

Bogotá, D.C., octubre 10 de 2011.

Honorables Señores Diputados

CONGRESO DE JALISCO

Dip. JESÚS CASILLAS ROMERO

Dip. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Dip. JAVIER GIL OLIVO

Dip. ABRHAM KUNIO GONZÁLEZ UYEDA

Dip. MARIANA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

Dip. CARLOS ALBERTO BRISEÑO BECERRA

Dip. RAÚL VARGAS LÓPEZ

Dip. LUIS ARMANDO CORDOVA DÍAZ

Dip. ENRIQUE AUBRY DE CASTRO PALOMINO

GUADALAJARA – JALISCO

MÉXICO.

Honorables Diputados,

Por solicitud del doctor JOSÉ DE JESÚS NAVEJA MACÍAS, Presidente de la Academia Constitucional dentro de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México – CONCAAM, he tenido la ocasión de revisar la Exposición de Motivos, así como el Proyecto de Ley, por el cual se reforman algunos artículos del Código Civil del Estado de Jalisco.

Dentro de mi experiencia como constitucionalista en Colombia por veinte años, me siento muy comprometido con esta tarea y, me gustaría hacerles llegar los siguientes comentarios, que escribo al pie de cada norma a modificar, en los siguientes términos acerca de los artículos 404 fracción V, 456, 457, 458, 459, 460 fracción III, 467, 472, 474, 521 fracción VIII, 543 y 569, todos del Código Civil del Estado de Jalisco para quedar como sigue:

Artículo 404.- Son causas de divorcio:

I a la IV.....;

V. Los actos inmorales ejecutados por cualquiera de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, tanto los de matrimonio como los de uno solo de los cónyuges, así como la tolerancia en su corrupción. La tolerancia debe ser de actos positivos y no por omisión;

VI a la XIX

Comentario:

No se puede considerar a la familia como una institución de interés privado únicamente, pues ella es la célula principal del Estado y un núcleo político en el cual predomina el interés general en favor del grupo familiar, antes que el interés particular de las personas que de él forman parte.

La familia cumple una función ético-social de importancia extraordinaria y por eso las constituciones de todos los países la reconocen y tutelan, estableciendo algunas características no modificables por el legislador e imponiendo deberes de la familia respecto al Estado así como deberes de este con relación a aquella.

El respeto a la dignidad de la persona, es un principio sobre el cual se estructura el Estado Social de Derecho. Sin referencia a la persona no podría existir el Estado, ni este tendría como notas esenciales el ser Social ni de Derecho.

De esta manera, se llega a una realidad: El Estado no crea ni a la persona ni a la familia ni a la sociedad, sino que el Estado los reconoce como fundamento mismo del Estado Social de Derecho.

Fabio Morón Díaz en una de sus Sentencias, estableció que la familia es titular de los derechos fundamentales a la honra, a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad de sus miembros; lo que pone de presente el interés del Constituyente en garantizar especialmente esos derechos en la familia, en orden a que consultan ingredientes propios de su naturaleza, sin perjuicio del derecho que tiene la familia, a ser, según el nuevo Orden Superior, acreedora del amparo del Estado y de la sociedad.

En la sentencia T-008 de 1992, el Magistrado Morón Díaz dice: *“La Constitución Política sitúa a la familia en lugar preeminente de la sociedad al tener a esa célula social como base de la articulación colectiva desde su artículo 5º, en el cual impone al Estado la obligación de ampararla como institución básica de la sociedad.*

De manera que representa un verdadero logro constitucional, el de considerar a esa Institución, en su real alcance, para lo cual impone a la Administración el desarrollo de acciones para su protección y al legislador la definición de los derechos que le corresponden, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 42 de la Carta.”

La familia posee una serie de normas preconstitucionales y postconstitucionales que se refieren a su protección en materia de relaciones conyugales, filiación, patria potestad, tutela y curatela y patrimonio de familia.

****.

Artículo 456.- Se presumen hijos de matrimonio entre hombre y mujer casados entre sí

I y II.....:

Comentario: En Colombia la presunción de legitimidad de los hijos de la mujer casada, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

****.

Artículo 457.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón tener acceso carnal con su cónyuge mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento o en el caso de fecundación asistida con semen de su cónyuge varón.

