

**EL ABANDONO DEL RECIÉN NACIDO:
BASES PARA LA REINTERPRETACIÓN
DEL DERECHO ROMANO
EN EL *IUS COMMUNE*
Y EN EL DERECHO ACTUAL**

*The abandonment of the newborn: basis
for the reinterpretation of roman law in
the “ius commune” and in current law*

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Universidad Miguel Hernández

Resumen: el trabajo analiza la conceptualización del *ius exponendi* como facultad reconocida al *paterfamilias* en el marco de la *patria potestas*, su evolución y regulación posterior en el Derecho romano y su reinterpretación en el *ius commune*. La *pietas*, *caritas* o *misericordia*, que se unen a la *humanitas* y a los principios éticos y filosóficos cristianos, tenderán a una progresiva interdicción del abandono de los hijos y a una diferente visión social y configuración jurídica más favorable en la condición de los hijos abandonados, hasta llegar a su tipificación como delito en el Derecho español actual.

Palabras clave: *Ius exponendi*. Abandono hijos. Derecho romano. *Ius commune*.

Abstract: this work studies the *ius exponendi* as a faculty recognized by the *paterfamilias* in the field of *patria potestas*, its evolution in Roman law and its reinterpretation in the *ius commune*. *Pietas*, *caritas*, *misericordia* or *humanitas* are notions that predominate at this time and that are linked to Christian ethical and philosophical principles to configure a new social vision and a different legal regulation consisting of the prohibition of abandoning children. This ends with the classification as a crime in current Spanish law.

Keywords: *Ius exponendi*. Children abandonment. Roman Law. *Ius commune*.

SUMARIO: I. Introducción. II. Reinterpretación del *ius exponendi* del Derecho romano en el *ius commune*: bases para su configuración como delito de abandono del recién nacido. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española, tras consagrar el principio de igualdad ante la Ley en su artículo 14, ordena en el artículo 39.2 a los poderes

públicos asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación». Este reconocimiento de la Carta Magna de las relaciones paterno-filiales implica la existencia de una serie de derechos, deberes y obligaciones entre padres e hijos que se encuentran regulados de forma somera en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, y que, básicamente, consisten en cuidar de ellos, representarlos y administrar sus bienes.¹ No obstante, el incumplimiento de los deberes familiares, que hoy en día está conceptualizado como delito, no siempre ha tenido esa consideración y, durante mucho tiempo, se ha entendido que era una conducta que no merecía un castigo penal por pertenecer a un ámbito privado de actuación.

En la actualidad, el delito de abandono de familia está regulado en el Título XII del Código Penal, bajo el título «De los delitos contra las relaciones familiares, Capítulo III, «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», Sección 3.^a, «Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección»,² recogiendo el artículo 226 el tipo básico, que sanciona a las personas que ejercen la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento en caso de que dejen de cumplir los deberes legales de asistencia que les competen.³ Sin embargo, hasta mediados del siglo pasado, el cumplimiento de los

1. El artículo 154 del Código Civil regula los deberes y derechos que comprende esencialmente la patria potestad, que, tras la actualización que supuso la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, los deberes de los progenitores consisten en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representar y administrar sus bienes y decidir su lugar de residencia habitual.

2. Hay que destacar que el Tribunal Supremo establece la doctrina en relación con el abandono de menores en su sentencia 1016/2006, de 25 de octubre, extendiendo la noción de abandono a la situación de desamparo generada no solo por el incumplimiento sino también por el cumplimiento inadecuado de las obligaciones que atañen a los padres o guardadores. Dispone el Alto Tribunal que el delito de abandono de menores constituye un delito de peligro, por lo que el tipo penal se concreta la conducta activa u omisiva que priva al menor de la necesaria asistencia moral o material que incide en su supervivencia o desarrollo afectivo, social y/o cognitivo.

