa suspensión se comunica al otro por cualquier medio idóneo dentro de las 8 horas siguientes a la suspensión. También en relación con la separación de cuerpos, se propuso que se mantuviera, mejorándola para que sea un paso previo al divorcio. De igual modo, propuso que se mantenga la separación de cuerpos judicial y de hecho, y que se incluya una nueva que es la extrajudicial. De tal forma que cuando la separación extrajudicial haya durado más de seis meses y haya sido de común acuerdo se pueda inscribir en escritura pública y ese acto disolverá la sociedad conyugal. Señaló que a la separación de hecho se le dan mayores efectos jurídicos, en el sentido de que las partes pueden unilateralmente suspender la vivencia en común, pero inscribir dicha suspensión en el registro civil.

En relación con el divorcio, comentó que la mayor novedad es que se propone pasar de un sistema de causales a solo una causal de divorcio que reúne las anteriores 9. Lo que esto implica, en su opinión, es una simplificación de la declaratoria del divorcio porque el juez debe solo observar si efectivamente se rompió la vida en común o si es imposible continuar con la misma, pero no debe entrar a valorar la culpa. Cuando ha habido separación de cuerpos, esta será causal de divorcio cuando ha pasado un año desde la inscripción en la escritura pública, si es separación extrajudicial, o si ha pasado un año desde la presentación de la demanda de separación judicial o, si ha pasado un año desde la separación de hecho de común acuerdo o unilateral. La profesora **Marcela Gómez** observó que, en cuanto a la unión marital de hecho hay cuatro cambios. Se introducen precisiones en cuanto a su definición, pues se entiende por comunidad de vida la convivencia afectiva con proyecto de vida común, y además se le impuso el término de permanencia de dos años para que se presuma. Esto sin perjuicio de que se pueda inscribir voluntariamente antes de este término. Se propuso también que se presuma la cesación definitiva de la unión marital de hecho cuando han transcurrido seis meses desde el último acto de convivencia. Se introdujo una aclaración en relación con las relaciones de noviazgo y con las relaciones afectivas casuales, advirtiendo que estas no son una comunidad de vida. Por último, el proyecto recoge una en una norma lo que ya se ha dicho jurisprudencialmente: en relación con que las capitulaciones operan también para la unión marital de hecho, y en cuanto el matrimonio entre los compañeros cuando se casan entre sí, se extienden sus efectos personales hasta el inicio de la unión marital de hecho.

La profesora **Maria Eugenia Gómez** comentó cómo la propuesta sobre relaciones de pareja en el proyecto suscita muchos interrogantes. Por ejemplo: se utiliza el error como causal de

nulidad, pero se dice que un error sobre una calidad especial del contrayente; también se utiliza todavía el sano juicio. Asimismo observó que el proyecto equipara la figura de la unión marital de hecho al matrimonio en lo que tiene que ver con todos sus derechos y obligaciones pero que la Corte Constitucional ha sido clara y enfática en señalar que son dos figuras diferentes y son dos formas de conformar de familia diferente. Una se basa en una total libertad y autonomía, y a partir de ahí se derivan unos efectos que son diferentes de aquellos que se derivan del matrimonio. En su opinión, esa equiparación genera incertidumbre porque si las dos figuras son iguales, entonces, ¿por qué acudir al matrimonio? No obstante, también observó que en el proyecto la unión marital de hecho se termina por la terminación de la convivencia, pero aun así la sociedad patrimonial solamente se disuelve posteriormente con unas determinadas formalidades, como si el efecto patrimonial de la unión marital de hecho subsistiera para efectos de su disolución a pesar de que la convivencia ya se haya terminado, lo que, señaló, es totalmente contrario a lo que sucede en el matrimonio, en el cual solamente hasta el momento en que se disuelve el matrimonio subsisten los efectos patrimoniales.

En respuesta, la profesora **Marcela Gómez** solicitó aclarar algunas cosas. En primer lugar, indicó que el proyecto intentó mantener las diferencias establecidas por la Corte entre la unión marital de hecho y el matrimonio, sobre todo en la forma de constituir las, sin embargo, agregó que el proyecto sí busca que la protección para ambas formas de familia sea la misma. En segundo lugar, expresó que, en relación con la terminación de la sociedad patrimonial, esta termina en el mismo momento en que termina la unión marital. Por último, se refirió a la doctrina de la inexistencia e indicó que se configura en el matrimonio cuando le hacen falta algunos de sus elementos básicos, como la manifestación de la aceptación, o cuando se ha celebrado a espaldas del Estado.