Comentario: La presunción de legitimidad el Código Civil colombiano se refiere a los términos, pero no llega a ser tan grotescamente gráfico al hablar de “semen”, ni de fecundación asistida.

***.

Artículo 458.- El cónyuge varón no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de su cónyuge mujer, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su cónyuge mujer, salvo lo dispuesto al final del Artículo anterior.

Comentario: Recomiendo a los HH. Diputados de Jalisco, tener en cuenta algunas disposiciones colombianas, como las siguientes:

1. Normas que regulan las relaciones de filiación:

- Ley 30 de 1888. Establece la legitimidad de los hijos concebidos en el matrimonio civil o anulado por la celebración de uno posterior.
- Ley 95 de 1890. Estableció que el marido en cualquier tiempo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer dentro del matrimonio.
- Ley 45 de 1936. Sobre filiación natural.
- Ley 60 de 1935. Estableció que los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del cuarto grado de consanguinidad.
- Ley 83 de 1946. Ley orgánica de la defensa del niño.
- Decreto 1818 de 1964. Sobre régimen de menores.
- Ley 75 de 1968, ley Cecilia, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el I.C.B.F.
- Decreto 398 de 1969, que reglamenta la Ley 75 de 1968 sobre maternidad.
- Ley 5 de 1975. Ley sobre adopción.
- Decreto 752 de 1975, que reglamenta la Ley 5 de 1975.
- Ley 7 de 1979. Amparo a la niñez.
- Decreto 2388 de 1979, sobre protección a la niñez.
- Ley 29 de 1982. Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.
- Decreto 999 de 1988. Por el cual se señala la competencia para las correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario y se dictan otras disposiciones.
- Ley 54 de 1989. Sobre el nombre del hijo extramatrimonial.
- Decreto 2737 de 1989. Por medio del cual se expide el Código del Menor.
- Ley 311 de 1996. Por la cual se crea el registro nacional de protección familiar. Fue derogada por el decreto 1122 de 1999, que reestructuró el Estado colombiano.

2. Normas que regulan el manejo de la patria potestad:

- Ley 67 de 1930. Dispuso que los artículos 303, 483, 484 y 1810 del Código Civil, se aplicaran también a la enajenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad o guarda, y de la mujer casada, respectivamente.
- Decreto 2820 de 1974. Por medio del cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.
- Ley 27 de 1977. Por la cual se fija la mayoría de edad a los dieciocho años.

3. Normas que regulan las relaciones conyugales y maritales:

- Ley 57 de 1887. Por medio de la cual se da el reconocimiento al matrimonio católico, con efectos retroactivos.
- Ley 153 de 1887. Que reafirma el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio católico.
- Ley 35 de 1888. Aprueba el Concordato con la Santa Sede.

- Ley 8 de 1922. Por la cual se dio a la mujer casada la administración de los bienes determinados en las capitulaciones matrimoniales y los de su exclusivo uso personal.
- Ley 54 de 1924, ley Concha. Reglamentó el artículo XVII del Concordato de 1887. Estableció como requisito previo la apostasía ante el juez.
- Ley 28 de 1932. Crea el régimen patrimonial en el matrimonio.
- Ley 92 de 1938. Reglamentó el estado civil de las personas.
- Ley 266 de 1938. Por la cual se autoriza la celebración del matrimonio en el extranjero ante nuestros agentes diplomáticos y consulares. Ley 68 de 1946. Aclara la Ley 28 de 1932.
- Decreto 1260 de 1970. Por el cual se expide el estatuto del estado civil de las personas.
- Decreto 1873 de 1971. Por el cual se reglamenta el registro civil de nacimiento.
- Ley 20 de 1974. Aprueba el Concordato con la Santa sede.
- Ley 1ª de 1976. Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil y la separación de bienes y de cuerpos en el matrimonio canónico.
- Decreto 902 de 1988. Por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vigentes vinculadas a ellas, ante notario público y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 2458 de 1988. Reglamenta la separación de cuerpos del matrimonio civil, ante notario.
- Decreto 2668 de 1988. Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante notario.
- Decreto 1556 de 1989. Fija los trámites ante el notario para el matrimonio civil.
- Decreto 1729 de 1989. Reforma el decreto 902 de 1988, en cuanto a las liquidaciones herenciales y sociedades conyugales.
- Decreto 1900 de 1989. Establece el divorcio del matrimonio civil, tramitado ante notario.
- Decreto 2275 de 1989. Sobre divorcio de menores.
- Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.
- Ley 7 de 1990. Sobre matrimonio por apoderado, tanto para el hombre como para la mujer.
- Ley 25 de 1992. Por medio del cual se establece el divorcio para los matrimonios civiles y la cesación de efectos civiles para el matrimonio católico.
- Ley 33 de 1992. Por medio de la cual se aprueba el tratado de derecho civil internacional, - firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889.
- Ley 82 de 1993. Por medio de la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.
- Ley 294 de 1996. Por la cual se expiden normas contra la violencia intrafamiliar.
- Ley 575 de 2000. Por la cual se introducen profundas modificaciones a la ley de violencia intrafamiliar.
- Decreto 4436 de 2005, Divorcio ante Notario.