3. Artículo 226.1. «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer,

deberes familiares se consideraba una materia que estaba reservada al ámbito del Derecho privado, por lo que no se consideraba que su transgresión tuviera que estar sancionada penalmente. Con base al principio de intervención mínimo que rige en el Derecho penal, se entendía que las relaciones familiares, su regulación y su posible sanción por incumplimiento de los deberes que atañían a sus miembros, constituía una esfera estrictamente privada en la que la imposición de condenas penales se entendía como una injerencia estatal que, lejos de solucionar las relaciones entre sus miembros, agravaría los problemas generados entre ellos y, por lo tanto, esa intervención punitiva constituiría una intromisión que no tenía ninguna justificación.⁴

II. REINTERPRETACIÓN DEL «IUS EXPONENDI» DEL DERECHO ROMANO EN EL «IUS COMMUNE»: BASES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO DELITO DE ABANDONO DEL RECIÉN NACIDO

La primera disposición que sanciona como delito el abandono de familia y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar fue la Ley de 12 de marzo de 1942⁵ y será a partir de ella cuando se considere que el orden familiar no incumbía solo a sus miembros, quedando reservado el incumplimiento de las obligaciones a una esfera privada, sino

motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

4. Como apunta FERRER SAMA, en el discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1946-47, lo que en su día se decía era que los derechos y deberes familiares son de tal índole que su efectividad podía ser exigido por la legislación civil, pero su violación no debía calificarse como delito, porque la pena que se debería imponer añadiría consecuencias drásticas para el orden familiar. *Vid.* FERRER SAMA, A., *El delito de abandono de familia: discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1946-47*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1946, pp. 10 y ss.

5. *Vid.* respecto de la Ley de 1942, CUELLO CALÓN, E., *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar: doctrina científica: comentario del texto legal: (ley de 12 de marzo de 1942)*, Bosch, Barcelona, 1942 y BARRERO DE VALENZUELA, A., «El delito de abandono de familia glosas a la Ley de 12 de marzo de 1942», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 171, 4-abril, 1942, pp. 378 y ss.

que también afectaba al interés general por lo que representaba la familia como institución primordial en la sociedad y de ahí que el Estado no pudiera permanecer impasible ante una vulneración de los deberes paternos. Así, en el Preámbulo de la Ley, ya se indica que el Estado no debe mantener una indiferencia ante el abandono de la familia, ya que esta es considerada como «institución fundamental» y «base insustituible del orden social», y, por tanto, un incumplimiento de deberes en ese ámbito se debe considerar como un «hecho criminal» que «una sociedad cristiana y un Estado católico no pueden permitir, sin grave quebranto de sus primordiales intereses». Por ello, se añade que «no era posible que España, restauradora decidida de los principios religiosos que inspiraron su legislación tradicional, siguiera formando apáticamente entre los Estados aún insensibles a males de tamaña gravedad», sancionando así en su artículo primero el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y considerando como agravante que esa inobservancia de obligaciones recayera en menores o incapaces, ascendientes o cónyuges necesitados.⁶

Con anterioridad a esta Ley, lo que sancionaban los códigos penales, desde el primero de 1822, eran aquellas conductas que ponían en riesgo la vida o integridad física de los menores y no el incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Así, el Código Penal de 1822 castigaba en los artículos 690 a 698, la exposición, ocultación,

6. Artículo primero. «El que, abandonando maliciosamente el domicilio familiar o a causa de su conducta desordenada dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes de asistencia, inherentes a la patria potestad, a la tutela o a su estado matrimonial preceptuados por las leyes, será castigado con prisión menor en su grado mínimo y multa de mil a diez mil pesetas. Estas penas se impondrán en su grado máximo cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para su sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, ascendientes o cónyuges necesitados, a no ser que en este último caso se hallaren separados por culpa del referido cónyuge. En todos los casos previstos anteriormente, además de la sanción señalada, podrá imponerse la privación del derecho de patria potestad, tutela o autoridad marital. Artículo segundo. Los números quinto y sexto del artículo quinientos setenta y ocho del Código Penal quedarán redactados en la siguiente forma: “Quinto. El padre de familia que sin descuidar los deberes de asistencia impuestos por la Ley respecto de sus hijos no les procurar la educación que sus facultades permitan”. “Sexto. Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria”».

