

Unión Internacional del Notariado Latino

Comisión de Cooperación Notarial Internacional

La Protección Jurídica del Niño. Consideraciones Generales

Por

Fortino López Legazpi

Notario de Hermosillo, Sonora, México

Año Internacional del Niño

- 1979 -

INTRODUCCION:

Hay que decir desde luego que el derecho nunca se ha desentendido del niño. Tal hecho es consecuencia de que el derecho ha tenido necesariamente que ocuparse de la familia, que no puede concebirse sin el niño, ya que la procreación es el fin principal del matrimonio. La regulación de los efectos del matrimonio en relación con la persona y el patrimonio de los hijos, que se concreta en la patria potestad, el régimen de la tutela y la curatela, que se establece para la protección de los incapaces, entre ellos, los menores de edad, necesariamente implican que el derecho se ocupe de los niños. Esto por lo que hace al derecho civil. Pero no es la única rama del derecho que se ha ocupado de él. También lo han hecho, el derecho del trabajo y el derecho penal y, en el caso de este último, es tal la importancia que le ha dado que existe la tendencia a hacer del derecho penal relativo a los jóvenes delincuentes, sinónimo de derecho de los menores.¹

Naturalmente, el tratamiento que el derecho ha dado al niño ha ido variando en la medida que su situación de éste ha sufrido cambios en el contexto social. Un análisis del desarrollo histórico del tratamiento que el derecho ha dado al niño podría permitir establecer tal vez que, hasta hace algunas décadas, se atendía más preferentemente a su condición de hijo. Es decir, era la relación nacida de la paternidad la que inspiraba las normas reguladoras de su situación, más que la idea de que la niñez es una etapa de la vida de

1 Madame V. Degoumois, Encargada del Curso de Derecho de los Menores, de la Universidad de Ginebra. "Quelques Réflexions sur le droit des mineurs". Vol. 50 "Des memoires de la Faculté de Droit", pág. 92: "... L'empreinte d' un sceau dont il a peine a se dégager, au point que le droit pénal envers les jeuness criminels a tendance a devenir synonyme de droit des Mineurs".

las personas. El 20 de Noviembre de 1959, fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la “Declaración de los derechos del Niño”, marca el principio de un nuevo enfoque del tratamiento jurídico de éste, que desborda el marco familiar dentro del cual se le había contemplado.² El dramático cuadro de los niños víctimas inocentes de dos tremendas guerras, la posibilidad de su participación como fuerza de trabajo, la explosión demográfica y los avances de la genética y de la psicología vinieron a mostrar más fuertemente que la vida adulta depende en gran parte de la infancia, de manera que la atención de los hijos dejó ser un problema de la exclusiva responsabilidad de los padres para convertirse también en una responsabilidad social, como parece expresarlo uno de los considerandos de la “Declaración de los Derechos del Niño”: “La humanidad debe dar al niño lo mejor de ella misma”. Como consecuencia, se empieza a llamar la atención sobre aspectos a los cuales ninguna o muy poca se les había dado antes. Al niño se le contempla ya no sólo en el seno de la familia, sino como miembro de una comunidad nacional y, más todavía, internacional. Se habla así de nacionalidad, de seguridad social, de preferencia para ser protegidos y socorridos en todas las áreas y circunstancias de la vida... etc.

PRINCIPIOS BASICOS:

Las estadísticas son dolorosamente reveladoras de la angustiada situación de la niñez, a nivel mundial. Hambre, desnutrición, enfermedad, ignorancia, carencia total de amor, abandono y hasta desprecio parecen ser actualmente el único patrimonio de millones de ni-

2 En este aspecto, habría que ver si realmente no es necesario conservar algunas de las virtudes de la niñez a lo largo de toda la vida. Tal vez encontremos que hay cualidades de la niñez que trascienden esa edad. Resulta muy interesantes estas frases de Emmanuel Mounier: “En este mundo turbado, algunos hombres llegan a nosotros igual que niños de ojos cargados de milagros. Llevan sobre sí, como una sonrisa, esa pureza hacia la cual los demás aspiran trabajosamente, y de ese despertar que resplandece en ellos irradia un mensaje”. Citado por Jean-Marie Domenach, en “Mounier según Mounier” Editorial Laia. Barcelona. 1973. pág. 9. Quién sabe si la humanidad necesite más de los niños que éstos de ella.

