

LOS INICIOS DE LA PROTECCION SOCIAL A LA INFANCIA EN ESPAÑA

por
Alvaro López Núñez
Introducción crítica de
Manuel Bueno
Julio Mijerza
Miguel Angel Pérez



**CE
DE**

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN CRÍTICA	15
PRÓLOGO	53

PRIMERA PARTE

LA SITUACION DE LA INFANCIA EN ESPAÑA

Capítulo I

ESTADO CIVIL DE LA INFANCIA	59
I. La filiación	59
II. La adopción	64
III. La patria potestad	65
IV. La tutela	68

Capítulo II

LA INFANCIA EN EL ASPECTO PENAL	75
I. Delitos contra la infancia	75
II. La infancia delincuente	85
III. Régimen penitenciario	91
IV. El Patronato	109

Capítulo III

LA INFANCIA EN EL ASPECTO SOCIAL	123
I. La ley del abandono	123
II. Mendicidad y vagancia	124
III. La golfería	130
IV. El niño obrero	137
V. Emigración infantil	146



Capítulo IV	
DEMOGRAFÍA INFANTIL	153
I. Natalidad	153
II. Mortalidad infantil	156
III. Protección a la maternidad	159
IV. Los niños expósitos	167
V. Puericultura	171
Capítulo V	
LOS NIÑOS ANORMALES	183
I. Concepto y clasificación de la anormalidad infantil	183
II. Los anormales en general, los del sistema nervioso y los del aparato locomotor	185
III. Los niños sordomudos	187
IV. Los niños ciegos	196
V. Los niños mentalmente anormales	203
Capítulo VI	
PEDIATRÍA	213
I. La salud de los niños	213
II. La asistencia a los niños enfermos	214
III. La viruela	218
IV. La difteria	222
V. La rabia	223
VI. Miscelánea pediátrica	225
VII. Talasoterapia	226
Capítulo VII	
LA PROTECCIÓN PEDAGÓGICA	231
I. La enseñanza oficial	231
II. La enseñanza privada	240
III. El analfabetismo	245
IV. Instituciones complementarias de la escuela	246
V. La formación profesional	255
Capítulo VIII	
MISCELÁNEA	265
I. Literatura infantil: Libros y periódicos	265
II. El seguro infantil	267
III. Mutualidad	269



SEGUNDA PARTE

INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA INFANCIA

Instituciones de protección en general	276
Instituciones protectoras de la primera infancia y de la maternidad	282
Instituciones en favor de los niños enfermos, anormales, etc.	287
Enseñanza de niñas anormales	291
Instituciones de corrección	292
Protección social contra el abandono, la vagancia, el vicio, etc.	296
Asilos de noche de Madrid	300
Instituciones varias	302

ANEXO

Legislación protectora de la infancia	307
---	-----

BIBLIOGRAFIA

I. Demografía	309
II. Puericultura	310
III. Higiene	312
IV. Colonias escolares	315
V. Pediatría	316
VI. Niños anormales	321
VII. Antropología, Psiquiatría, etc.	322
VIII. Protección social, corrección, etc.	323
IX. Miscelánea	324



ESTE libro, a diferencia de los cuatro anteriores de esta colección, no es una obra «doctrinal», sino puramente descriptiva. Es precisamente ese detalle el que motiva una cierta dificultad para orientar la introducción crítica y, al mismo tiempo, es esa característica la que le confiere un enorme interés histórico para todos los profesionales del niño (psicólogos, pedagogos, pediatras, trabajadores sociales e incluso legisladores), pues los datos que se contienen en la misma serían imposibles de obtener hoy en día. Por otra parte, su interés es aún mayor si se tiene en cuenta que es el primer balance español sobre la situación del niño desde el momento en que fue promulgada la primera Ley de Protección de la Infancia de nuestro país.

Por esa serie de consideraciones nos ha parecido necesario ofrecer, dentro de esta colección, a todos los profesionales del niño el magnífico y exhaustivo trabajo llevado a cabo por Alvaro López Núñez. Dadas las características de la obra, hemos considerado conveniente encargar la redacción de la introducción crítica a tres brillantes profesores universitarios: un especialista en derecho civil, otro en derecho penal y un eminente pediatra. Debe quedar claro que, aunque al final de dicha introducción figuren las tres rúbricas conjuntamente, cada uno de dichos especialistas es responsable por separado de los tres ámbitos mencionados.

Puesto que en la introducción crítica no se hace mención alguna a la problemática pedagógica, justamente como consecuencia del escaso porcentaje de páginas que el autor del libro dedica a esta parcela, a



continuación me voy a permitir la licencia de ofrecer a los lectores y lectoras unos breves datos, tomados de la obra que estoy presentando, con el fin de que puedan reflexionar sobre algunas de las causas del estado social del niño a comienzos del siglo XX en España.

A) Estado de las escuelas y del profesorado

Al inicio del actual siglo, según las estadísticas manejadas por López Núñez, había en España 2.205.327 niños escolarizados para una población de 26.098 maestros, lo cual da una ratio profesor-alumnos de 85. A la vista de esa situación, creo que no resulta nada demagógico sospechar que los maestros no pudieran preocuparse por individualizar sus enseñanzas, quedando siempre abocados al fracaso escolar los alumnos que más necesitan dicha individualización: los pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas.

A tan calamitosa situación hay que añadir el hecho de que los maestros no ganaban ni siquiera lo suficiente para comer (625 pts al año), amén de que cobraban tarde y mal. Que ello era así queda meridianamente claro cuando se echa un vistazo a los periódicos de la época. En la práctica totalidad de los mismos abundan las cartas de los maestros quejándose de que no cobran e incluso dejando constancia de verse obligados a abandonar las escuelas por falta de recursos materiales y económicos para subsistir, aún a riesgo de ser expedientados. Es más, en algún diario de la época (concretamente en El Liberal) esta serie de dramáticas noticias aparecían en una sección monográfica titulada LA VERGÜENZA NACIONAL.

B) Analfabetismo y condiciones familiares

En un país como el nuestro, que al inicio del siglo actual tenía una tasa media del 49% de personas analfabetas, era lógico que la situación de la infancia fuera tan dramática como la que se explicita a lo largo de las páginas de esta obra. Y no digamos nada en aquellas provincias en las que esa tasa era del 65%, como, por ejemplo, era el caso de la mayor parte de las provincias andaluzas, en las que, para mayor desgracia, más de la mitad de las familias vivían en la más



absoluta pobreza económica, a pesar de su riqueza agrícola, pero concentrada en unas pocas familias que solían vivir en la Corte para medrar en la política y en las luchas palaciegas.

En esas condiciones a nadie le puede extrañar que la Ley del 13 de marzo de 1900, sobre el trabajo de la mujer y de los menores de edad, fuera papel mojado, tal y como lo reflejan perfectamente las estadísticas y las condiciones del trabajo de los niños, incluso por debajo de los diez años, presentadas en las páginas de esta obra.

C) *Competencia pedagógica del autor*

Aunque Alvaro López Núñez era jurista de profesión, su formación pedagógica era de las más cualificadas de España en los albores del siglo XX, tal y como lo demuestran los siguientes datos tomados de Innovadores de la educación en España (Teresa Marín Eced, Universidad de Castilla-La Mancha, 1991).

Tres veces fue nombrado el señor López Núñez como representante del Gobierno español en congresos internacionales. En las tres ocasiones, como era habitual, fue la Junta de Ampliación de Estudios quien lo propuso.

La primera vez, junto a Miguel Granell y Forcadell, fue nombrado para asistir en Roma los días 22, 23 y 24 de agosto de 1911 al Congreso Internacional de Sordomudos. El señor López Núñez era por entonces secretario general del Patronato y presidente de la Asociación de Sordomudos de Madrid. ¿Quién mejor que él para representar a España? Pero razones de salud le hicieron renunciar a este viaje y le impidieron, por tanto, asistir al Congreso. La segunda vez que la Junta lo propuso fue para que representara a España como delegado en el Congreso de Trabajo a domicilio de Munich (1912) y la tercera, nuevamente fue elegido para el Congreso Internacional de Sordomudos en Lieja (1914). No hay constancia de su renuncia en estas dos ocasiones. De ahí que se consideren realizadas.

Pasados algunos años, el señor Núñez solicitó de la Junta que le enviara las publicaciones (Memorias, Anales y otras) para una

biblioteca circulante popular que él había organizado en El Escorial. La Junta le envió los Anales. Era el año 1916 y el señor Núñez estaba trabajando para difundir lo que él había aprendido en los congresos europeos.

Por la categoría de las personas que opinaron sobre la competencia profesional de este becado para que fuera propuesto como delegado al Congreso Internacional de Sordomudos de Lieja en 1914 y por su propia trayectoria profesional, la Junta llegó a decir de él, en el oficio de propuesta al Ministerio de Instrucción Pública, palabras tan elogiosas como éstas:

«La designación del señor López Núñez la hace esta Junta en consideración a que es persona que tiene probada aptitud para asegurar un provechoso fruto de su asistencia al citado Congreso, toda vez que viene dedicándose al estudio de estos problemas desde sus cargos, el ya citado de presidente de la Asociación de Sordomudos de Madrid y el de vicepresidente del Patronato de Anormales. Además ha publicado varias obras sobre esta interesante materia».

Santiago MOLINA GARCÍA

1.- PANORAMA ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

La obra de don ALVARO LÓPEZ NÚÑEZ contiene una completa exposición del tratamiento legal referible a la infancia en las distintas ramas del Derecho. Sin embargo, el régimen jurídico ha ido evolucionando, acompasado, en mayor o menor medida, a la realidad social existente en los períodos históricos posteriores. El resultado de todo ello es el vivo contraste que resulta de cotejar las leyes vigentes con las que estaban en vigor cuando se publicó el libro de LÓPEZ NÚÑEZ. Y acaso la diversidad resulta más llamativa tratándose de las leyes penales y civiles. Por ello parece oportuno aludir al régimen jurídico que otorga hoy en día el Derecho civil a los menores (I), así como a las normas del Derecho penal vinculadas a la infancia (II). Junto con lo anterior, parece también conveniente resaltar el tratamiento interdisciplinar de los problemas de la infancia al que, si bien de forma paulatina, responden algunas de las normas en vigor (III).