La profesora **Natalia Rueda** cerró el último bloque temático con su respuesta a la pregunta sobre si la regulación del proyecto es acorde a la teoría general de la responsabilidad civil y sobre si es necesaria una regulación específica en sede de responsabilidad civil en materias de familia.

La profesora **Rueda** manifestó su entusiasmo por que se empiece a hablar de responsabilidad civil por daños intrafamiliares. Sin embargo, indicó sus dudas sobre la necesidad de una regulación en este respecto, pues la cláusula general de responsabilidad y el principio general de reparación integral son suficientes. En la escasa jurisprudencia sobre esa materia, las barreras que se presentan para la indemnización del daño intrafamiliar provienen de, por una parte, el desconocimiento por parte de los jueces de la

responsabilidad civil, y por otro, de la visión estereotipada de la familia que tienen los jueces que tienen que acudir a su protección. En ese sentido, sugirió que la apuesta del proyecto puede ser riesgosa pues al incluir hipótesis específicas de responsabilidad podría conducir a la idea de taxatividad de los eventos dañinos. Agregó además que el proyecto no considera otros daños, como aquellos que pueden causar los padres a los hijos, como la negativa a reconocer el hijo extramatrimonial, o a aquellos que se pueden causar entre cónyuges al margen del divorcio. En relación con la indemnización producto del divorcio criticó que la responsabilidad esté atada a la infracción grave e injustificada de deberes y obligaciones, por cuanto haría cambiar el ámbito de análisis, y se pasaría de valorar el daño como fuente de obligación a partir de su configuración, a tener que juzgar su gravedad para que se configure la responsabilidad. También sostuvo que es problemático que se establezca la caducidad de un año respecto de los perjuicios morales, porque podría dar a entender que no se indemnizan los patrimoniales y los extrapatrimoniales que no se refieran al puro daño moral. Además, argumentó, esto dislocaría la competencia del juez y rompería con los principios de economía procesal, igualdad y reparación integral del daño. Agregó que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el centro de análisis tiene que ser el daño y que, en todo caso, sería preferible que se mantuviera el modelo de la cláusula general de responsabilidad, si se quiere, precisando que no excluye la responsabilidad por los daños intrafamiliares. También, en su opinión, valdría la pena considerar la posibilidad de incluir formas alternativas de reparación que en la familia podrían tener un efecto positivo.

Después de esta intervención, la profesora **Maria Eugenia Gómez** sugirió que quizás fuera necesario organizar otro conversatorio para tocar todos los temas que no se alcanzaron a tocar en relación con este libro, como los cambios que se introdujeron en sede de filiación, y en el tema de la responsabilidad parental y del cuidado personal, que el proyecto de código parece asimilar en las causales para la pérdida de una y otro. Indicó también que el proyecto introduce una obligación a cargo del ICBF de cuidado de los ancianos, que podría resultar peligroso en su opinión, pues por razones presupuestales no podría atender todas sus funciones. Por último, la pregunta a la profesora **Kemelmajer** sobre sus recomendaciones a partir de la experiencia argentina.

La profesora **Kemelmajer** respondió que es importante la flexibilidad de las normas para poder adaptarse a los cambios de la familia. Desde luego, indicó, hay materias en que las reglas deben predominar sobre los principios, pero el Derecho de familia se estructura más sobre principios que sobre reglas, y esa es la manera de poder llevar adelante el interés superior del niño, y en tantas otras materias. Recalcó además la importancia de que en las



universidades se deje la enseñanza de los principios dentro de un sistema del cual hacen parte los derechos humanos.

El evento concluyó con el especial agradecimiento de la profesora **Maria Eugenia Gómez** a la profesora **Marcela Gómez**, y a las demás panelistas y a los asistentes.

Relator:

**Enrique Santamaría Echeverría**

Docente Investigador

Centro de Estudios sobre Genética y Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia