

Los malos tratos a la infancia: juristas reformadores y el debate sobre la patria potestad en el Código Civil español (1889-1936)

MARTA SANTOS SACRISTÁN
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

El artículo se centra en la patria potestad, que supuso, en España, un obstáculo para proteger a los niños y niñas de los malos tratos que sufrían. Se analiza el discurso generado por juristas y reformadores sociales, quienes coincidían en denunciar la incapacidad de los tribunales para perseguir los abusos, y exigían, por esta razón, la reforma del Código Civil y el Código Penal.

ABSTRACT

This paper is centred in the paternal authority that supposed, in Spain, an obstacle to protect children and girls of the child abused that suffered. The speech is analyzed generated by jurists and social reformers who coincided in denouncing the inability of the tribunals to pursue the abuses and they demanded, for this reason, the reformation of the civil Code and the penal Code.

1. INTRODUCCIÓN

Los malos tratos a la infancia han sido una constante histórica, pues, en mayor o menor medida, se han dado en todos los tiempos. En 1962, la publicación del artículo del Doctor H. Kempe y cuatro autores más «The Battered

child Syndrome»¹, que describía 302 casos de malos tratos infantiles, convirtió el maltrato infantil en un problema público que había que resolver. Kempe no descubrió, obviamente, el maltrato infantil pero sí acertó en la forma de presentar el problema ante la opinión pública. Lo hizo además, denominando el maltrato infantil con una fórmula que en los últimos tiempos ha tenido mucho éxito: *síndrome del niño apaleado*. Finalmente, sustentó una tesis que en la actualidad no cuenta con muchos apoyos: el niño maltratado de hoy es el maltratador de mañana.

A raíz de la publicación de este artículo, el maltrato infantil se convirtió en objeto de estudio historiográfico no sólo para los médicos, sino también para antropólogos, sociólogos e historiadores. El interés de la historiografía por este tema comienza a mediados de los setenta en la historiografía americana, donde actualmente es objeto de múltiples investigaciones, extendiéndose rápidamente a la historiografía británica. Como señala R. Gelles², hasta 1970 la violencia entre los miembros de la familia se encontraba entre los tópicos ausentes en la investigación de la familia.

Un problema esencial en el estudio del maltrato infantil, que todavía se plantea en la actualidad, es la ausencia de una definición de maltrato ampliamente aceptada por toda la comunidad científica. Sin embargo, hay autores que piensan que esto no es importante, pues en la práctica se puede distinguir lo que es maltrato de lo que no lo es. No obstante, no parece que la cosa sea tan sencilla. Por ejemplo, un bofetón a un hijo ¿puede considerarse maltrato físico? Hay partidarios del sí y partidarios del no. Incluso hay seguidores del sí que piden la penalización. Otros, por el contrario, dicen que constituye maltrato, según las circunstancias. Por ejemplo, Martínez Roig y De Paul³ establecen que dar un bofetón a un niño es una práctica culturalmente aceptada y que debe ser considerada como un recurso incorrecto y no como maltrato. Frente a esta opinión, otros autores⁴ se preguntan si ante una sola violación se diría lo mismo. ¿Sólo podríamos hablar de violación cuando se reitera? Además,

¹ KEMPE, C. H.; SINVERMAN, F. N.; STEELE, B. F.; DROEGUMELLER, W., y SILVER, H. K.: «The Battered Child Syndrome», en *Journal of the American Medical Association*, n.º CLXXXI (1962), p. 21.

² GELLES, R. J.: «Violence in the family: A Review of research in the seventies», en *Journal of Marriage and the Family*, n.º 42 (1979), p. 875.

³ DE PAUL, J. (dir.): *Maltrato infantil y abandono infantil: Identificación de factores de riesgo*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, 1988, p. 22.

⁴ ARRUABARRENA MADARIAGA, A.: *El maltrato infantil*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco, 1997, p. 18.

critican que se descarten los daños psicológicos que puede ocasionar la bofetada al niño.

Según Mayhall y Norgard⁵, la ausencia de definiciones comunes, claras, concisas, ha llevado a que, en general, cada investigador haya definido el maltrato infantil en relación con las necesidades de un proyecto determinado, dando lugar, como resultado, a numerosas definiciones procedentes de diferentes disciplinas y de distintas perspectivas. El maltrato infantil es un fenómeno complejo que involucra distintas disciplinas y ámbitos profesionales. Como tal, el maltrato puede ser considerado, con distintos propósitos, como un problema médico que necesita ser diagnosticado y tratado; como un comportamiento criminal que necesita ser analizado como fenómeno social; como un problema de protección del menor y como un problema familiar que necesita entenderse en el contexto de la dinámica familiar.

Giovanoni y Becerra⁶ creen que toda definición de maltrato infantil se encuentra profundamente inmersa en el carácter político y filosófico que define a una sociedad determinada. Según estos autores, las definiciones de maltrato infantil surgen necesariamente de lo que es generalmente acordado en una sociedad como prácticas de crianza y educación de los hijos aceptables o no.

La definición, que en estos momentos, tiene más partidarios, es la que define los malos tratos a la infancia como toda acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive al niño de sus derechos y su bienestar que amenace o interfiera su ordenado desarrollo físico y/o social, cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad⁷.

2. EL MALTRATO INFANTIL EN LA HISTORIOGRAFÍA

El maltrato infantil como objeto de estudio historiográfico se inserta dentro de la *historia de la infancia* que cuenta con más de cuarenta años de exis-

⁵ MAYHALL, P. D., y NORGARD, D. E.: *Child abuse and neglect: sharing responsibility*, Nueva York, Wiley, 1983, p. 12.

⁶ GIOVANONI, J. M., y BECERRA, R. M.: *Defining child abuse*, Nueva York, Free Press, 1979, p. 55.

⁷ DÍAZ HUERTAS, J. A.: «Maltrato infantil. Concepto. Tipologías», en *Atención al maltrato infantil desde el ámbito sanitario*, Madrid, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, 1997, p. 55.

tencia. La publicación del libro de Ariès⁸ lanzó los debates acerca de la historia de los niños y de la niñez, que persisten todavía. Hasta principios de los ochenta no surgieron voces discordantes con la teoría principal que explicaba en su estudio: la ausencia del concepto de infancia en la Edad Media y la construcción de este concepto por un cambio de actitudes hacia los niños que comenzaría a advertirse a partir de 1600. A pesar de su cuestionamiento, Ariès inauguró una visión de la infancia, como una historia del cambio.