1.1.- Punto de vista del Derecho civil

Como anticipamos, el régimen vigente que asigna el Derecho civil a las instituciones jurídicas que en dicho ámbito son referibles a la infancia difiere notablemente del tratamien-



to que, al respecto, se contiene en la monografía de LÓPEZ NÚÑEZ. Ello es así porque han sido derogadas las leyes que estaban en vigor cuando el autor escribió su obra. Y es que, en buena medida, las normas civiles que regulan el régimen de la familia y de las instituciones destinadas a la protección de menores tienen su justificación en la necesidad de conseguir una acomodación del Código civil a lo dispuesto en los artículos 14, 32 y 39 de la Constitución de 1978. Entre otras cosas, los citados artículos sancionaron la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, admitieron la disolución del vínculo matrimonial, establecieron la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, e impusieron a los poderes públicos el deber de posibilitar la investigación de la paternidad y de proteger a la familia y a la infancia. A resultas de ello, se promulgaron diversas leyes que modificaron el régimen otorgado por el Código civil a las instituciones civiles referentes a los menores.

En lo que aquí pudiera ser de interés, por ley de 13 de mayo de 1981 se reforma el régimen jurídico de la filiación y de la patria potestad. Por lo que respecta a la filiación: se equiparan en derechos los hijos matrimoniales y no matrimoniales, estableciéndose el principio de igualdad de efectos entre las diversas clases de filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva- (*vid.* artículo 08 Cc.); se pretende fundamentar la filiación en la verdad biológica y a tal fin se permite la libre investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas (*vid.* art. 127 Cc.), y se suprimen algunas de las restricciones que impedían la aproximación entre la filiación y la realidad biológica, a la vez que se otorga un nuevo tratamiento a las acciones de reclamación e impugnación de la filiación (*vid.* arts. 127 y ss. Cc.). Por lo que respecta a la *patria potestad* que asiste a los padres respecto de los hijos no emancipados: se la configura como función que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, o por uno con el consentimiento del otro (*vid.* art. 156 Cc.); en atención al interés del menor se acentúa la intervención y vigilancia del juez en el ejercicio de la patria potestad (*vid.* arts. 156, 158,

160, 163, 166 y 167 Cc.), y, en sustitución de la tutela, se admite la patria potestad prorrogada cuando el hijo mayor de edad hubiera sido incapacitado (*vid.* art. 171 Cc.).

A su vez, por ley de 24 de octubre de 1983 se modifica el Código civil en materia de *tutela*, institución de guarda cuya finalidad es atender el cuidado de la persona y bienes de los menores e incapacitados no sometidos a patria potestad. Sobre la citada reforma baste decir aquí que supuso lo siguiente: frente al sistema anterior de tutela configurada como categoría unitaria, la instauración de un sistema de pluralidad institucional de la guarda legal –tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho– (*vid.* art. 215 Cc.); frente al régimen anterior de tutela de familia –organizada en torno al tutor, protutor y consejo de familia– la introducción de una tutela de autoridad que, respecto del tutor, supone dotar al juez de mayores facultades de intervención en sustitución de las que tenía asignadas el consejo de familia; y la reforma supuso también una mayor limitación en el ejercicio de la tutela mediante la atribución al ministerio fiscal y a la autoridad judicial de funciones de vigilancia y control (*vid.* arts. 232, 233 y 271 a 273 Cc.).

Por último, la ley de 11 de noviembre de 1987 introduce novedades relevantes en materia de *protección de menores* y reforma el régimen jurídico de la *adopción*. En concreto: se atribuye a las entidades públicas competentes la tutela de los menores desamparados, entendiéndose que están en dicha situación los menores privados de asistencia moral o material (*vid.* art. 172 Cc.); la tutela que corresponde a las entidades públicas se concibe como función transitoria de protección que puede avocar en la reinserción del menor en su familia (*vid.* art. 172 Cc.), en la constitución de la tutela ordinaria (*vid.* art. 239 Cc.), o en la adopción del menor en desamparo (*vid.* art. 177 Cc.); se regula la figura del acogimiento como cauce temporal para procurar, en tanto no se adopte otra solución de carácter estable, la atención en un ámbito familiar de los menores en desamparo (*vid.* art. 173 Cc.); se atribuye a

las entidades públicas competencias en relación con el acogimiento familiar y la adopción, de manera que, a salvo ciertas excepciones, la formalización del acogimiento precisa del consentimiento de la entidad pública (*vid.* art. 173 Cc.), e igualmente se requiere propuesta previa de la entidad para poder iniciar el expediente de adopción de un menor (*vid.* art. 176 Cc.); además de todo ello, se propicia el acceso a la adopción y se simplifica el procedimiento para constituir el vínculo adoptivo (*vid.* arts. 175 y 177 Cc.).

En otro orden de cosas, las reformas de las instituciones civiles que afectan a la infancia han supuesto, en último término, la instauración en el Derecho español de *un principio de prioridad del interés del menor*. Este principio es el que ha inspirado el régimen jurídico vigente otorgado por el legislador a la patria potestad y a la tutela ordinaria, así como a las medidas tendentes a la protección de los menores en desamparo. Ello por cuanto que las instituciones de guarda están configuradas tomando como punto de referencia no a quienes las ejercen, sino al menor. Asimismo, ha sido la salvaguarda del interés del niño lo que ha determinado la intervención, tanto de la autoridad judicial como del ministerio fiscal, en funciones de vigilancia y control de las instituciones de guarda. Pero además de lo anterior, el principio de que tratamos se concreta en determinadas consecuencias que cabría resumir del siguiente modo:

- En primer lugar, el interés del menor y el respeto a su personalidad condiciona la adopción por los padres y tutores de las medidas que conciernen al niño, constituyendo el parámetro que permite enjuiciar los actos que tuvieran como destinatario al sometido a patria potestad o a tutela (*vid.* artículos 154 y 216 Cc.).
- En segundo lugar, el interés del menor determina las medidas que la entidad pública debe tomar para que el niño que está en situación de desam-

paro goce de la asistencia moral y material de la que carece. En particular, la valoración del beneficio del menor es lo que motiva que la entidad acuerde: reinsertar al niño en su familia de origen (*vid.* art. 172 Cc.), promover la adopción del menor (*vid.* art. 239 Cc.), o impulsar la constitución de la tutela ordinaria (*vid.* art. 239 Cc.). También en este ámbito, la valoración del beneficio del menor actúa en la formalización del acogimiento familiar a instaurar con carácter transitorio, bien antes de dar al niño en adopción, o bien antes de reinsertarle en su propia familia (*vid.* art. 173 Cc.).