intercambio de niños y cualquier conducta que comprometiera su existencia natural o civil, sancionando también los partos fingidos y tipificando el delito de abandono de menores.⁷ También el Código Penal de 1848, aunque supone un retroceso respecto de la regulación anterior, también contiene el delito de abandono o exposición de menores, al igual que la reforma de 1870, que sí se considera más relevante en cuanto a que trata de establecer una equiparación entre el abandono del menor con el infanticidio, al entender que en muchas ocasiones aquella conducta conducirá a la muerte del menor. Igualmente, las reformas de 1928 y 1944 recogen el delito de abandono de menores, siendo la primera más relevante al castigar claramente el supuesto de que finalmente se hubiera ocasionado la muerte, lesión o enfermedad grave del menor abandonado.

La configuración como delito de la conducta consistente en el incumplimiento de los deberes paterno-filiales que lleva a cabo la Ley de 1942, por tanto, constituye un hito y supone el final del camino en un largo recorrido, cuyo inicio tiene lugar mucho tiempo atrás, en el siglo II d. C., cuando emergen las corrientes filosóficas cristianas, que muestran el rechazo frontal y su total condena moral a la práctica de los padres, muy extendida por aquella época, de abandonar a sus hijos recién nacidos. Hasta entonces, como pone de manifiesto Suárez Blázquez,⁸ la comprensión social que existía hacia los padres que, por motivos económicos, debían deshacerse de un miembro de la familia para poder seguir manteniendo al resto hacía del abandono de los hijos recién nacidos una costumbre muy extendida. Por ello, la influencia del cristianismo en el Bajo Imperio no logró abolir esta práctica que en la sociedad se ejercía como un derecho, pero sí se consigue que los principios éticos

7. El Código Penal de 1822 entró en vigor el 1 de enero de 1823 y ha sido calificado por la doctrina por su modernidad, tuvo una vigencia muy breve porque se derogó con la finalización del trienio liberal en abril de ese año. *Vid.* a este respecto, GACTO FERNÁNDEZ, E., GARCÍA MARÍN, J. M., ALEJANDRE, J. A., *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia de Derecho)*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, pp. 577 y ss.

8. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad: desde Roma hasta el derecho Altomedieval visigodo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 17, 2013, pp. 605-634.

y filosóficos cristianos vayan impregnando en la conciencia popular,⁹ y que el abandono de los hijos recién nacidos se presente como un pecado capital que el Derecho civil no podía proteger.¹⁰

Las nuevas corrientes filosóficas cristianas suponen, por tanto, un punto de inflexión en la materia,¹¹ sobre todo porque implican un cambio de concepción en la noción de patria potestad, que a partir de entonces quedará impregnada por la consideración de esta como deber –en lugar de poder– que el padre debe ejercitar en beneficio de los hijos.¹² Y será esta evolución la que hará que autores cristianos se muestren muy hostiles con

9. Como afirma GARÓFALO, L., la idea de *humanitas*, que actúa como eje rector del pensamiento jurídico romano, provocó en la esfera familiar una mejora en la rígida relación potestativa que existía entre padres e hijos. En efecto, las nociones como la *pietas*, *caritas* o la *miserecordia* van a sustituir a los principios clásicos del *officio*, *pietas* y *humanitas* en las relaciones paterno-filiales. *Vid.* GARÓFALO, L., «L'*humanitas* nel pensiero della giurisprudenza classica», *Diritto e Storia, Tradizione Romana*, 4, 2005, pp. 4 y ss. *Vid.* también respecto a la noción de *humanitas*, entre otros, MASCHI, C. A., «“Humanitas” romana e “caritas” cristiana come motivi giuridici», *Jus*, I, 1950, pp. 272 ss.; RICCOBONO JR., S., «“Humanitas”», en G. Moschetti (coord.), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 1948) II*, Milano, 1951, pp. 226 ss.; SCHADEWALDT, W., «Humanitas Romana», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 4, Berlin-New York, 1973, pp. 52 y ss.; RICCOBONO, S., «L'idea di “humanitas” come fonte di progresso del diritto», en *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 596 y ss.; DAZA, J., «Aequitas et Humanitas», en *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, pp. 1.229 y ss.; y GARÓFALO, L., «L'“humanitas” tra diritto romano e totalitarismo hitleriano», *Teoría e storia del diritto privato*, n.º 8, 2015, pp. 1 y ss. (= en *Zeszyty Prawnicze*, n.º 15-2, 2015, pp. 43 y ss.).