En los años setenta, con el auge de la historia social, tres autores, De Mause⁹, Stone¹⁰ y Shorter¹¹ que se centraron mucho más de lo que lo había hecho Ariès en el comportamiento de los adultos con sus hijos, coincidieron con él en que la historia de la infancia es, sobre todo, la historia del cambio. A pesar de sus diferencias coincidieron también en situar en el siglo XVIII, el período en el que las actitudes de los adultos hacia los niños y el tratamiento de los mismos se acercó a pautas modernas.

En los años ochenta, estos autores fueron objeto de múltiples críticas. A Ariès se le empezó a refutar tanto por ignorar datos que arrojaban considerables dudas sobre su afirmación de la inexistencia del concepto de infancia en la Edad Media como por algunos aspectos de su método histórico¹². La mayor crítica a éstos autores provino de L. Pollock¹³ que estableció un nuevo paradigma: la continuidad en vez del cambio en la historia de la infancia. A partir del análisis de un importante número de fuentes documentales (más de cuatrocientos textos entre diarios y autobiografías) refutó la tesis tradicional que afirmaba la indiferencia, el desprecio, la crueldad y la barbarie como características esenciales de las actitudes hacia los niños a la largo de la mayor parte de la historia, y la existencia de un momento concreto de cambio hacia una actitud *moderna* hacia la infancia.

⁸ ARIÈS, P.: *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1987, 548 pp. Primera edición francesa, en 1960.

⁹ MAUSE, L.: *Historia de la infancia*, Madrid, Alianza, 1982, 471 pp. Primera edición americana, 1974.

¹⁰ STONE, L.: *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*, Madrid, FCE, 1990, 367 pp. Primera edición inglesa, en 1977.

¹¹ SHORTER, E.: *El nacimiento de la familia moderna*, primera edición inglesa, en 1977.

¹² WILSON, A.: «The Infancy of the history of childhood: An Appraisal of Philippe Ariès», en *History and Theory*, n.º 19 (1980), p. 133.

¹³ POLLOCK, L.: *Los niños olvidados. Relaciones entre padres e hijos de 1500-1900*, Madrid, FCE, 1990, 368 pp. Primera edición inglesa, en 1983.

Ariès se había interesado, ante todo, por el concepto de infancia, y no solamente por las relaciones paterno-filiales. Autores de finales de los ochenta y principios de los noventa, han vuelto a reconsiderar la primera problemática e insisten en el cambio pero no de la manera esquemática y exagerada que se difundió en la década de los setenta. Esto es lo que se desprende de recientes estudios sobre el mundo antiguo y el medieval, y aún más de algunos otros sobre la infancia en la época moderna. Según Cunningham¹⁴, la obsesión de los historiadores por analizar la experiencia de la niñez bajo el punto de vista demográfico, económico y sentimental ha llevado a descuidar el impacto que las estructuras políticas y sociales ejercieron en la infancia. El mismo autor trata de reconstruir el lento, tortuoso y complejo camino que hubo de seguirse hasta que se abriera paso un concepto universal de infancia.

Los historiadores de la infancia que han estudiado el maltrato infantil se insertan dentro de esta corriente historiográfica. Han advertido cómo ha evolucionado el concepto de maltrato infantil desde el siglo XIX a la actualidad. Mientras que en el siglo XIX se definía el maltrato únicamente como toda acción física que dirigen los padres contra la integridad física de sus hijos, causándoles lesiones¹⁵, en la actualidad no es sólo la acción física, sino también la sexual o psicológica ejercida por cualquier adulto.

Los cambios fueron lentos, como ilustra el hecho que las primeras Sociedades para la prevención de la crueldad hacia los niños se fundaran a finales del siglo XIX, primero en Estados Unidos, para luego extenderse rápidamente a todos los países europeos. Tres rasgos distintivos e interrelacionados, de finales del siglo XIX, ayudaron a que esto fuera posible y consecuentemente se fundaran estas sociedades: primero, las clases medias entendían la infancia cada vez más como la etapa más feliz de la vida que había que intentar prolongar; segundo, a los niños comenzó a vérselos como víctimas no sólo de algo tan impersonal como el sistema industrial, sino de la crueldad de sus padres; y tercero, la filantropía que desplazó su esfuerzo misional a las zonas más pobres de las ciudades difundiendo un conjunto de imágenes con un inmenso poder propagandístico. Si en un primer momento, los filántropos se habían interesado por las condiciones de trabajo, a finales del XIX orientan

¹⁴ CUNNINGHAM, H.: *Children & Childhood in Western Society since 1500*, Londres, Logman, 1995, 225 pp.

¹⁵ DEMOS, J.: *The family and the life course in American History*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 23.

su atención hacia los hijos de los pobres preocupándose por protegerlos de padres considerados crueles y borrachos, con un espíritu generalizador y moralizante, con una mirada que desde las clases medias sólo se dirigía a las clases desfavorecidas.

La fundación de las Sociedades protectoras contra la crueldad y la publicación de las primeras leyes que protegieran a los niños de los malos tratos que recibían de sus padres fue complicada, porque chocaba frontalmente con dos creencias sobre la familia que se habían mantenido inalterables durante siglos, como explica E. Pleck¹⁶ en su estudio histórico de la violencia familiar en los Estados Unidos. En primer lugar, la familia debía estar separada del mundo público. Esta idea hunde sus raíces en los tiempos clásicos, pero sería a partir del siglo XVI cuando comenzaría a contemplarse la familia cada vez más como una institución privada, por la influencia de las teorías individualistas de luteranos y calvinistas. En el siglo XVII se acuñó la frase «*la casa de un hombre es su castillo*». El gobierno debía abstenerse de interferir en él. Según Pleck, a partir de 1830, la familia comenzó a adquirir elementos profundamente emocionales. Se volvió un refugio de los tratos duros e interesados del mundo industrial, que hacía más difícil la intervención en la familia. Y en segundo lugar, la creencia en los derechos paternales (*patria potestad*), cuyo origen se remonta a la época romana. El padre era el jefe de familia al que todos sus miembros debían obediencia. Para conseguirlo podía utilizar la fuerza física, ya que las leyes se lo permitían.

Otro elemento que obstaculizó la protección de los niños de los malos tratos a los que eran sometidos era la creencia secular en la efectividad y necesidad del castigo físico para la educación de los hijos¹⁷. En el estudio que algunos historiadores realizan de los manuales para padres, de mayor tirada, publicados en Inglaterra y en Estados Unidos, observaban que la mayoría de ellos entre 1500 y 1800 defendían el castigo físico, para doblegar el carácter del niño. Es a partir del siglo XIX, primero en las clases medias, cuando esta opinión comienza a cambiar. Se difunden formas menos severas de castigo corpóreo y empieza a darse importancia a los castigos psicológicos, pues se va extendiendo la idea de que el castigo corpóreo endurecía el corazón del niño que llegaría a odiar al padre. Este cambio en la for-

¹⁶ PLECK, E.: *Domestic Tyranny. The making of social policy against family violence from Colonial times to the present*, Nueva York, Oxford University Press, 1987, 290 pp.