- En tercer lugar, el beneficio del menor y el respeto a su personalidad ha motivado que las reformas propicien su participación en la toma de decisiones que pudieran afectarle. A este respecto sucede que si el niño tuviera suficiente juicio deberá ser oído: por el juez, antes de decidir sobre la constitución de la tutela ordinaria o de resolver cuestiones referentes al ejercicio de la función tutelar (*vid.* arts. 231, 237 y 273 Cc.); por sus padres, y en su caso por el juez, cuando proceda resolver cuestiones que incumben al sometido a patria potestad (*vid.* arts. 154 y 156 Cc.), y también por el juez, cuando se tratara de dar al menor en adopción (*vid.* art. 177 Cc.). Todavía más, si el niño fuera mayor de doce años no se podría constituir el acogimiento familiar ni la adopción de no mediar su consentimiento (*vid.* arts. 173 y 177 Cc.).
- Y en cuarto lugar, el principio de prevalencia del interés del menor se erige en pauta a la que hay que acudir cuando en un caso concreto se suscite algún conflicto de intereses entre el niño y quienes ejercen las funciones de guarda, o un conflicto entre los propios padres que tuviera repercusión en la

persona del menor. En este ámbito, el beneficio del menor cobra una relevancia especial en situaciones de crisis matrimonial. Sobre este particular ocurre que: los acuerdos de los padres o las resoluciones judiciales acerca de la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, o relacionados con la prestación de alimentos, o concernientes al régimen de visitas, pasan por la previa audiencia del menor y la valoración de los que para el niño pudiera ser más beneficioso (*vid.* arts. 90, 92, 96, 103, 156 y 159 del Código civil).

1.2.- Punto de vista del Derecho penal

Desde el punto de vista del Derecho penal, la infancia también ha sido objeto de una especial atención por parte del legislador a lo largo de la historia. No obstante, la forma de articular dicha protección ha dependido asimismo de las concepciones sociales y políticas existentes en cada periodo concreto, y ha estado guiada por la íntima conexión existente entre Constitución y Código penal. En todo caso, la especial atención del legislador se ha concretado sobre todo con referencia a la pena a imponer en los supuestos de presencia de un menor, ya sea en el lado activo o en el pasivo, en la comisión de un hecho delictivo.

Atendiendo en primer lugar al *menor como sujeto pasivo del delito*, con carácter previo a un examen particularizado de los diferentes supuestos, conviene señalar lo siguiente: 1º, que con el transcurso del tiempo, el Derecho penal, cuya función esencial es determinar las penas con las que deben castigarse los hechos constitutivos de delito, ha ido remitiendo el rigor de las penas; además de por otras razones, ello ha sido así debido a que las penas de los hechos constitutivos de delitos suponen la privación o restricción de derechos fundamentales —en la actualidad, básicamente, el derecho a la libertad—. Y 2º, que el Derecho penal ha protegido y sigue protegiendo más el ataque

contra el bien jurídico «vida humana independiente», que el que afecta a la «vida humana dependiente»; es decir: se castigan con una pena más elevada los delitos contra la vida de una persona ya nacida que el delito que tienen como sujeto pasivo a la persona no nacida. Partiendo de las consideraciones anteriores, cabe resumir el tratamiento vigente que otorga el Derecho penal a los casos en que el menor es sujeto pasivo del delito con referencia a las consideraciones que se exponen a continuación.

- En los «delitos contra la vida humana dependiente»—*el delito de aborto*—, desde el Código vigente cuando se publicó la obra de LÓPEZ NUÑEZ hasta la actualidad, el legislador se ha preocupado por incorporar al Código penal y describir de modo minucioso todas las posibles conductas que, de forma dolosa y en algún caso culposa, dan lugar a la muerte de la persona aún no nacida. Además, ello se ha hecho castigando más severamente tales conductas cuando quien las realiza es un facultativo o farmacéutico. Por lo que respecta al régimen jurídico vigente, a partir de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, la protección otorgada a la persona humana no nacida es menor. Ello ya que con la introducción del artículo 417 bis del Código penal existen tres supuestos en los que el delito de aborto, concurriendo unas determinadas circunstancias, «no será punible».
- En los «delitos contra la vida humana independiente» una de las cuestiones que constantemente se plantea al legislador es la de determinar la edad del menor para ser sujeto de protección penal. Comenzando por el *delito de infanticidio*, hasta el Código penal de 1932 se definía como la muerte por la madre o abuelos paternos del nacido «que no haya cumplido tres días». A partir del citado Código de 1932 se suprime la referencia a los tres días y se hace comprender en el delito de infanticidio



la muerte del «recién nacido». Por este cauce se amplían los supuestos de infanticidio, castigados con la pena de prisión menor (artículo 410 Cp.), que en otro caso constituirían un delito de parricidio, que contempla la muerte de los descendientes en general y conlleva la pena más grave de reclusión mayor (art. 405 Cp.). Si se le compara con el parricidio, el trato más benigno otorgado al delito de infanticidio ha estado motivado porque, desde siempre, el legislador ha tenido en cuenta el móvil de ocultar la deshonra que puede suponer para la madre el nacimiento de hijos no matrimoniales.