4. Normas que regulan el patrimonio de familia:

- Ley 70 de 1931. Por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables.
- Ley 91 de 1936. Por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables con criterio y fines de acción social.

***.

Artículo 459.- El cónyuge varón podrá desconocer al hijo nacido después de los trescientos días contados desde que judicialmente, y de hecho, tuvo lugar la separación provisional

prescrita para los casos de divorcio o ilegitimidad; pero la cónyuge mujer, el hijo, o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el cónyuge varón es el padre.

Comentario: En Colombia, la **Prueba Androgenética**, es el nombre dado a la Ley 721 de 2001, la cual ordena que para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%. Sin embargo, mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes. En los casos en que se decrete la exhumación de un cadáver, esta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

En el proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba, preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

****.

Artículo 460.- El cónyuge varón no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura cónyuge mujer; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II.;
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su cónyuge mujer; y
- IV.

Comentario: Atenerse a lo consagrado en mi comentario anterior.

***.

Artículo 467.- El desconocimiento de un hijo, de parte del cónyuge varón o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera, es nulo.

Comentario: Atenerse a lo consagrado en mi comentario anterior. Sin embargo, podría dársele también la competencia a los notarios, o a quienes lleven el registro civil en México y sólo en caso contencioso, recurrirse a los jueces.

***.

Artículo 472.- La filiación de los hijos de hombre y mujer casados entre si, se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Comentario: Creo que debe excluirse el tema de la partida de matrimonio, ya que esta norma al parecer sólo reconoce a los hijos matrimoniales como de los cónyuges y no a los hijos extramatrimoniales que pueden tener los compañeros permanentes (concubinos).

***.

Artículo 474.- Si hubiere hijos nacidos de un hombre y una mujer que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no puede disputarse a los hijos su legitimidad por sólo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos a la cual no contradiga el acta de nacimiento.

Comentario: Esta norma, si quieren, pueden dejarla, pero parece un retroceso, pues así aparecía en Colombia, durante el siglo XIX regulada la prole del dañado y punible ayuntamiento fruto del amancebamiento.

***.

Artículo 521.- En toda adopción se deberá asegurar:

I. A la VII

VIII. Que las autoridades procuren que el menor sujeto a adopción tenga la posibilidad de desarrollarse en un ambiente sano familiar fomentando los valores inherentes a su personalidad individual e identidad de género, así como los relativos a la convivencia, respeto y solidaridad humana.

.....

Sin comentario.

***.

Artículo 543.- En la adopción simple se transfiere la patria potestad así como la custodia personal, y sólo origina vínculos jurídicos entre el adoptante y el adoptado.

La adopción simple podrán realizarla personas que acrediten:

I. Ser hombre y mujer casados entre si y que vivan juntos; o por persona estando libre de matrimonio y siendo mayor de veinticinco años de edad.

Comentario: En Colombia, la adopción simple desapareció en 1975.

II Que tienen por lo menos quince años más de edad que la persona que se pretende adoptar; excepto cuando se trate de personas mayores incapaces;

III Que tienen medios bastantes para proveer debidamente a la subsistencia y educación del menor;

IV. Que la adopción es benéfica a éste; y

V. Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Artículo 569.- Los niños tienen derecho a que se promueva y respete **su personalidad individual e identidad de género**, a que se les encauce e inculquen valores positivos de la convivencia y solidaridad humana.