¹⁷ PHOL, S. J.: *The discovery of the child abuse*, Ohio State University, 1988, 152 pp.

ma de educar a los hijos se debe, según algunos autores¹⁸, a la mayor importancia que va adquiriendo, durante este siglo, la madre en la educación de los hijos. En un estudio consagrado a las revistas americanas se concluye que, entre 1741 y 1825, los artículos publicados defendían la cooperación mutua de padres y madres en la educación de los hijos. Entre 1825 y 1850, un número creciente de artículos favoreció la autoridad dominante de la madre en la educación de los hijos. Esto no significó la desaparición del castigo físico pero lo hizo más atenuado, ya que la madre utilizaba la fuerza física como último recurso.

La mayoría de los historiadores que estudian el maltrato infantil analizan y explican los cambios que se producen en la sociedad, en el último cuarto del siglo XIX, para que surjan las Sociedades protectoras de los niños contra la crueldad de sus padres y las primeras leyes que sancionan la crueldad de éstos. Uno de los factores que según algunos autores¹⁹ contribuyó a la formación de estos movimientos, radicaría en la desigualdad social engendrada por la propia expansión económica. Los niños abandonados se hicieron cada vez más visibles. Los reformadores sociales, que generalmente propugnaban la *regeneración* de la familia obrera, dirigieron su atención hacia los hijos de los trabajadores, hacia sus condiciones de trabajo, los problemas de su escolarización y su presencia en las calles. Esta última fue considerada como factor de delincuencia y de mendicidad juvenil. La preocupación por el orden social, impulsó la acción de los reformadores en pro del rescate de los llamados *golfos*²⁰.

Leroy Ashby²¹ señala además cómo la aparición de los movimientos a favor de los derechos de las mujeres impulsó fuertemente estas sociedades, porque exigían la reforma del sistema familiar patriarcal concediendo igualdad dentro de la estructura familiar.

En el caso español no se ha hecho ningún estudio sobre el maltrato. Esta primera aportación se limita a los aspectos jurídicos que condicionaron las polí-

¹⁸ WALVIN, J.: *A child's world. A social history of English society*, Londres, Penguin Books, 1988, 231 pp.

¹⁹ COSTIN, L. B.; KARGER, H. J., y STOESZ, D.: *The politics of child abuse in America*, Nueva York, Duncan Lindsey, 1996, 155 pp.

²⁰ TRINIDAD, P.: «La infancia abandonada y delincuente», en *Historia de la Infancia en la España contemporánea 1854-1936*, dirigida por José María Borrás Llop, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Fundación Sánchez Ruipérez, 1996, 580 pp.

²¹ ASHBY, L.: *Endangered Children. Dependency, neglect and Abuse in American History*, Nueva York, Twayne Publisher, 1992, 252 pp.

ticas públicas destinadas a la infancia. En este estudio, señalaré cómo los reformadores sociales y filántropos interesados en mejorar y proteger a la infancia de los malos tratos que recibían de sus padres, fueron conscientes del obstáculo que representaba la patria potestad. Por ello exigieron, desde finales del XIX, la reforma del Código Civil y del Código Penal para que delimitasen los casos en los que se podía privar de la patria potestad a los padres. Estas voces, más olvidadas que las de pediatras o higienistas, forman parte del mismo conjunto de opiniones que en las últimas décadas del XIX son agentes y portavoces del cambio social que se prolonga en los inicios del XX, y que afectará a las formas de vivir la infancia.

3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

El Código Civil se promulgó en España en 1889. Hasta este momento, la historia de la codificación civil fue una sucesión de numerosos y frustrados intentos de reforma. Desde la Constitución de 1812, en la que ya se exigía un solo Código Civil para toda la Monarquía, hasta la Restauración, el más importante de esos intentos fue el de 1851 —inspirado en el Código Civil francés—, sobre todo porque sirvió de modelo oficial al Código Civil de 1889.

El Código Civil francés, que entró en vigor en 1804, sirvió para que la naciente sociedad burguesa se amoldara, en Francia, al esquema dibujado por los autores del Código. En España, por el contrario, nuestro Código fue más bien el colofón de un largo proceso, el punto terminal en que desembocó el orden burgués, que vino a ser consolidado más que prefigurado por el Código. La lentitud en la codificación civil, como señalaba Tomás y Valiente²², no sirvió, en primer lugar, para abrir camino en el proceso codificador, sino que fue su punto final. En segundo lugar, el retraso no valió para que, como ocurrió en Alemania, se creara una ciencia jurídica que hiciera sentir su impronta en el derecho español. La dependencia de nuestros legisladores respecto a los franceses fue enorme. Y en tercer lugar, algunos problemas de carácter jurídico-civil exigían soluciones urgentes. En la primera etapa de la España liberal las leyes desvinculadoras, desamortizadoras y las de abolición de señoríos

²² TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Los supuestos ideológicos del Código civil», en *La España de la Restauración. Política, economía y cultura*, dirigida por Tuñón de Lara, Madrid, Alianza, 1985, pp. 369-399.

operaron una transformación del régimen jurídico de la propiedad que los autores del Código se encontraron ya hecha.

La inexistencia de un Código Civil durante la mayor parte del siglo XIX, no significaba que no hubiese Derecho civil. Las normas civiles fueron las contenidas en las Partidas, en las Leyes de Toro o en algunas otras leyes recopiladas en la Novísima de 1805. Las sentencias del Tribunal Supremo anteriores a 1890 aplicaban, en plena sociedad burguesa, leyes contenidas en esas arcaicas fuentes. Y fuera de Castilla continuaban en pleno vigor las fuentes consuetudinarias de sus respectivos ordenamientos jurídicos forales. La presencia de los derechos forales en Cataluña, Mallorca, Aragón, País Vasco y en menor medida Galicia, fue la principal razón para explicar la tardanza en la codificación civil, y sobre todo, de por qué se realizó sin imponer, en toda España, un único ordenamiento civil.

En la Constitución de 1876 volvió a insertarse el mandato codificador, al establecer en su artículo 75, que unos mismos Códigos deberían regir en toda la Monarquía, añadiendo: «*sin perjuicios de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes*». A partir de 1880, se inicia la etapa definitiva de la codificación civil. Tuvo una larga gestación, especialmente, por la dificultad de encauzar dos cuestiones conflictivas: la compatibilidad de un Código general con los regímenes forales, y por otro lado, el difícil acuerdo con la Iglesia sobre la validez del matrimonio canónico. En ambos se llegó a un acuerdo. Con los liberales en el poder, se llevaron a cabo una serie de reformas legislativas de carácter administrativo, financiero, de ordenación militar que impulsaron la conformación del derecho público liberal. En la obra legislativa de la Restauración, hay que señalar lo que Jover²³ denominó «*una red de Códigos y de leyes encaminadas a la conservación del orden social establecido*»; «*la clave de bóveda de esa construcción se encuentra, sin duda, en el Código Civil de 1889*».