ños, la mayoría de los que pueblan el mundo.³ Pero la enorme gravedad de esta situación no debe trastornarnos, hacernos perder la cabeza, de manera de precipitarnos a intentar soluciones no suficientemente maduras con una reflexión profunda. Para no caer en excesos o para salir de ellos, no hay que olvidar algunas verdades sobre el niño que darán firmeza y solidez a las medidas que se adopten para protegerlo y promover su desarrollo integral y servirán de principios rectores.

1.—En primer lugar, hay que partir del reconocimiento de que el niño es una persona. Es esta la razón toral de que el derecho deba protegerlo. La debilidad propia de su edad y cualquiera otra situación sólo tendrán relevancia en la medida en que afecten su persona. No olvidar esto evitará caer en sentimentalismos que lejos de favorecerlo, lo perjudican.

2.—En segundo lugar, hay que cuidarse de mirar al niño como una realidad independiente, aislada, fuera de un contexto social. Al niño no puede mirársele desligado de la familia, que es la esfera natural de su vida. Se dirá que precisamente una de las causas más importantes de los males de la niñez es que muchos niños nacen de relaciones extrafamiliares. Esto, lejos de desvirtuar la observación formulada, la refuerza. En efecto, todas las medidas que se adopten en esos casos deben tender a suplir la falta de ambiente familiar y mal podrían establecerse aquellas, si no se tuviera conciencia de que la familia, entendida no sólo como comunidad biológica, sino afectiva y espiritual, es el ambiente natural de la vida del niño, absolutamente necesario para su desarrollo integral.

Consecuencia de lo dicho es que los principales, los inmediatos, responsables del niño son los padres. La proyección social que indiscutiblemente han alcanzado los problemas de la niñez en nuestros días no puede justificar jamás que se excluya a los padres de esta

3 Al estar escribiendo este trabajo, el diario "Excélsior", de la ciudad de México, en su edición correspondiente al domingo 15 de abril de 1979, muestra los siguientes encabezados: "Desnutridos, 28 millones de niños en Latinoamérica: UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

"10 millones de niños mexicanos padecen hambre, señala Jesús Kumate, de la A.N.M. (Academia Nacional de Medicina)". También es frecuente hallar en los diarios anuncios de alquiler de casas o departamentos con la advertencia de que "no se aceptan niños ni perros".

responsabilidad. En cambio, sí hacen necesaria la ayuda y el apoyo de la comunidad para que cumplan su misión.

El olvido de este principio ha dado lugar a un gravísimo error: el de creer que el derecho solamente se ocupa del niño, cuando de una manera expresa lo menciona. La verdad es que todo el derecho de familia —matrimonio, divorcio, patria potestad, tutela, curatela, herencia... etc.— afecta directamente al niño. Así, ocurre que se ha querido ver en el matrimonio una mera relación contractual, que puede modificarse o disolverse prácticamente al arbitrio de quienes lo contraen, con total olvido de los hijos, cuya procreación es el fin principal de esa institución. Ya en esta línea, el derecho moderno no ha tenido el menor escrúpulo en aceptar no digamos el divorcio, sino, como causas del mismo, los motivos más triviales; no le ha importado equiparar prácticamente a la concubina con la mujer legítima, pues le da los mismos derechos, y borrar del derecho la filiación legítima que no merece ningún tratamiento especial, como debería ser, si al matrimonio se le diera su lugar de base y origen de la familia. Resulta verdaderamente trágico que en nombre de una mal entendida liberación de la mujer se dicten normas que la degradan y la inducen a no aspirar a la maternidad, como si ésta fuera un estigma y no la culminación de su grandeza.⁴

4 El artículo 467 del Código Civil para el Estado de Sonora dice: “Los cónyuges deben darse alimentos... La concubina tiene derecho a exigir alimentos al concubinario, siempre que reúna los requisitos exigidos por el artículo 1443 fracción Este último en ningún caso podrá exigir alimentos a aquella. El artículo 1443, Frac. V., dice: “El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: ... V. A la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato...”

El artículo 1711 dice: “La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes...”

Un análisis del derecho familiar moderno nos llevará tal vez a la conclusión de que el derecho lejos de proteger al niño, ha contribuido desgraciadamente a hundirlo más en su desamparo.