10. SUAREZ BLAZQUEZ, G., «Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad...», *cit.*, p. 622. Según el autor «la Iglesia penetra en las entrañas públicas del Imperio y la ideología cristiana va a ir empapando las instituciones civiles del Derecho romano donde existe un punto de encuentro. El matrimonio, el divorcio, la familia, la patria potestad y su ejercicio son instituciones que serán abordadas exhaustivamente por los Primeros Padres de la Iglesia, quienes combatirán cualquier ropaje de forma y contenido paganos».

11. *Vid.* a este respecto, DAZA, J., «Infanticidio y aborto en el Derecho romano», en S. Catalá Rubio (Coord.) *Evolución del derecho de familia en Occidente*, Cuenca, 2006, pp. 75 ss y pp. 91 y ss.

12. El padre es, como afirma SANTO TOMÁS, «principio de la generación, educación, disciplina y de todo cuanto se refiere al perfeccionamiento de la vida» (*Summa Theologica*, 2-2, q. II, a. 1).

la costumbre de exponer a los hijos recién nacidos, por considerarla contraria a la piedad que debía regir las relaciones paterno-filiales y afirmando que matar a un hijo era menos inhumano que abandonarlo, porque o bien tendría una muerte cruel, o, en caso de sobrevivir, llevaría una vida de penurias, esclavitud o prostitución. Así, padres de la Iglesia como San Justino, en *Apologías*,¹³ ponen de manifiesto que el abandono de los niños es una «mala acción porque hemos visto que casi todos, no solamente, las niñas sino también los niños se ven arrastrados a la prostitución», añadiendo que es «de temer que pueda morir el niño abandonado que no es recogido, con lo cual nosotros mismos nos convertimos en asesinos». También San Agustín se manifiesta en este sentido, afirmando que «a veces las sagradas vírgenes recogen algunos de esos niños que los padres cruelmente exponen en la calle para que los cuide no sé quién y otro nacido de un estupro sacrílego es expuesto por el cruel miedo de su madre, es recogidos por la piedad misericordiosos de unos extraños».

Igualmente, autores como Lactancio, en *Divinae Institutiones*, calificará de «falsa piedad» a los padres que, en lugar de estrangular a sus hijos, los abandonan, porque añade que los matan «con más crueldad» porque los condenan a «la esclavitud y al lupanar»¹⁴ y Atenágoras, en

13. SAN JUSTINO, *Apologías*, 1, 27.

14. LACTANTIO, *Divinae Institutiones*, 6, 20, 18-25: «Así pues, que no piense nadie que le está permitido ni siquiera estrangular a los recién nacidos, crimen que es el más impío de todos: Dios, en efecto, introduce las almas en los cuerpos para la vida, y no para la muerte. Pero los hombres, para que no haya ningún crimen que no manche las manos, desprecian, con almas todavía rudas e ignorantes, la luz que no ha sido dada por ellos. ¿Esperará alguien que respeten la sangre ajena quienes no respetan la suya? De todas formas, esos son criminales impíos sin ninguna duda. Pero, ¿Qué decir de aquellos a los que una falsa piedad empuja a abandonar a sus hijos recién nacidos? ¿Acaso pueden ser considerados como inocentes quienes ofrecen a los perros como presa sus propias entrañas y matan con más crueldad que si estrangulasen lo que es suyo? ¿Quién dudará de que es impío quien da ocasión a la misericordia ajena? El que abandona a su hijo, aunque le ocurra a éste lo que aquel pretendió –que sea alimentado– está sin duda condenando su propia sangre a la esclavitud y al lupanar [...]. Pero estos parricidas ponen como excusa las estrecheces de sus recursos y se quejan de que no pueden hacer frente a la crianza de muchos hijos: como si los recursos estuvieran en poder de sus poseedores y no sucediera todos los días que Dios convierte a los ricos en pobres y a los pobres en ricos. Por ello, si alguien no puede criar a sus hijos a causa de

la *Apología*, 35, calificará de asesinato el abandono de niños, prohibiéndolo expresamente para la comunidad cristianos. De igual forma, Tertuliano, en *Apoloteticum*, 9, 7 y ss., se refiere al abandono de los recién nacidos como una de las muertes más crueles, al exponerlos al «frío, al hambre o a los perros». ¹⁵