El Código Civil tuvo una incidencia en la realidad social mucho más profunda y más duradera que la Constitución de 1876. Si la Constitución ordenaba el juego político, el equilibrio de poderes y los límites del Estado frente a la sagrada esfera privada, el Código Civil estaba llamado a consagrar y a desarrollar las reglas del juego dentro de esa esfera privada. Y como en el naciente liberalismo el ámbito donde ejercía su imperio la libre voluntad individual,

²³ JOVER Y ZAMORA, J. M.: «La época de la Restauración. Panorama político y social, 1875-1902», tercera parte de *Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo (1834-1923)*, Tomo VIII de la *Historia de España* dirigida por Tuñón de Lara, Barcelona, Labor, 1981, pp. 339-342.

esto es, el espacio privado, era mucho más amplio que el reservado a la organización y a la actuación del Estado, el Código estaba revestido de una importancia insuperable. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código Civil, era una sociedad incompleta, mal construida. De ahí la urgencia de los hombres de la Restauración por emprender y llevar a cabo la redacción del Código. Hay que destacar, como dato importante, la coherencia del sistema legislativo de la Restauración. Alonso Martínez, redactor de la Constitución, fue el principal promotor de la última etapa del Código y su verdadero autor. Él redactó las veintisiete bases aprobadas en 1888, sobre las que giró el debate parlamentario, previo a la aprobación del Código Civil el 16 de mayo de 1889.

En el Código se plasmaron los intereses de las clases propietarias. Con la codificación del Derecho civil se buscaba fundamentar un orden social, sobre una concepción individualista de la propiedad; regular una específica concepción del matrimonio y de la familia acorde con lo que predicaba la jerarquía de la Iglesia y con lo que demandaba la burguesía. Y era, además, el intento de encontrar un punto de equilibrio, no siempre logrado, entre la apertura a las influencias extranjeras, en especial francesas, y la fidelidad a instituciones de la tradición jurídica castellana.

El Código Civil, producto de los hombres de la Restauración, fue un instrumento complementario de la Constitución doctrinaria de 1876 y un procedimiento eficaz para consolidar un orden burgués construido sobre los pilares del liberalismo individualista.

4. LOS DEBATES EN TORNO A LA PATRIA POTESTAD

La aprobación del Código Civil de 1889, inspirado en el código napoleónico, unificó las leyes que regulaban las relaciones familiares. Hasta este momento, los intentos de imponer el derecho castellano en todo el territorio español habían resultado inútiles e incluso a pesar de la unificación legislativa del Código, algunas zonas como Cataluña y Navarra mantenían leyes especiales en algunas cuestiones como la herencia o el régimen económico de los cónyuges. Sin embargo, el articulado básico del Código Civil, en lo que a relaciones familiares se refiere, ratificó el sistema patriarcal al otorgar al padre la suprema autoridad a la que debían someterse tanto la madre como los hijos.

La patria potestad era (y es, actualmente) la institución jurídica que normaliza las relaciones familiares. Su origen se remonta a la época romana, don-

de el padre tenía un poder absoluto sobre la vida de su mujer e hijos. Los juristas y reformadores sociales observaban cómo la patria potestad constituía un obstáculo para que se afirmaran, en España, las medidas protectoras de los hijos ante los malos tratos, la explotación y el abandono de los que eran objeto por parte de sus padres. Las principales críticas al Código coincidirán en el tiempo (1895-1917) con las primeras medidas legislativas que se llevaron a cabo para proteger a los menores de la negligencia de sus padres: La ley de Mendicidad y los Tribunales de menores que serán los encargados, a partir de su constitución de juzgar todos los delitos que cometieran o sufrieran los niños. El doctor Tolosa Latour, escribía en 1900:

«Nuestra legislación es á todas luces deficiente. La patria potestad se eleva como infranqueable muralla para amparar las sevicias, explotaciones y abandono de gentes indignas, que abusan del hijo induciéndoles a la vagancia y al crimen»²⁴.

Bonifacio de Echegaray, secretario de la Audiencia Territorial de Oviedo, era de la misma opinión:

«Nuestras leyes, en general, guardan un profundo respeto á los derechos de la Patria Potestad; en la legislación y en las costumbres conservamos aún muy marcados vestigios del concepto férreo y despótico que de aquella institución tuvieron los romanos. Si en la vía pública un padre maltrata a su hijo, los que presencian esta escena se encogen de hombros y exclaman ¡es suyo!, como justificación de la bárbara hazaña de aquél. Y sin embargo, es de necesidad inculcar en el ánimo de las gentes que la honrosa investidura de la Patria Potestad debe sufrir algunas *capitis-diminutio* cuando se procede en su ejercicio con notorio abuso ó negligencia»²⁵.

Otros reformadores, además de denunciar las dificultades legales de nuestra legislación, se hacían eco de los problemas de las instituciones protectoras de la infancia para llevar a cabo su función:

«Y para citar otro ejemplo de más trascendencia, bastaría mencionar las varias dificultades legales que salen al paso para sustraer y librar á los hijos de la potestad paterna en los casos de verdadera indig-

²⁴ TOLOSA LATOUR, M.: *El problema infantil y la legislación*, Madrid, 1900, 43 pp.

²⁵ DE ECHEGARAY, B.: «Reforma necesaria», *Pro-Infantia*, n.º 4 (1909), p. 150.

nidad de los padres (...). En España sólo tenemos algunos artículos en el Código Civil y en el Código Penal difícil y raramente aplicables. Puedo asegurarlo, pues en varias ocasiones, por razón de cierto cargo, he debido intervenir en casos repugnantes y tristes, teniendo que cruzarme de brazos, con honda pena, mientras veía al padre ó a la madre hacer del Asilo al menor ó a la joven para continuar dedicándolos al robo y a la prostitución, y podría añadir más, pues me consta de ciencia cierta que se han instruido diligencias criminales en virtud de una denuncia instada por una madre perversa que comerciaba con su hija, por supuesta *sustracción de un menor*, contra el Presidente de una institución benéfica que apartó a ésta del vicio con intervención de la autoridad, no habiendo acreditado la madre, que no era legítima, su carácter de tal, á pesar de tener que hacerlo según tiene declarado el Tribunal Supremo»²⁶.

