

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA INFANCIA

Ingrid BRENA SESMA

SUMARIO: I. *Infancia*. II. *Referencia histórica*. III. *Protección legal*.
IV. *Posición de la legislación mexicana*. V. *Actuación del Estado*.
VI. *Conclusiones*.

I. INFANCIA

El estado de indefensión de los menores y la necesidad de protegerlos y proporcionarles la formación adecuada han motivado la acción de los grupos sociales a los cuales pertenecen. Desde el grupo primario, la familia, hasta la entidad social superior, el Estado, han desarrollado mecanismos destinados a proveer la protección de los menores.¹

La infancia se caracteriza por una situación de dependencia frente a otra de autonomía, propia de quienes ya normalmente desarrollados alcanzan la necesaria madurez para regir su propio destino.

La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo, que, referido al ser humano, se utiliza para diferenciar una circunstancia que ocurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo. Esta diferencia separa a una parte a la colectividad que aún no ha alcanzado el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial.

Al constituir la minoría de edad una realidad de la existencia humana, se quiere el aporte del medio social más inmediato para resolver los problemas que pudieran surgir. A partir de la familia, pasando por instituciones intermedias, hasta el Estado, todas tienen, dentro de sus esferas y, en cada situación concreta que atender a las necesidades del infante.

¹ Brena Sesma, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 17.

En la antigüedad, el menor estaba privado hasta del derecho a la vida, y la minoría de edad fue considerada como una situación sin importancia. ¿Cuándo y por qué la identidad pública comenzó a interesarse por los menores?, ¿en qué grado ha intervenido en los asuntos que a éstos conciernen?, ¿cuáles son las justificaciones y alcances de los actos de la autoridad pública?

II. REFERENCIA HISTÓRICA

El derecho romano, a través de diferentes instituciones, reguló la especial situación de los que no habían alcanzado la etapa adulta. Sin embargo, el enfoque que el ordenamiento jurídico dio a estas instituciones fue el del interés de los adultos y no el de los menores.

Por otro lado, en la Roma imperial, la situación de los huérfanos desprotegidos alcanzó tintes dramáticos. Resultaba tristemente frecuente ver morir niños en las calles, víctimas de enfermedades o malos tratos. La situación alcanza tal grado que el emperador Séptimio Severo² decidió enfrentar la situación y por medio de un edicto declaró la decisión imperial de convertirse en patrocinador de los débiles cualquiera que sea su situación, menores, viudas o pobres como una declaración de principios.

La Alta Edad Media se caracteriza por un alejamiento de la autoridad pública de la protección de los menores, pero, se vislumbra un acercamiento de la Iglesia cristiana a través del establecimiento de hospicios y orfanatos. Más tarde, el poder público intenta establecer magistraturas públicas para la protección de los menores abandonados como el “padre de los huérfanos”. Sin embargo, la labor de este magistrado resultó muy pobre, el “padre de huérfanos” fue más un represor que un defensor, pues entre sus funciones estaba la de castigar a los menores con azotes y cárcel.

Fue poco a poco y gracias a los esfuerzos de educadores y pedagogos visionarios como Pestalozzi, Montessori, y novelistas como Dickens, que se llamó la atención de la sociedad sobre la situación de los menores. La opinión pública del mundo occidental, va tomando consciencia de la desvalida condición de la infancia y como resultado de esa conscienci-

2 Séptimio Severo vivió en Roma del 193 al 211 a. C.

zación, las primeras leyes protectoras de niños aparecen a finales del siglo XIX.

Pero fue hasta mediados del siglo XX, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuando se dio un paso definitivo para la protección de los menores. En este documento se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. A pesar de este importante logro, más adelante se consideró que esta Declaración, de carácter tan general, no era suficiente para cubrir la protección completa de la infancia y, tras varios trabajos previos, en las cuales se involucran instituciones públicas y privadas de diferentes estados. El 20 de noviembre de 1989 se realizó la Convención sobre los Derechos de los Niños en la Ciudad de Nueva York.

La Convención redactó un documento que constituye el parteaguas respecto al reconocimiento de los derechos de niños y niñas. En ella se proclamó que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, éste debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Los niños deben estar plenamente preparados para una vida independiente en sociedad y de ser educados en un espíritu de paz, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. El niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después de su nacimiento.

III. PROTECCIÓN LEGAL

La protección legal del menor implica, en principio, la regulación del medio en el cual el menor se desarrolla en sus primeras etapas. La familia se integra básicamente por los padres y los hijos, en especial cuando éstos son menores dependientes de aquellos,³ si se trata de la familia en sentido estricto, aunque en otros casos los lazos se extienden hacia los abuelos, hermanos tíos y demás parientes si se trata de la familia en sentido amplio.