Por lo que se refiere a los *delitos contra la libertad sexual* y su posible relación con los menores hay que decir: 1º, que a partir de la Ley 46/1978, 7 de octubre, ya son sujeto pasivo de los delitos de «estupro» y «rapto» tanto la mujer como el hombre; lo mismo ha sucedido, a partir de la Ley Orgánica 3/1989, 21 de junio, con el delito de «violación», de manera que actualmente el sujeto pasivo de este delito es toda persona con independencia de su sexo. 2º, que si la víctima fuera menor de doce años se produce siempre el delito de violación o, en su caso, el de rapto; y ello, por tanto, aun cuando hubiera mediado anuencia por parte del menor (arts. 429 y 440 Cp.). Y 3º, que en el régimen vigente, a diferencia de lo que sucede en los delitos de violación y rapto, ya sólo se penaliza el estupro cuando la víctima es menor de dieciocho años (art. 434 Cp.).

Relacionado con los delitos anteriores se encuentran los de «prostitución» y «corrupción» de menores» (arts. 452 bis, a y siguientes Cp.). En concreto: se castiga con carácter general al que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años (art. 452 bis, b Cp.); y mediando determinadas circunstancias, el artículo 452 bis e) del Código penal castiga, por omisión, a la persona bajo cuya potestad, guarda o autoridad, estuviere el menor sometido a prostitución o corrupción.

Otro delito relacionado con la libertad sexual es el de escándalo público, regulado desde siempre en los distintos códigos penales sin limitarlo a los casos en que el sujeto pasivo fuera un menor. Sin embargo, a partir de la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, bajo la rúbrica de los delitos de «exhibicionismo y provocación sexual», aquel tipo delictivo resulta configurado de forma más limitada, ya que se dirige a proteger exclusivamente a los menores de edad y a los deficientes mentales; además, se establecen diferentes penas según si el sujeto pasivo fuera mayor o menor de dieciséis años (arts. 431 y 432 Cp.)

En cuanto a los llamados *delitos «contra la integridad corporal»* (delitos de lesiones), no cabe obviar el hecho de que el legislador agrava la cuantía de la pena cuando las lesiones afectan a un menor y estuvieran producidas por un ascendiente del mismo. La única excepción estaba representada por el caso de que las lesiones las ocasionara el padre, excediéndose en la corrección del hijo. No obstante, esta excepción tradicional fue suprimida por la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de mayo, con lo cual se ha ampliado el ámbito de protección dispensado al menor en este tipo de delitos. También en relación con el delito de lesiones, a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, mediando determinadas circunstancias ya no es punible, con independencia de la edad, la esterilización del incapaz (art. 428 Cp.).

La libertad y seguridad del menor son objeto de protección penal a través de la tipificación de las siguientes conductas: la *sustracción de menores* y el *abandono de niños*. En cuanto al primero de estos delitos, el legislador ha sido constante al establecer la edad siete años para delimitar el tipo penal. Ello en el sentido de que la sustracción del menor de siete años lleva aparejada una pena más grave que la sustracción que tiene como sujeto pasivo al menor de edad, pero mayor de siete años. En cuanto al delito de abandono de niños, la edad de siete años es también la que determina la tipificación o no de la conducta. Junto con los tipos delictivos expuestos, a partir del Código



penal de 1944 se incorporó a dicho cuerpo legal el *delito de abandono de familia*, una de cuyas formas de comisión afecta directamente al menor: dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a los descendientes menores de edad (art. 487.2 Cp.). Este delito no sólo permanece en la actualidad, sino que se ha ampliado la protección que dispensa por medio de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que establece como figura delictiva el dejar de prestar la asistencia económica derivada de una resolución judicial de nulidad, separación o divorcio (art. 487 bis Cp.).

Siguiendo con la exposición del régimen vigente sobre la infancia como sujeto pasivo del delito, el *estado civil del menor* constituye también un bien jurídico protegido por el legislador penal. Y ello, ya lo sea con referencia a la suposición de parto, a la sustitución de un niño por otro, a la ocultación de un hijo, o su exposición (art. 468 Cp.). En cuanto a su configuración delictiva, los tipos penales aludidos no han sufrido ninguna modificación desde el Código penal de 1870, salvo la supresión de la referencia que en ellos se hacía al hijo «legítimo», calificación carente de sentido desde la citada reforma del Código civil del año 1981, que la suprimió.

Además de los tipos penales concretos que han sido examinados, es conveniente señalar que para el legislador penal el hecho de que sea un niño el sujeto pasivo del delito constituye causa suficiente para dar lugar a una agravante (abuso de superioridad, desprecio, etc.) del delito de que se trate y, por tanto, la imposición de una pena más grave.