Algunos juristas exigían la reforma del Código Civil porque observaban graves deficiencias en su articulado que impedía la protección de la infancia:

«La legislación se opone a que sea todo lo beneficiosa que debiera de ser nuestra actuación a favor de los menores. La patria potestad es en España algo más que un derecho, porque del derecho no se puede abusar. El amor a sus hijos que es regla constante en los animales, se encuentra a veces negado entre los hombres. Es un delito contra la naturaleza, y sin embargo, no tiene castigo. La reforma de la legislación en este punto se impone por todo género de consideraciones...»²⁷.

«Nosotros hemos llamado repetidas veces a la opinión estudiosa para que pensara acerca de la necesidad de legislar de nuevo acerca de la patria potestad, entendiendo que era y es preciso llegar a la privación de ese derecho de los padres cuando abusando del mismo explotaran, maltrataran o abandonaran a sus hijos»²⁸.

Consecuentemente, pedían también la reforma del Código Penal de 1870 para que determinara los delitos por los que podía imponerse la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad. La primera carencia la percibían en el artícu-

²⁶ ALBO Y MARTÍ, A.: *La caridad y su organización en Barcelona*, Barcelona, De Subirana Hermanos, 1901, p. 270.

²⁷ MONTERO RÍOS, A.: «Delincuencia infantil», *Mundo Penal*, n.º 214 (1917), pp. 4-7.

²⁸ GARCÍA BAXTER, F.: «La infancia Abandonada y Maltratada», *Mundo Penal*, n.º 236 (1917), pp. 3-5.

lo 154²⁹, cuando los legisladores renunciaban a establecer la potestad simultánea del padre y de la madre:

«... Tendría que darse más personalidad á la mujer, para que la madre tuviese mayores medios á su disposición con que hacer valer sus derechos y los de sus hijos, cuando el padre faltase á sus deberes»³⁰.

«... Importa, pues, que en el código quede bien afirmada la autoridad de la madre al lado del padre dentro de la familia en todas las relaciones domésticas y especialmente en aquéllas que se refieren a los hijos, reconociéndola una conjunta patria potestad, siquiera esté subordinada á la del padre...»³¹.

Con esto se trataba de dejar a salvo la autoridad del padre como jefe de la familia que por el contrario, si la compartía con la madre, perdería estos derechos. Los reformadores no buscaban limitar la autoridad paternal, pero eran conscientes de que entre el padre y la madre habría discrepancias en la manera de educar a los hijos, que se resolvían normalmente con la imposición absoluta de la voluntad del padre. En cambio, si la ley reconociera el derecho de patria potestad a la madre, ésta podría pedir el arbitraje de los tribunales de justicia, y que ellos decidieran lo más conveniente para sus hijos. De esta manera, opinaban que se podría conocer y perseguir el maltrato y abandono de los hijos. En síntesis, podríamos decir que lo que perseguían era una mayor intervención del Estado en los asuntos familiares:

«El Estado tiene por suprema misión la de realizar el Derecho, cuya expresión es la ley, y la patria potestad es una institución que la ley reconoce y regula, claro es y evidente que obra dentro de su esfera de acción al hacer, por su órgano supremo, el poder público, que esa institución se desenvuelva en la práctica de la manera y en la forma que sean más adecuadas á su propia finalidad. De esta suer-

²⁹ Art. 154. El padre, y en su defecto, la madre tiene potestad sobre los hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecer mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

³⁰ SOLDEVILA Y CARRERA, M.: *La infancia y la criminalidad: memoria que obtuvo el premio del Excmo. Sr. D. Tomás Castellano en el certamen escolar nacional celebrado en honor de Sto. Tomás de Aquino por la Academia Jurídico-literaria de Zaragoza*, Zaragoza, Imp. José Antonio Pagés, 1897, p. 62.

³¹ Discurso del Presidente del Tribunal Supremo: «Ejercicio de la potestad Judicial», *Revista de los Tribunales*, n.º 37-38 (1911), p. 586.

te, no sería tan frecuente el espectáculo de hijos llevados á la ruina, á la miseria, víctimas del abandono y el olvido, y privados, no sólo del pan cotidiano, sino del alimento de la inteligencia, por virtud de la conducta indiferente, viciosa ó depravada de sus padres, y contra la cual no puede la madre, herida en lo más profundo alzar su voz ante ningún tribunal, herida en lo más íntimo de su ser, alzar la voz ante tribunal alguno, por no encajar el hecho generador de semejante situación dentro del molde ó supuesto legal necesario para la intervención del poder del Estado»³².

Los reformadores creían que la definición de la patria potestad en el Código Civil no recogía, de modo claro y conciso, la evolución que el concepto había experimentado. Para ellos la patria potestad había dejado de ser una institución perteneciente exclusivamente al dominio privado, donde el Estado no debía de intervenir. Por el contrario, reclamaban su intervención cuando el padre no cumpliera con sus obligaciones. Atribuían al Estado la función de conseguir que todos los individuos vivieran con un relativo bienestar, y protegiera a las personas incapaces de valerse por sí mismas. Por ello, consideraban que todos los derechos especificados en el artículo 155³³ y siguientes pertenecían al Estado cuando el padre no cumpliera con sus deberes, y así debía aparecer en el articulado del Código:

«... Los derechos especificados en los artículos siguientes al 154 del Código Civil corresponden al Estado, ya temporalmente, ya perpetuamente cuando así lo exija el interés social por mal uso, abandono y abuso y, en todo caso, cuando se trate de acción delictuosa cometida por el menor (artículos 169 á 171 inclusive del código civil...). El derecho conferido al Estado se aplicará también en los casos que por leyes especiales corresponda perder á los padres la patria potestad. La

³² PORCEL Y SOLER, J.: *Estudios sobre la patria potestad*, Granada, Paulino Ventura, 1902, p. 120.

³³ Art. 155. El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto a sus hijos no emancipados: 1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía é instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. 2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Art. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado. En apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

privación de la patria potestad llevará consigo la de todos los derechos anejos á la misma, y se procederá a la formación del Consejo de familia y tutela»³⁴.

El artículo 155 permitía a los padres el derecho a castigar moderadamente a los hijos. Opinaban que debía de haberse redactado este artículo de otra manera para que se evitasen retorcidas interpretaciones³⁵. Para ello, comparaban este artículo con otros Códigos extranjeros como el austriaco, que según ellos precisaba mucho más este derecho, prescribiendo que «*el castigo ha de ser sin exceso y sin perjuicio para la salud del hijo*». No obstante, consideraban que los abusos cometidos por los padres en esta materia no tenían nada que ver con una mala interpretación de dicho artículo:

«... Pero tampoco debe desconocerse que el alcance del derecho en cuestión, por lo común arraigado en la conciencia de todos los padres, y que los abusos que en este punto se cometen no provienen de falta de inteligencia del verdadero sentido del texto legal, sino de sobra de rigor en su aplicación bien por un acceso de ira en el momento del castigo, bien por la innata dureza de carácter, ó bien por pura perversidad de intención»³⁶.