Comentario: La **libertad de la pareja para decidir el número de hijos**, es un aspecto que moral y bioéticamente pondera la situación económica de la pareja, la salud de la mujer y la edad que ésta tenga en el momento de determinar si es prudente procrear otro hijo o no. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-179 de 1993, consideró que *“si la pareja –como lo determina el artículo 42-, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en su vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad.”*

Para lograr una eficaz protección de los derechos del niño, la Convención que los reconoce, firmada en 1989, contó el día de su expedición con 61 países que la ratificaron para así permitir que en verdad los derechos de los menores prevalezcan sobre los demás.

En esa misma Convención, encontramos la **definición de NIÑO:** *“Es todo ser humano menor de dieciocho años, a menos que las leyes nacionales reconozcan la mayoría de edad de una forma diferente.”*

De la misma forma, la Convención consagra una serie de principios generales, que se pueden resumir así:

- “1. Los Estados deben asegurarse de que cada niño disfrute la totalidad de los derechos sin discriminación, ni distinción de ninguna clase.*
- 2. Los principales intereses del niño deben ser la preocupación primaria en todas las acciones concernientes a niños, ya sea bajo la protección de instituciones públicas o privadas, cortes, autoridades legislativas o cuerpos legislativos.*
- 3. Cada niño tiene un derecho inherente a la vida que los Estados deben proteger, en su máxima extensión, es decir, la supervivencia del niño y su desarrollo.*
- 4. Los niños tienen derecho a ser oídos. ”*

Pero, para lograr ese eficiente desarrollo, la Convención estipula los siguientes presupuestos sustanciales para el desarrollo del artículo:

- “1. Derechos civiles y libertades.*
- 2. Ambiente familiar.*
- 3. Salud básica y bienestar del niño.*
- 4. Educación y recreación.*
- 5. Medidas especiales de protección.*
 - 5.1. En situaciones de conflictos armados.*
 - 5.2. En situaciones donde los niños están en conflicto con la ley.*
 - 5.3. Instituciones de explotación.*
 - 5.4. Situaciones en las que los niños pertenecen a una minoría o a un grupo indigente. ”*

Uno de los derechos fundamentales de los niños y, en general, de las personas, consiste en tener una familia y no ser separado de ella. No obstante, cuando por diversas razones los padres se separan, y quedan de por medio menores, no puede entenderse que el padre a cuyo cuidado haya quedado el menor, sea quien decida, a su arbitrio, si el otro tiene o no derecho a entrevistarse con sus hijos. Esta decisión debe adoptarla, de común acuerdo, los progenitores, y a falta de entendimiento, las autoridades competentes.

Además, cuando una persona decide separarse, es el momento en que los hijos menores necesitan contar con mayores manifestaciones del amor que por ellos tienen los padres, en forma independiente de los sentimientos que la pareja tenga entre sí. Es por esto que las visitas regulares

y tranquilas del padre que no tiene el cuidado directo del menor, adquieren características importantes, tanto para el hijo como para el padre que requiere visitarlo.

Principios Fundamentales Relativos a los niños:

1. El principio de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. (El niño como sujeto privilegiado S. C-041/94 Corte Const.).
2. El principio de protección especial por parte el Estado, la familia y la sociedad. (Toda la legislación relativa a la infancia posee una finalidad protectora).
3. El principio del interés superior del niño, que posee como características según la Sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional: a. Es real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus aptitudes físicas y psicológicas; b. Es independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; c. Es un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; d. La garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.
4. El principio de la dignidad humana. La dignidad humana constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.
5. El principio de la solidaridad social. El Estado, según el artículo 13 de la Carta, protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.
6. El principio de reconocimiento pleno de los derechos y el principio de la intangibilidad de los derechos, garantías y libertades de los niños.

CONCLUSIÓN:

Finalmente, Honorables diputados, espero haber podido dar luces en la discusión.

Les ruego respetuosamente, hacerme llegar una constancia del recibo de este concepto, escaneado y en papel con membrete, a mi correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co y al correo electrónico hernanolano@gmail.com

De los HH. Diputados, con toda atención,

Prof. Dr. HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA, MSc., PhD.