Si atendemos ahora a la posición jurídica del *menor como sujeto activo del delito*, hay que poner de relieve que las leyes se han preocupado de establecer la edad a partir de la cual se puede imputar un delito con el fin de asignar a los menores un régimen más benigno. Sobre este particular la ley penal considera la minoría de edad de dieciséis años como causa de inculpabilidad (imputabilidad) de forma que, sin perjuicio de las medidas a adoptar en este caso por el Tribunal Tutelar de

Menores, no cabe imputar delito alguno a quienes no alcanzasen dicha edad (art. 8 Cp.). Junto con lo anterior, la norma penal considera la edad por debajo de los dieciocho años como atenuante, de manera que se rebaja en uno o dos grados la pena a imponer en tales circunstancias (arts. 9 y 65 Cp.).

Pero el legislador ha tratado también de sustituir las penas por otras medidas de distinta naturaleza, así como de alejar al menor de los procedimientos penales ordinarios. A tal fin ocurre que, tratándose de un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, se le podrá sustituir la pena impuesta por un internamiento, hasta conseguir su corrección, en una institución especial de reforma (art. 65 Cp.). Y ocurre también que a los menores de dieciséis años que hubiesen ejecutado un hecho penado por la ley se les confía a los Tribunales Tutelares de Menores (art. 8 Cp.).

1.3.- Interdisciplinaria de los problemas de la infancia

En relación con lo que se ha expuesto en orden al tratamiento otorgado en sede civil y penal a los menores, conviene resaltar que la obra de LÓPEZ NÚÑEZ subyace una visión global de la infancia y responde, en el fondo, a un afán por alcanzar un tratamiento interdisciplinario de los problemas que afectan a los menores. A tal fin parece evidente que las medidas legales son por sí mismas insuficientes. En efecto: cabe afirmar que en la actualidad ya existe coincidencia al afirmar la necesidad de contar, sobre todo en circunstancias de especial relevancia para el menor, con la cooperación del personal dedicado a la atención y asistencia familiares. Es por ello por lo que las últimas reformas del Derecho civil que afectan a la infancia están haciendo participar, si bien de forma paulatina, a personas ajenas a las que tienen encomendada por ley la tutela jurisdiccional de los menores.

Así, en un primer momento la ley de 7 de 1981 introdujo el dictamen de especialistas en las medidas judiciales sobre el

cuidado, educación y guarda de los hijos en los casos de separación, nulidad y divorcio de los padres. Pero ha sido la ley de 11 de noviembre de 1987 la que ha posibilitado, en relación con las materias que regula, una mayor participación del personal dedicado a la atención y asistencia a la infancia. Y es que la citada ley no ha atribuido a las entidades públicas una tutela sobre los menores en desamparo con objeto de administrativizar las instituciones civiles de guarda. Antes bien, la finalidad perseguida con la instauración de la tutela administrativa ha sido la de conseguir que, por el cauce de las entidades públicas, sea el personal especializado quien guíe la resolución judicial pertinente. Así lo declaraba el entonces ministro de Justicia cuando intervino ante el Senado para presentar en nombre del Gobierno el proyecto que, tras la oportuna tramitación parlamentaria, daría lugar a la vigente ley de 11 de noviembre de 1987.

En concreto, al fin de explicar las razones de la intervención administrativa que se iba a establecer, el señor LEDESMA manifestaba lo siguiente: «...una de las finalidades que persigue esta reforma... es la de superar una consideración de la protección de menores... como una cuestión preponderantemente propia o exclusiva de la Administración de Justicia... el proyecto y el dictamen que se empieza a debatir... parten de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios sociales, como la psicología, la sociología y la pedagogía, etc., predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes, como son los criterios técnicojurídicos...» (véase *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, III legislatura, 1987, nº 46, p. 1724).

Si se cumplieran las previsiones transcritas, las decisiones judiciales que precisen de una previa valoración del interés del menor en desamparo habrían de estar predeterminadas por una valoración al respecto del personal especializado en la atención y asistencia a la infancia. Claro que una cosa son las

previsiones legales y otra bien distinta el modo en que, en la práctica, se aplican las reformas.

2.- LA PEDIATRÍA. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA INFANCIA

En el año 1908 tuvo lugar el Congreso Nacional de Educación Protectora de la Infancia abandonada, viciosa y delincuente. Al presentar la reedición de la obra *La Protección a la Infancia en España*, sobrecogen los últimos adjetivos, particularmente al reflexionar sobre los mismos en los años postreros de esta centuria.

La Pediatría es la medicina interna del ser humano durante el período de desarrollo y crecimiento. La Pediatría, como especialidad médica, se inicia durante el siglo XIX, y hasta el comienzo del siglo actual la mortalidad infantil se encontraba alrededor del 200 por 1000. En nuestro país el coeficiente de mortalidad infantil era concretamente 26,07 por 1000 habitantes, lo que hacía ocupar a España el cuarto lugar de la serie demográfica correspondiente a Europa. El profesor Patricio Borobio, catedrático de Pediatría de Zaragoza, expresaba esta magnitud en el siguiente texto: «Todo puede ser para el niño causa de muerte: la acción inclemente de los agentes cósmicos; el aire que, en vez de vivificar, congestiona, acatarra o inflama; el frío que, en vez de entonar, hiela; el calor que, lejos de incubar, enerva; el alimento impropio o excesivo que, no pudiendo nutrir, envenena; el diente que sale; el miembro que crece; el órgano que se desenvuelve y la nueva función que aparece; la miseria orgánica que mina por dentro y la infección que viene de fuera; lo heredado y lo adquirido; lo patológico y lo fisiológico; todo, absolutamente todo, puede conspirar contra la vida del niño. Y como las resistencias son menores que el ataque, el niño sucumbe, y una vida, cien vidas, mil vidas, innumerables vidas, pasan con la rapidez de meteoros sobre el vasto escenario de la impasible Naturaleza». Este texto está recogido en el precioso libro que prologamos y que



puede servir de antítesis a algunos de los comentarios que hacemos a continuación.