3.—Por último, no debe esperarse todo del derecho. Al efecto, es fácil entender que la protección del menor tiene otros aspectos que escapan al derecho. Tener en cuenta ésto evitará que se caiga en el falso optimismo de que un Código del Niño resolvería el problema.

El Código Civil para el Distrito Federal no reconoce a la concubina el derecho a alimentos frente al concubinario, pero sí el derecho a heredar en términos semejantes a los establecidos por el Código Civil de Sonora. Ver el art. 1635 del Código Civil del D. F.

Con ocasión del "Año Internacional de la Mujer" (1975), se hicieron algunas reformas al Código Civil para el Distrito Federal. No es la ocasión ni el lugar para hacer un análisis de ellas, basta para el presente trabajo señalar que al artículo 162, que originalmente decía: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente", se le añadieron estos dos párrafos: "TODA PERSONA TIENE DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS. POR LO QUE TOCA AL MATRIMONIO, ESTE DERECHO SERA EJERCIDO DE COMUN ACUERDO POR LOS CONYUGES", para fortalecer, según dice la iniciativa oficial, "la dimensión social de los derechos y deberes que nacen del matrimonio". El Lic. Ramón Sánchez Medal, Profesor de Derecho Civil en la Escuela Libre de Derecho, de la ciudad de México, en un opúsculo, publicado en 1975, sin pie de imprenta, pág. 28, dice: "De acuerdo con estas ideas, que son al fin las reflexiones del sentido común, es evidente que la doble adición al artículo 162 del Código Civil amerita dos importantes observaciones: primero, se introduce al terreno de la moral que no está bajo su cuidado directo; y segundo, dicha intromisión es para contrariar dos principios éticos, porque proclama la más irrestricta libertad en las relaciones sexuales fuera de matrimonio y, porque, lo que es más grave todavía trastoca las finalidades esenciales del matrimonio al desconocer el "débito conyugal", ya que conforme a la innovación legal recién introducida basta que uno de los cónyuges quiera realizar el acto conyugal o no lo quiera consumir en las condiciones aptas para la generación para que no se justifique la pretensión del otro cónyuge. Semejante novedad es inadmisibles, porque el concurso de voluntades o la voluntad conjunta de los dos cónyuges se requiere sólo para celebrar el matrimonio o para continuar con él en vigor, pero dicho acuerdo de voluntades o voluntad conjunta de ambos consortes no es necesario para cumplir con el "débito conyugal, pues éste debe obsequiarse a instancia de uno solo de los esposos, mientras subsista el matrimonio". ¿Beneficia esta libertad de los esposos a los hijos? Tal vez, hay que pensar que los hijos ya no son frutos del amor, sino caprichos de los cónyuges, semejantes a los de adquirir un automóvil, un abrigo de pieles o una lujosa residencia.

La reflexión sobre este caso particular parece confirmar lo que la historia ha puesto de manifiesto: la ineficacia del derecho para regular las relaciones familiares, cuando no se le limita a los aspectos patrimoniales. En la lucha por la secularización del derecho de familia se ha ido muy lejos, como consecuencia de un irracional jacobinismo. El resultado es, por ejemplo, que el matrimonio civil, en el aspecto sustancial de las relaciones íntimas de los cónyuges, se convierte en una grotesca parodia que provocaría risa, si no fuera porque ha socavado la institución matrimonial. Piénsese en la absoluta impotencia del derecho civil para obligar a un cónyuge a dar el débito, en el recurso de acudir a terceros para resolver graves cuestiones, entre otras, las relativas a los hijos, cuando no hay acuerdo o posibilidad de llegar a él. No hace falta aumentar la enumeración. Lo dicho basta para formarse una idea de la incapacidad del derecho para resolver el problema. No se niega —entiéndase bien— que el derecho debe regular las relaciones familiares. Simplemente se llama la atención para que lo haga dentro del campo que le corresponde, no solamente sin pretender invadir esferas que no le corresponden, sino apoyando los principios que regulan éstas. Particularmente, parece razonable afirmar que el derecho ganaría mucho si en lugar de pretender sustituír la moral, simplemente se limitara a reconocerla y apoyarla.