Los artículos 169 y siguientes³⁷ exponían los casos por los que los padres podían perder la patria potestad. Pero sobre el artículo 169 pesaba una grave dificultad, puesto que no existía, ni en el Código Civil ni en el penal, una nor-

³⁴ ZARANDIETA Y MIRABENT, E.: «Reformas de lo legislado sobre patria potestad y tutela», *Revista de los Tribunales*, n.º 14 (1917), p. 197.

³⁵ En algunas sentencias recogidas en el diccionario Alcubilla, este artículo era utilizado para rebajar las penas cuando los padres cometían algún delito en contra de sus hijos.

³⁶ PORCEL Y SOLER, J., *op. cit.*, p. 121.

³⁷ Art. 169. El padre y, en su caso, la madre, perderán la potestad sobre sus hijos: 1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad. 2.º Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Art. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad ó ausencia del padre ó, en su caso, de la madre declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

Art. 171. Los tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si tratasen á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes de hijo ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

ma que determinase los delitos por los cuales debía aplicarse dicha pena. En 1900, el doctor Tolosa Latour, insistía en esa necesidad, que volvió a mencionar en 1912, cuando se estaba estudiando en España la manera de implantar los Tribunales tutelares de menores:

«Urge, pues, una reforma en el Código Penal, que determine los delitos por los cuales pueda imponerse como pena la privación de la patria potestad, á fin de evitar que sea letra muerta el precepto del art. 169 en su número primero, y evitar que cierta clase de delitos carezcan de la sanción más adecuada para los mismos, cual es la pérdida por parte de los padres de esa potestad de que se hacen indignos»³⁸.

«En nombre del aludido consejo superior, entiende el informante que se deben tener muy en cuenta en la ley que nos ocupa algunos de los artículos previstos en los Códigos civil y penal, y que a semejanza de lo promulgado en la ley belga de Protección a la infancia, queden privados de la patria potestad sobre todos sus hijos, los padres que hayan sido condenados por ataques al pudor, violación ó excitación á la seducción, por aborto e infanticidio cometidos en la persona de su hijo ó descendiente; los que exploten las casas de lenocinio; los que por malos tratos, abuso de autoridad, mala conducta ó abandono grave en el cumplimiento de sus obligaciones pongan en peligro la salud, la seguridad ó la moralidad de sus hijos»³⁹.

El artículo 171 resultaba bastante controvertido para los reformadores sociales. En primer lugar, les parecía poco preciso y creían que había que aumentar las causas de suspensión o privación de la patria potestad. Algunos sostenían que era suficiente añadir al artículo las palabras «*Así como el abandono cuando éste pueda ocasionar prejuicios al menor ó a la sociedad*»⁴⁰. Otros tomaban como ejemplo las legislaciones extranjeras:

«Hay que extender las causas de privación ó suspensión de autoridad paterna, á las deficiencias de educación, y hay que reformarlo,

³⁸ TOLOSA LATOUR, M., *op. cit.*, p. 25

³⁹ TOLOSA LATOUR, M.: «Informe del Secretario General del Consejo superior», *Pro-infantia*, n.º 43 (1912), p. 749.

⁴⁰ RIBERA CAÑIZARES, M.: «Del procedimiento de pérdida o suspensión de la patria potestad», *Pro-Infantia*, n.º 8 (1916), p. 114.

tomando como modelo la ley prusiana de 2 de julio de 1900, que distingue tres casos en que viene la educación protectora á sustituir la autoridad paterna, á saber: a) si el menor corre peligro físico ó intelectual por abuso, negligencia, conducta deshonrosa ó inmoral del padre ó madre, encargado, etc., si está expuesto al abandono, si carece de padres, ó si teniéndolos, abandonan éstos el ejercicio de la autoridad paternal, b) en el caso de haber cometido una infracción, por la que no puede perseguírsela en razón a su edad y en el de que dado el carácter de la infracción, la manera de ser de sus padres ó educadores y las demás circunstancias de su vida, precise la educación protectora, para impedir mayor negligencia moral, y c) en el caso de que fuera de esta hipótesis, fuera indispensable la educación protectora para impedir la completa depravación del menor en razón á la insuficiente educación que reciba de los padres educadores ó escuelas»⁴¹.

Para algunos juristas los padres negligentes no sólo debían perder la patria potestad, sino también los derechos políticos y además debían contribuir con su sueldo a los gastos que el menor pudiera ocasionar al Estado:

«Para los padres que se valen de sus hijos con objeto de vivir de la caridad pública, es preciso una penalidad severa de cárcel y pérdida de derechos políticos y patria potestad»⁴².

«Con la pérdida de la patria potestad debe ir aparejada la pérdida de derechos políticos y la retención de parte del jornal o sueldo que gane el culpable durante el tiempo que dure la reclusión del menor bajo la tutela del Estado. De la retención del jornal o sueldo se aprovecharía el establecimiento a que fuera destinado el menor»⁴³.

El artículo 171 delegaba toda la responsabilidad de privar o suspender la patria potestad a los tribunales. Este precepto era potestativo, es decir, que según su criterio los jueces podían aplicar o no tales medidas. Esto disgustaba a los reformadores que lamentaban que los tribunales no persiguieran con excesiva dureza a los padres:

⁴¹ GAY MONTELLÁ, R.: «La Protección de la Infancia», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 10 (1909), pp. 439-446.

⁴² Sin autor: «Congreso Nacional de Educación Protectora de la Infancia Rebelde, Viciosa y Delincuente», *Mundo Penal*, n.º 158 (1916), pp. 4-7.

⁴³ MONTERO RÍOS, A.: «Delincuencia Infantil», *Mundo Penal*, n.º 214 (1916), p. 5.

«¡Oh, si a los malos padres se les privase de ostentar el título de tales, cuánto ganaría la causa de miles de niños! La casi totalidad de los malhechores jóvenes, dejarían de ser viciosos y delincuentes. La lenidad de los Tribunales de justicia, en tales asuntos, trae aparejadas funestas consecuencias»⁴⁴.

« En cuanto á los infinitos casos de abandono, sevicia y explotación, las Asociaciones Protectoras, careciendo como carecen de personalidad jurídica, no pueden perseguir a los autores de dichos actos delictuosos ante los tribunales de Justicia, y éstos, en algunos casos, por causas que no hemos de analizar, pero que todos recuerdan, no aciertan a castigar con la severidad debida á esa mala raza de odiosos criminales»⁴⁵.