2.1.- Situación actual

En el momento actual, las tasas de mortalidad infantil, indicador negativo de salud, alcanzan en los países desarrollados cifras entre el 7-8 por 1000. En estos países, la introducción de seguros sociales organizados, el descenso de la natalidad, la aparición de las distintas especialidades pediátricas y la incorporación de la tecnología de la información, coinciden con el impresionante descenso de la mortalidad infantil.

El nivel asistencial de una sociedad se puede medir valorando la atención que presta a sus mayores, a los impedidos y a sus miembros más jóvenes. Con frecuencia son estos últimos los que encuentran más problemas en palabras de VAUGHAN (1989).

Los problemas sanitarios de los niños son muy diferentes de los que presentan los adultos, ya que su respuesta está en función de la edad. Varían enormemente de un país a otro y dependen de factores como: prevalencia y características de los agentes infecciosos y sus huéspedes; clima y características geográficas; recursos y técnicas de explotación agrícolas; factores educacionales, económicos y socioculturales; e incidencia genética de algunos trastornos.

Recientemente se ha prestado gran atención a los aspectos sociales y conductuales de la salud infantil, que van desde una reconsideración de los métodos de educación hasta la creación de programas para la prevención y tratamiento de los abusos y malos tratos de los niños.

La infancia es un período crucial por muy diversas razones: Las enfermedades hereditarias o desórdenes genéticos habitualmente se manifiestan durante la niñez; el proceso del

nacimiento puede tener una influencia decisiva en el futuro del individuo; ciertas enfermedades que hace unos años tenían un pronóstico fatal ahora dan lugar a una evolución crónica; determinadas enfermedades, incluyendo las más graves de origen infeccioso, pueden actualmente ser tratadas eficazmente e incluso prevenirse.

La enfermedad, la dieta, las influencias ambientales y el estilo de vida en la infancia son de gran importancia. En los últimos veinticinco años el concepto de salud infantil ha sufrido importantes transformaciones en una sociedad sometida a profundos cambios.

La disminución de las enfermedades infecciosas y nutricionales, junto con el notable progreso experimentado por la tecnología en el diagnóstico por la imagen y en la práctica de laboratorio, han permitido identificar entre un gran espectro de enfermedades, aspectos específicos que con anterioridad se desconocían. La aceleración de los fenómenos científicos ha transformado la medicina infantil, que ha pasado de ser una medicina curativa a transformarse en una medicina preventiva.

La clásica dialéctica etológica «natura versus nurtura», se concreta en el momento actual en resolver los aspectos preventivos de las enfermedades ambientales y de las hereditarias. Actualmente en las salas de pediatría de nuestros hospitales es habitual la falta de ocupación de sus camas en una importante proporción. Los antiguos niños ingresados por problemas infecciosos o nutricionales, han sido sustituidos por pacientes afectos de neoplasias, enfermedades hereditarias y accidentes e intoxicaciones.

Los problemas sociales que significaron la infancia abandonada, viciosa y delincuente no han desaparecido en nuestra sociedad actual. En los países en vías de desarrollo este es un problema endémico, agravado por la cultura del narcotráfico, las profundas transformaciones de la familia que hacen que este núcleo esté severamente en crisis, el tráfico de

niños y otros problemas, no menos importantes. Paradójicamente en los países desarrollados se asiste a hechos tan destacados como la presencia de cocaína en la orina de recién nacidos de las maternidades de Harlem en Nueva York en una proporción de más del 10%, o se asiste diariamente al triste espectáculo del síndrome del niño maltratado. La violencia es un problema de proporciones alarmantes en la actual Pediatría. Se estima que, actualmente, el número anual de homicidios en U.S.A. es de 20.000, de los que el 25% permanecen sin resolver, incluyendo 2.000 niños cada año, cuyos cuerpos quedan sin identificar.

En esta centuria se ha asistido a un espectacular progreso en las ciencias biomédicas, en los cuidados clínicos y en los procedimientos tecnológicos. Recientemente los métodos de biología molecular y de ADN recombinante han acelerado nuestro conocimiento sobre los desórdenes genéticos.

En el momento actual existe una gran preocupación por cuanto haga referencia a las influencias que ejerce el entorno sobre el estado de salud del niño. Ello permite hablar de Ecopediatría, como la vertiente que se ocupa de la relación entre ecosistema y salud del niño.

Estos cambios han originado que la enseñanza de la Pediatría deba adaptarse a estos nuevos problemas y que el entrenamiento de los especializados en Pediatría deba orientarse hacia nuevos objetivos.

La Pediatría es única y no tiene sentido establecer una separación entre las vertientes clínica, preventiva y social.