La familia como fenómeno histórico-cultural se ha convertido en una institución social cuya estructura, organización y funciones, sistema de valores

³ Corresponde a las leyes establecer la vinculación familiar y jurídica con otros miembros del grupo familiar.

y relaciones interindividuales varían dependiendo del tiempo y el espacio. Sin embargo, a pesar de la variedad de modelos familiares, el Estado, a través del derecho asume una función tuitiva frente a la familia y, desde luego frente a los menores.

La regulación jurídica que el Estado dicta en relación con la familia está determinada por el papel que en un momento el grupo representa para la sociedad. Actualmente existen dos grandes tendencias que señalan la relación del Estado con la familia, las dos tendencias buscan proteger a los menores en lo particular pero, en una de ellas, a través del grupo familiar y en otra, en forma más o menos directa.

En Roma, por citar una de las formas más clara de interacción, el poder público se relacionaba con las familias a través del *pater familiae*. Esta misma forma de relación directa entre Estado y familias fue planteada dentro de las corrientes corporativistas dominantes durante los siglos XIX y principios del XX, en las cuales fue frecuente la consideración de la familia como un organismo perteneciente al derecho público. Los poderes públicos no se vinculan con los individuos sino con sus agrupaciones, una de ellas la familia, que es un cuerpo intermedio entre el Estado y el individuo.⁴

En cambio, en otras tendencias, la familia es una institución que debe mantenerse en el ámbito particular pues no tiene una función pública que cumplir. Tal concepto liberal se basa en la filosofía de la mínima intervención estatal, con el riesgo de que en el seno de la familia se atente contra los derechos de los miembros integrantes de la misma, por falta de una supervisión o injerencia por parte de los órganos del Estado.

Las doctrinas actuales consideran peligrosa dicha postura, que podría desconocer al gran número de menores que se encuentran bajo la potestad de padres cuyas conductas, lejos de ser amorosas, llegan incluso a ocasionar serios daños a sus hijos. No han faltado las críticas al creciente intervencionismo estatal por la incidencia en la intimidad familiar, pero lo cierto es que cuando el menor se encuentra imposibilitado de llevar una vida normal en su hogar, se justifica plenamente la injerencia del Estado, como también en aquellos casos de menores que, por varias razones, se encuentran abandonados.

⁴ Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistemas de derecho civil, derecho de familia, derecho de sucesiones*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, vol. IV, 1984, p. 39.

En un sistema mixto, tanto los particulares como el sector público, interactúan para satisfacer las necesidades de los miembros del grupo familia. Se entiende que ambos sectores están obligados a colaborar, pues persiguen los mismos fines.

Podríamos situar a la Convención sobre los Derechos del Niño dentro de estos sistemas mixtos. Una lectura de su articulado nos da muestra de ello.

El artículo 3o. expresa que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés del niño.

Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.⁵

Los estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia de la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.⁶

La Convención hace hincapié en el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.⁷

A efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención, los estados parte presentarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales, para el desempeño de sus funciones o en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

5 *Convención de Derechos del Niño*, artículo 3o.

6 *Ibidem*, artículo 5o.

7 *Ibidem*, artículo 18.

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.⁸

Los estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.⁹ Otros de los derechos reconocidos son el derecho del niño a la educación¹⁰ y el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

Esta Convención es considerada como el marco legal de las responsabilidades de la sociedad para con los menores. Sus postulados fijan criterios para lograr la supervivencia, la salud, educación y sano esparcimiento de los menores así como la protección contra la violencia, explotación, el abuso físico o sexual en el hogar o fuera de éste. Para alcanzar tales fines enfatiza los deberes y derechos de aquellos que, de alguna manera, se hacen cargo de los menores y también se reconoce la función coadyuvante que el Estado debe prestar en algunos casos y en otros actuar de forma directa.

IV. POSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La protección del menor y de la familia ha alcanzado en nuestro país rango constitucional, el artículo 4o. de la ley suprema, reformado en varias ocasiones desde 1974 hasta 2000, se refiere a esa tutela. A través de las paulatinas reformas, se han ido introduciendo en el cuerpo normativo constitucional, diversas garantías orientadas para lograr la igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar y la paternidad responsable.¹¹

En 1980, después de declarado por las Naciones Unidas 1979, el Año Internacional del Niño, se adiciona el texto del artículo 4o. con el cual se eleva a rango constitucional los derechos del menor, gestándose un nuevo enfoque jurídico hacia el menor con la clara percepción de que

8 *Ibidem*, artículo 20.

9 *Ibidem*, artículo 24.

10 *Ibidem*, artículo 28.

11 *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1974.

éste requiere de un tratamiento especial.¹² Correlativamente se reconoce la responsabilidad de los padres y el apoyo institucional para la satisfacción de las necesidades de salvaguarda de los derechos fundamentales de la infancia.¹³

La última reforma modificó en 2000 el párrafo séptimo y subsecuentes del artículo 4o., de manera que el texto vigente expresa:

Párrafo segundo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia”.