Dejando el ámbito de la moral, fácilmente se comprende que una eficaz protección del niño requiere, además de las normas jurídicas, medidas económicas, orientaciones políticas, y, en general, la creación o modificación de todas las estructuras sociales que sean necesarias. Piénsese, por ejemplo, en que el cumplimiento de la obligación de los padres de dar a sus hijos lo necesario para su desarrollo físico y espiritual, difícilmente se realizará, si la estructura económica no le permite obtener los ingresos suficientes para tal objeto.

TAREAS INMEDIATAS:

Con base en lo dicho, parece que la primera tarea que hay que intentar en este gravísimo problema sería la de hacer una cuidadosa y sincera revisión de las normas jurídicas sobre la familia para liberarlas de algunos vicios congénitos y buscar nuevas fórmulas que respondan mejor al momento actual.

Por ejemplo, casi en todos los modernos regímenes jurídicos se habla simplemente de menores de edad para designar a quienes no han alcanzado una cierta edad, determinante de la capacidad de ejercicio. Tal vez, sería conveniente hacer algunas distinciones, porque evidentemente no es igual la situación de un niño de 6 meses a la de uno de doce años. Aquí podrían venir en auxilio del derecho algunas ciencias, como la psicología, que podría ayudar a determinar el grado de evolución de la persona del niño para fijar los efectos jurídicos de sus actos.⁵

Se impone la revisión de la actual regulación jurídica del matrimonio, de las causales de divorcio, de la patria potestad, de la tutela y curatela, de la herencia, en el campo del derecho civil, igual cosa en el campo del derecho penal, en relación con la conducta antijurídica de los niños y del mismo modo un análisis del derecho laboral no sólo en lo relativo al posible empleo del niño como fuerza productiva, sino especialmente al trabajo de los padres, que puede ocasionar abandono o descuido de los hijos voluntariamente o por circunstancias insuperables. Habría también que examinar las disposiciones jurídicas que se refieran a la protección del niño, directa o indirectamente, como son las relativas a salud, seguridad social, educación, asistencia social... etc.

5 Los romanos hablaban de "infans" para referirse al que no había cumplido 7 años (Infans, de infari: no hablar), pero también distinguieron al "infantiae proximus" y al "pubertati proximus". La pubertad, que originalmente se fijaba en el momento en que se consideraban suficientemente desarrolladas las facultades físicas para el objeto principal del matrimonio, quedó fijada por Justiniano a los catorce años para los varones. La condición del infans en sus diversas etapas determinaba que la intervención de tutor fuera gestio o auctoritas. E. Pétit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1966. pág. 133 y siguientes.

EL PROBLEMA DESDE LA POSICION DEL NOTARIO:

Siendo básico para la intervención del notario el principio de la rogación, es decir, que la actuación del notario debe ser solicitada, resulta evidente que el notario no puede directamente promover la protección jurídica del niño, pero también lo es que puede ayudar muchísimo en la tarea. Desde luego, mostrándose celoso del cumplimiento de todas aquellas normas jurídicas que se han establecido en protección del niño, cuando éste participa en algún acto o negocio jurídico. Pero, tal vez, sea más importante lo que el notario puede sugerir para corregir, mejorar o proponer medidas que contribuyan al desarrollo integral y armónico del niño, porque indudablemente el contacto que el notario tiene con las personas que rodean la vida del niño: padres, familiares, tutores, curadores, etc., le permitirá apreciar los aciertos y las fallas.

En resumen, podrían establecerse las siguientes

CONCLUSIONES:

PRIMERA: El notario, por su condición de jurista, debe interesarse en que la protección jurídica para el niño sea lo más amplia y eficaz, e inspirarse, como punto de partida, en la “Declaración de los Derechos del Niño”, adoptada por las Naciones Unidas.

SEGUNDA: El notario, en el desempeño de su función, debe cuidar celosamente de que las normas jurídicas protectoras del niño sean cumplidas rigurosamente, procurando el mayor beneficio de éste.

TERCERA: El notario debe promover en el seno de sus colegios u organismos profesionales se estudie este problema y aportar su experiencia y conocimientos, a fin de corregir las fallas del actual

régimen jurídico de protección del niño, proponer mejoras y, en los países en que falte, el establecimiento de normas jurídicas protectoras del niño.

CUARTA: Los colegios y organismos de notarios deben, a su vez, proponer a las autoridades competentes todo cuanto pueda contribuir a hacer completa y eficaz la protección jurídica del niño.