En los últimos decenios hemos asistido a la incorporación al *calendario de vacunas* de sucesivas nuevas vacunas que en la práctica harán desaparecer la mayoría de las enfermedades que hace no muchos años denominábamos «propias de la infancia». En efecto, la viruela fue solemnemente proclamada erradicada por la OMS; poliomielitis, difteria, sarampión, rubéola, parotiditis y, en un próximo futuro otras más, serán

historia de la Pediatría. Sin excesivo optimismo, cabe predecir que en los próximos años existirán vacunas para la mayoría de las infecciones que afectan a los niños. Este panorama contrasta notablemente con el contenido del *Capítulo VI* de esta obra que prologamos, que se dedica a «Pediatría» y en cuyos apartados resultan temas prioritarios la viruela, la difteria y la rabia. En el año 1960 eran infecciones prevalentes en edad pediátrica: sarampión, infecciones respiratorias, diarrea, fiebre tifoidea, tuberculosis, fiebre reumática, estafilococias, difteria, tos ferina y poliomielitis, por este orden. En el año 1990 deben enumerarse así: hepatitis, infecciones respiratorias, mononucleosis, fiebre botonosa, sífilis, micosis superficiales, sida, enfermedad de Lyme, infecciones por *seudomonas* e infecciones por *Haemophilus influenzae*.



Durante este período que comentamos se ha asistido a un renovado interés por las denominadas *enfermedades degenerativas*. Estos desórdenes se caracterizan por afectar a individuos de edad madura, obedecer a una etiología multifactorial y presentar relaciones con la dieta consumida. Los datos actualmente acumulados parecen evidenciar que estas entidades tienen un comienzo precoz, influido por la dieta consumida durante la infancia. Probablemente, esta circunstancia ambiental precisa de factores genéticos para poder expresarse clínicamente. La obesidad nutricional, hipertensión arterial, diabetes tipo II, cardiopatía isquémica, entre otros importantes procesos, se incluyen dentro de este concepto. Ello justifica que el pediatra esté preocupado por encontrar marcadores que permitan identificar durante etapas precoces de la vida grupos de riesgo y, en este caso, introducir modificaciones en la dieta que puedan evitar la aparición de la patología anteriormente referida. Sin embargo, no existe acuerdo en relación con los mejores métodos para identificar niños con riesgo de enfermedad cardiovascular, permaneciendo controversiales las estrategias a seguir.

Las *enfermedades hereditarias* constituyen actualmente más del 50% de la patología que asiste el pediatra. Por ello,

identificar portadores de estas enfermedades es un objetivo crucial de la moderna genética. El médico que cuida de la salud de los niños deberá incorporar a su praxis diaria el «asesoramiento genético», igual que utiliza el fonendoscopio o el esfignomanómetro de mercurio para la medición de la presión sanguínea. La tecnología ADN-recombinante es un logro de los últimos 5 años. Ella permite que puedan detectarse portadores heterocigotos de fibrosis quística o que se puedan identificar las mujeres portadoras en uno de sus cromosomas X de desórdenes tan importantes como hemofilia o distrofia muscular de Duchenne. La nueva genética utiliza los fragmentos de restricción de longitud polimórfica (FRLP), obtenidos al digerir el ADN con enzimas de restricción, y recurre al análisis de ligamiento genético para localizar el gen responsable de la enfermedad en un cromosoma concreto y en una región determinada del mismo. Un segundo paso implica el aislamiento de fragmentos de ADN de esa región cromosómica, cada vez más próximos al gen mutado y el estudio paralelo de posibles genes candidatos relacionados con la enfermedad a estudio. El paso final consiste en la identificación del gen en cuestión y de la mutación o mutaciones responsables de la enfermedad.

Este nuevo procedimiento de análisis se denomina «Genética reversa» y posibilita el estudio de distintas enfermedades como la citada distrofia muscular de Duchenne o fibrosis quística. El gen mutado de esta enfermedad ha sufrido una dilección de tres bases que da lugar a la pérdida del aminoácido fenilalanina en la posición 508 de la proteína. Esta mutación se denomina DF508 y se encuentra en el brazo largo del cromosoma 7. La mutación antes referida se presenta en un 70% de los pacientes en países del norte de Europa y en los Estados Unidos de América; en España es menos frecuente, habiéndose descrito hasta 30 mutaciones más.

Los beneficios clínicos inmediatos de estos avances son la posibilidad de detectar un 100% de portadores y realizar un asesoramiento genético adecuado.



Este libro, a diferencia de los cuatro anteriores de esta colección, no es una obra «doctrinal», sino puramente descriptiva. Es precisamente ese detalle el que motiva una cierta dificultad para orientar la introducción crítica y, al mismo tiempo, es esa característica la que le confiere un enorme interés histórico para todos los profesionales del niño (psicólogos, pedagogos, pediatras, trabajadores sociales e, incluso, legisladores), pues los datos que se contienen en la misma serían imposibles de obtener hoy en día. Por otra parte, su interés es aún mayor si se tiene en cuenta que es el primer balance español sobre la situación del niño desde el momento que fue promulgada la primera Ley de Protección de la Infancia de nuestro país.

Por esa serie de consideraciones nos ha parecido necesario ofrecer, dentro de esta colección, a todos los profesionales del niño, el magnífico y exhaustivo trabajo llevado a cabo por Alvaro López Núñez. Dadas las características de la obra, hemos considerado conveniente encargar la redacción de la introducción crítica a tres billants profesores universitarios: un especialista en derecho civil, otro en derecho penal y un eminente pediatra. Debe quedar claro que, aunque al final de dicha introducción figuren las tres rúbricas conjuntamente, cada uno de dichos especialistas es responsable, por separado, de los tres ámbitos mencionados.



COLECCION
CLASICOS CEPE • 5