Párrafo tercero: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

Séptimo y subsecuentes:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Este enunciado coincide, en esencia, con el contenido de la Convención Internacional sobre el Niño y coloca a nuestra legislación entre los sistemas de interacción familia y Estado. El poder público, admitiendo la relevancia de la familia como célula principal del contexto social, eleva a nivel constitucional su protección, así como el derecho de los menores a la salud y el derecho a recibir educación. Este reconocimiento significa que los poderes públicos asumen el compromiso de asegurar la unidad familiar en la cual los menores puedan desarrollarse en un ambiente apropiado. Al protegerse a la familia se protege a los menores. Desde luego, éstos no son los únicos derechos que se reconocen a los menores, su categoría de seres humanos implica que le sean reconocidas todas las garantías individuales contempladas en la Constitución.

El Estado asume su función de promotor de sistemas que permitan a los ciudadanos disfrutar de los derechos enunciados, pero delega en

¹² Lara Ponte, Rodolfo, “Comentarios al artículo 4o. constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, t. I, p. 44.

¹³ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo de 1980.

los particulares; ascendentes, tutores o custodios la obligación de preservar los derechos a la salud, educación, alimentación y sano esparcimiento, frente a los niños y las niñas, asumiendo el compromiso de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Las relaciones y hechos familiares requieren de la atención constitucional para que una vez situadas en ese nivel, las instituciones jurídicas solidifiquen, reafirmen y consoliden los deberes y obligaciones de los miembros del grupo familiar.¹⁴

La libertad para procrear supone el ejercicio de una garantía individual. Pero tal libertad tiene que ser completada con la obligación de mantener y formar a la descendencia, de darle nombre, una educación y un nivel de vida adecuado. La importancia de la filiación deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo.

El deber primario de proteger u educar a sus hijos corresponde a los padres, éstos son los principales obligados por su calidad de procreadores, pero en su falta o cuando el ejercicio de la patria potestad causa un perjuicio a los menores, éstos pueden ser atendidos por otros miembros de la familia y, a falta de otro sostén familiar, las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario para la promoción y protección de los menores y prestar auxilio a los padres, en caso de que lo necesiten para el cumplimiento de sus deberes de crianza y educación.

El texto constitucional debe entenderse como una garantía individual de la que gozan todos los menores con la consecuente responsabilidad de la autoridad de apoyar y proteger a los infantes para que logren su desarrollo físico y mental. La garantía social se extiende y amplía debiendo entenderse como asistencia social al menor que comprenda a los que carecen de un medio familiar o que, teniéndolo requieren de acciones del Estado para asegurar sus derechos humanos y la satisfacción de sus necesidades físicas y mentales indispensables.

¹⁴ Lara Ponte, Rodolfo, “Comentarios al artículo 4o. constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, t. I, p. 40.

V. ACTUACIÓN DEL ESTADO

El Estado actúa a través de sus órganos legislativos, administrativos y judiciales. Corresponde al Poder Legislativo promulgar leyes que protejan a los menores en sus derechos y libertades, que reconozcan como prioritario el interés del menor frente a otros intereses y que procuren servicios y oportunidades para que los menores se desarrollen adecuadamente en el mejor de los medios posibles.

En forma específica se protege a los menores en los códigos penales tanto federales como locales, la Ley Federal del Trabajo, Ley General de Salud Ley y sus reglamentos, Ley General de Educación y Ley sobre Sistema Nacional de Asistencia Social, por citar las más relevantes. En 2000, además de la reforma constitucional, apareció publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 31 de enero, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal y el 29 de mayo, del mismo año, el *Diario Oficial de la Federación* publicó la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Las leyes secundarias que regulan las relaciones familiares y también protegen los derechos de los menores son los códigos civiles que cada entidad de la Federación promulga. El Código del Distrito Federal contiene un capítulo denominado “De la familia” en él se establece que las disposiciones relativas a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto y la dignidad.

Este precepto muestra el propósito del legislador, acorde con el reconocimiento constitucional, de proteger las relaciones familiares, estableciendo para ellas un régimen legal de orden público el cual implica, entre otras consecuencias, la irrenunciabilidad de sus normas.

Además del sistema legislativo, el Poder Ejecutivo, a través de sus autoridades administrativas, cuenta con los medios económicos y logísticos para abocarse al cuidado de la persona de los menores. A la autoridad administrativa generalmente corresponde implementar medios de apoyo a la familia como subsidios, programas educativos y el establecimiento de centros educativos y de recreo familiar.

Con el sustento constitucional y a fin de implementar la tutela de los menores, el gobierno federal ha emitido diversos instrumentos legales, entre ellos, la Ley General de Salud y el Estatuto Orgánico del Sistema

Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. En el Estatuto se señalan entre los objetivos del DIF, entre ellos, apoyar el desarrollo de la familia, promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de la niñez, operar establecimientos de asistencia social, apoyar el ejercicio de la tutela de incapaces que corresponde al Estado.