Otro defecto que observaban en el artículo 171 era que si el Tribunal, en un momento determinado, decidía suspender o privar de la patria potestad a los padres, el Código no aclaraba qué se hacía con esos niños, quién tenía la tutela. El Código se ocupaba de la tutela de los menores, de los locos y de los sordomudos, de los pródigos, pero no decía nada de los hijos de aquellos padres privados de la patria potestad. Algunos autores daban soluciones para solventar el problema que, en este asunto, suscitaba el Código:

«... Juzgamos que el vacío del Código debe llenarse al ser reformado (que habrá de serlo á no tardar), en el sentido de que si el Tribunal acuerda la suspensión ó la pérdida de la patria potestad, debe de confiar el hijo menor, ó los hijos menores, 1.º al pariente más próximo (que no sea uno de los consortes) que ofrezca más garantías de moralidad, solicite o no esta tutela; 2.º al extraño que haya ofrecido tomar a su cargo á aquellos desgraciados, ó algunos de ellos, y por sus antecedentes, posición y conducta, merezcan este depósito tan delicado. 3.º á los Institutos y Asociaciones benéficas que se consagren á la reforma y corrección de tales menores»⁴⁶.

Otros opinaban que no era sólo necesario consolidar los organismos tutelares cuando se privara a los padres de la patria potestad, sino también cuando vivieran con ellos creando dentro del Código una tutela superior:

⁴⁴ SOLDEVILA Y CARRERA, M.: «La delincuencia en los niños», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 22 (1897), p. 221.

⁴⁵ TOLOSA LATOUR, M., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ ARMENGOL Y CORNET, P.: «Una Gran Deficiencia del Código», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 1 (1895), p. 138.

«No puede en modo alguno permanecer el Estado cruzado de brazos ante la negligencia, la incuria de los padres que descuidan la instrucción y la educación de los hijos. Paralelamente á aquella suprema facultad que la sociedad asigna al Estado para substituir la patria potestad á quienes no saben hacer uso de ella, la sociedad asigna hoy como cometido del Estado, el deber de proceder á la constitución de un organismo social tutelar que supla la indiferencia, cuando no la malicia paterna. Nada significan los pretendidos derechos frente el mal ejemplo, los malos consejos ó malos tratos que á un menor puede infligir el descuido de su educación é instrucción»⁴⁷.

El ministro de Gracia y Justicia —Sr. Burgos Mazo— en su discurso de apertura de los tribunales en el ejercicio 1915-1916, se hacía eco del problema de la tutela y advertía de las deficiencias que existían en el Código, pero no planteaba ninguna reforma concreta:

«Prevé nuestro Código Civil, en su artículo 169 y siguientes, el caso en que el padre pueda perder la patria potestad; mas aparte de que limita extraordinariamente la pérdida de ese derecho, y de que ni el abandono sistemático de los deberes inherentes a esa facultad del padre, ni el hecho de contrariar éste constantemente los fines de la patria potestad, hallan en multitud de casos la sanción justa de la ley ni el remedio necesario que ésta debía aplicar, ¿cuáles son las instituciones jurídicas creadas en nuestro Código para transferir a ellas esos derechos de patria potestad o para que ejerzan la acción tutelar supletoria? Conozco y aplaudo el espíritu realmente progresivo de esa disposición contenida en el precepto del art. 212 del Código Civil, concediendo la tutela de los expósitos al jefe de la casa en que se hallen asilados, y lo ordenado en el art. 156 del mismo Código, reconociendo entre los derechos de la patria potestad el de pedir auxilio al Estado para que éste retenga, en establecimiento especial de corrección al hijo rebelde; pero ¿es posible hoy sostener que tales medidas son suficientes, que con esas instituciones ha cumplido el Estado sus deberes y las leyes han terminado su labor social? ¿Acaso el número, cada día creciente, de niños abandonados, rebeldes y viciosos y delincuentes que, como cáncer que corroe las entrañas de la sociedad civilizada, constituye una amenaza y una afrenta para el Estado, no es al mismo tiempo la acusación más

⁴⁷ SICARS SALVADÓ, N.: «La delincuencia de los menores», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 22 (1916), pp. 134-229.

formidable que puede formularse contra éste, por la deficiencia de su acción, nacida, en gran parte, del defecto capitalísimo de nuestra legislación»⁴⁸.

A este propósito, habría que destacar el importante cambio que se podía haber producido en el Código, tras la promulgación de la Constitución de 1931. Basada en unos principios más democráticos y liberales, reconocía la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el matrimonio. Además proclamaba los deberes de los padres respecto a sus hijos y la protección directa del Estado sobre la infancia:

«Art. 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación de justas causas.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y a los ancianos y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la « Declaración de Ginebra» o tabla de los derechos del niño»⁴⁹.

Este artículo recogía los principios de la Declaración de Ginebra, también denominada *Tabla de los derechos del niño*, aprobada por unanimidad en la Sociedad de Naciones, en su sesión de 1924, invitando a todos los países a inspirarse en ella en sus obras de protección a la infancia:

«Por la presente Declaración de los derechos del niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres reconocen que la Humanidad debe al niño lo que ella tenga mejor, afirmándose en sus deberes por encima de toda consideración de nacionalidad y creencias:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser

⁴⁸ Sin autor: «Apertura de los Tribunales», *Revista de los Tribunales*, n.º 60 (1916), p. 254.

⁴⁹ PÉREZ SERRANO, P.: *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932, p. 184.

vuelto a ella; el huérfano y el abandonado deben ser corregidos y socorridos.

3. El niño debe ser el primero en recibir socorros en toda ocasión de calamidad pública.
4. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de su hermano».

El artículo 43 de la Constitución chocaba frontalmente con lo que postulaba el Código Civil en lo que se refiere a las relaciones familiares. Los juristas eran conscientes de esta oposición y volvían a pedir la reforma del Código:

«Lo difícil es hacer efectivos estos nuevos criterios familiares mientras no sea renovado el sistema de nuestro vigente Código Civil, de franca oposición»⁵⁰.