A fin de evitar una excesiva injerencia del Estado, la intervención pública en los asuntos familiares debe iniciarse con acciones de apoyo educativo y de orientación a cualquier miembro del grupo familiar que lo solicite. Cuando se tenga noticia de que algún integrante de la familia amenace los derechos de algún menor, puede ejercer algunas medidas de control, por ejemplo, impedir que se acerque a un menor alguien que ha cometido contra él violencia. Si llegara el caso de producirse lesiones a los derechos fundamentales de los niños o niñas, deben seguirse los procedimientos judiciales necesarios para garantizar al menor la restitución de sus derechos y, de ser necesario el Estado debe ejercer en forma directa la protección de los menores.

Ministerio Público y Poder Judicial desempeñan funciones de control muy importantes. Corresponde al Ministerio Público del Distrito Federal “proteger los derechos e intereses de los menores” y dentro de sus atribuciones están las de promover la conciliación en los asuntos del orden familiar y coordinarse con las instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores para brindarles protección. La protección de los derechos inherentes a los menores consiste en la intervención en los procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables.¹⁵

Corresponde a los jueces de lo familiar conocer de todas las cuestiones familiares que reclamen intervención judicial.¹⁶ Los jueces de lo familiar están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservar y proteger a sus miembros.¹⁷

15 *Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.*

16 *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.*

17 *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, artículo 941.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento generalizado de la importancia de la infancia como la etapa de formación de los seres humanos, caracterizada por su vulnerabilidad, ha generado la necesidad de regular jurídicamente la vinculación de los menores, en primer término, con su entorno más cercano, el familiar, pero también con el resto de la sociedad, incluido el Estado.

El artículo 4o. constitucional debe entenderse como una garantía individual de la que gozan todos los menores. Consecuentemente, es responsabilidad de la autoridad, no sólo respetarla sino promover, a través de las instituciones públicas, la satisfacción de las necesidades de niñas y niños. El mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino que reconoce una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los infantes para que éstos logren su desarrollo físico y mental.

La protección a la familia conjuga responsabilidades privadas y estatales. Los derechos y las obligaciones de los miembros de la familia se combinan con los compromisos y la acción de los institutos estatales para asegurar y proteger a los individuos como parte integrante del grupo.¹⁸

El derecho privado regula las relaciones del menor con los otros miembros del grupo familiar. Sin embargo, ha podido comprobarse que la intervención del grupo familiar en la protección de los menores no sólo ha sido insuficiente, sino que, en ocasiones, algunos de sus miembros han actuado en perjuicio de los menores, incluso con violencia. Es entonces cuando el poder público debe asumir la función tutiva en forma directa a través del control sobre aquellos que directamente tienen bajo su cuidado al menor.¹⁹

La intervención estatal, sin embargo, admitiendo que México se encuentra en la tendencia de los sistemas mixtos de actuación Estado-familia, debe ser en todo caso subsidiaria y de supervisión y de control e injerencia sólo en aquellos casos que exista un riesgo o se cause un perjuicio a los menores o cuando éstos se hayan carentes de un grupo familiar.

Si bien los modelos familiares se alejan cada vez más del prototipo tradicional, al Estado le corresponde establecer y reglamentar las rela-

¹⁸ Lara Ponte, Rodolfo, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, p. 41.

ciones parentales y fomentarlas, independientemente del tipo de familia de que se trate, matrimonial, concubinaria o monoparental. Los distintos órganos del Estado deben ser capaces de detectar y tratar de evitar la violencia familiar y, en su caso, sancionarla y crear nuevas fórmulas eficaces para lograr el pago de pensiones alimentarias, por señalar los problemas que con mas frecuencia se presentan en la familia De manera indirecta corresponde a los poderes públicos crear las condiciones económicas para que las personas puedan hacer frente a sus obligaciones respecto a los miembros del grupo familiar.

Admitida la intervención del Estado en la protección de los menores integrados a un núcleo familiar, con mas razón el Estado debe asumir en forma directa la protección de los menores en situación de abandono, a través de servicios asistenciales especialmente implementados. Éstas son sólo algunas de las acciones que el Estado debe atender en forma urgente si realmente quiere cumplir con la declaración constitucional de protección a la familia y al menor.

Por último, es necesario que tanto las instancias públicas y como las privadas creen una cultura de respeto a los derechos fundamentales de las niñas y los niños y que sus acciones respondan a ese interés por la infancia que subyace en el sentido ético de la convivencia, y que se impone como deber para la sociedad de integrar a ella a los menores como la parte más vulnerable, pero también como la más prometedora que le significa su futuro.