A pesar del gran paso que suponía introducir en nuestro Derecho una declaración de este tipo, algunos reformadores no consideraban oportuna su inclusión en un texto constitucional. Según ellos, una Constitución debía regular las normas fundamentales del Estado, su forma de gobierno y los derechos políticos de los ciudadanos, pero no principios que atañían al Derecho privado, aunque fuera necesario modificarlos. Delgado Irigoyen, explicaba la introducción de este artículo en la Constitución por los siguientes motivos:

«La razón de esta iniciativa se encuentra, de un lado, en la aspiración de gran parte de la opinión, reflejada en la mayoría de la Cámara Constituyente, de que el cambio de régimen realizado el 14 de abril del año último no se limitase a la esfera política, a la exterioridad de la forma de gobierno y del sistema parlamentario, sino que se tiende a producir la transformación social en todos los sectores de la vida nacional, y como uno de los más fundamentales, en la familia, en el matrimonio y en las relaciones paterno-filiales; por esto se ha dicho en la Cámara que los principios establecidos en la Constitución se hallaban tan incorporados en los programas políticos que han formado la esencia del aludido movimiento nacional, que era preciso estamparlos en aquélla por si la Cámara actual no pudiera abordar el estudio y la

⁵⁰ Sin autor: «Conceptos Internacionales en La Constitución», *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1933), p. 57.

solución de estos problemas, ni dictar las leyes civiles que son lógica derivación de su contenido»⁵¹.

El catedrático de Derecho Royo Villanova era de la misma opinión:

«... Este artículo, contiene preceptos de Derecho civil que no hacían falta ninguna en la Constitución. La inclusión en ella sólo se explica por la impaciencia revolucionaria de las Cortes para dar a entender que la República se proponía cambiar los fundamentos jurídicos de la familia española. Lo mismo podía haberlo hecho, planteando la reforma del Código Civil que es donde tiene su lugar propio la definición de los derechos de los hijos legítimos o de los naturales, la investigación de la paternidad, y el mismo deber de los padres de aumentar, asistir, educar e instruir a sus hijos...»⁵².

A pesar de la gran novedad que trajo la introducción del artículo 43, que modificaba radicalmente las relaciones familiares anteriores, no se consiguió la reforma del Código y la patria potestad siguió siendo un obstáculo para proteger a la infancia de los padres indignos.

5. CONCLUSIONES

A comienzos del siglo XX, como mostraron los debates sobre el trabajo infantil y el papel del Estado, fue un ideal la incompatibilidad entre la infancia y la actividad económica. También se abrió paso la idea de que la ociosidad de la infancia debía evitarse. Sólo en el siglo XX avanzado, la escuela sustituiría al trabajo y a la ociosidad. La importancia de la escolarización, las campañas para elevar la edad escolar, tardaron en ser efectivas. El Estado, con la legislación especial para proteger a los niños, acompañó este intento de distanciar al niño del mundo adulto. La vida de los niños debía girar entre los estables y disciplinados hogares y la escuela, a salvo del peligroso intermediario entre ambos: la calle. En contraposición con los hijos de clase media, los hijos de los obreros aparecían como necesitados de una *salvación* que les asegurara una ordenada *niñez*, inspirada en el modelo de las clases medias.

⁵¹ PÉREZ SERRANO, P.: *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentario*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932, p. 190.

⁵² ROYO VILLANOVA, F.: *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931, con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, 1934, p. 113.

Dentro de este movimiento pro-infancia, algunos reformadores no pensaban solamente en *salvar* al niño de las crueldades que representaban para ellos el trabajo y la vida callejera, sino que también urgían su *rescate* de las desdichas padecidas en el propio hogar. Al niño se le representaba como indefenso, como una víctima inocente de la brutalidad de sus padres. Esta preocupación de los reformadores no era meramente humanitaria. El ideal de *niñez* se integraba en los proyectos de reforma social, inseparable de la aspiración a moralizar las formas de vida y las conductas, en pro del orden social.

Si en lo que a trabajo y delincuencia infantil se refiere, el Estado legisló y hubo una comunión entre el mismo y la filantropía, en lo que atañe al maltrato en el hogar no se produjo la misma confluencia. Los filántropos se encargaron de denunciar y de procurar asistencia, cuando las leyes se lo permitían, a los niños maltratados. En algunos casos, el Estado estipuló su propia intervención, cuando los padres olvidasen sus deberes, pero generalmente no especificó en las normas legales las circunstancias *concretas* en las que el propio Estado debía desempeñar esa función.

Los reformadores sociales y filántropos preocupados por proteger a la infancia de los malos tratos que recibían por parte de sus padres, se enfrentaron a los obstáculos que representaban tanto la patria potestad como la creencia en la efectividad del castigo físico para *instruir* a los hijos. En este sentido, por una parte exigieron la reforma del Código Civil y Penal para que se delimitaran los casos concretos en los que podía privarse de la patria potestad a los padres y, por otra, intentaron modificar los métodos educativos tradicionales.

Las iniciativas que los reformadores sociales llevaron a cabo en pro de la modificación de los Códigos fueron inútiles. El Estado, en lo referente al maltrato dentro del hogar, se mantuvo al margen. La creencia tan arraigada culturalmente de la autoridad paterna y de la privacidad del hogar, que hundía sus raíces en tiempos lejanos, pudo ser la razón por la que el Estado se mantuvo al margen. Legisló sobre aspectos externos, como en el caso de la Ley de Mendicidad de 1903, que no hacían necesaria su intervención directa en el hogar. No obstante, incluso en esta ley, se ponía de manifiesto el profundo respeto que sentían hacia la patria potestad, ya que establecía una gradación para su pérdida. La familia era un santuario y la autoridad del padre raramente quebrantable.

La situación que se produjo, en este período, no fue exclusiva de España. En Estados Unidos, que fue el primer país en crear una Sociedad protectora de niños (1874) y en los países europeos, la situación fue parecida. Se legis-

ló, en algunos aspectos externos del maltrato, el abandono y la mendicidad de menores, pero el hogar seguía siendo un lugar privado en el que no se intervenía, salvo en los casos en que se produjeran lesiones graves o la muerte del niño. Fue a partir de los años sesenta del siglo XX, cuando en Estados Unidos se comenzó a penalizar el maltrato. Los estudiosos exponen que la penalización del maltrato se produjo por la interrelación de varios factores: los avances médicos posibilitaron un diagnóstico más preciso que permitía la diferenciación entre las lesiones provocadas y las accidentales, también el auge de los movimientos feministas, así como un mayor bienestar social. En España, tendremos que esperar a los años ochenta, cuando se asienta la democracia, para que esto sea una realidad. La persecución del maltrato y penalización no significa que los niños no lo sufran. En España, según las últimas estadísticas, el 15 ó 20% de los niños padecen algún tipo de maltrato. En nuestro país y en todos los países occidentales, los niños han pasado a ser considerados como sujetos con derecho a una infancia plena. La infancia se ha convertido en un valor universal. No obstante, las cifras que se barajan sobre maltrato infantil ponen de manifiesto una realidad no superada en nuestros *civilizados* países.