Con independencia de que los autores cristianos, como acabamos de ver, consideren el abandono de los hijos como una práctica más cruel que la propia muerte, también el cristianismo va a incidir en el Derecho de familia, facilitando la evolución de la noción patria potestad, tan arraigada en el Derecho romano. ¹⁶ Las relaciones paterno-filiales pasan a estar presididas, no por la soberanía que el padre ejerce sobre los hijos, sino por la idea de *pietas*, lo que provocará un cambio drástico en la concepción de la potestad paterna, ¹⁷ sustrayéndola, como se percibe en la legislación de Constantino, del carácter perpetuo que la definía anteriormente y que ocasionaba que el abandono del hijo no ocasionaba que el *pater familias* perdiera su potestad sobre él. En efecto, las escasas fuentes que se refieren a esta cuestión ¹⁸ parecen poner de mani-

su pobreza, es mejor que se abstenga de unirse con su esposa a que destroce con manos criminales las obras de Dios».

15. TERTULLIANUM, *Apologeticum*, 9, 7: «*Si quid[em] et de genere necis differt, utique crudelius in aqua spiritum extorquetis aut frigori et fami et canibus exponitis; ferro enim mori aetas quoque maior optaverit. 8. Nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib[er]atur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est*».

16. La *humanitas*, incluso en el período posclásico y de Justiniano en que se encuentra cargada de valores cristianos, continúa teniendo una influencia considerable en el desarrollo del ordenamiento jurídico, observándose en las numerosas referencias en la legislación imperial (GAROFALO, L., «L'“humanitas” tra diritto romano...», *cit.*, p. 23) y así, la influencia de la filosofía cristiana en el Derecho significa que la facultad de poseer derechos subjetivos adquiere el carácter de esencial para el hombre.

17. ROBERTI, M., «Patria potestas» e «paterna pietas», en *Studi Albertoni*, I, 1934, pp. 259 y ss. Respecto a la cuestión de la influencia de la ética cristiana en los valores fundamentales del Derecho romano, como *iustitia, humanitas, pietas, aequitas*, vid. LAPICKI, B., *Etyczna kultura starożytnego Rzymu a wczesne chrześcijaństwo*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław-Łódź, 1958, pp. 118 y ss.

18. D. 40, 4, 29. (*Scaevola 23 Dig.*). «*Uxorem praegnatam repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris*

fiesto que, con la exposición del hijo, el padre no perdía la *patria potestas*, por lo que siempre podría ser reivindicado por aquel en el futuro,¹⁹ pagando al que lo había recogido lo que había gastado en alimentos.²⁰

vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. servi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est». Aunque en este fragmento no aparezca demasiado claro, a mi juicio, seguramente sí sería así dada la configuración de este poder paterno como absoluto, que absorbía todo el marco de relación filial y cuya pérdida solo acontecía con circunstancias muy concretas, como la muerte del *pater familias*, la pérdida de la ciudadanía, la *conventio in manum*, etc... Además, en *Codex* 5, 4, 16, a propósito de una hija abandonada, se alude a la necesidad de que el padre prestara su consentimiento a la celebración de sus nupcias, lo que pone de manifiesto que si el padre conservaba ese derecho, que deriva de la patria potestad, es que no la habría perdido con el abandono: C. 5, 4, 16. «(Imperatores Diocletianus, Maximianus). Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sump-tibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet. (Diocl. et Maxim. aa. et cc. Rhodoni)».

19. No aclaran las fuentes si con la exposición del hijo se produciría el cese de la patria potestad, recuperándose posteriormente con su reclamación, si quedaría como un derecho latente similar a lo que ocurría en el *postliminium* o si no se extinguiría nunca, permaneciendo vigente aún a pesar del abandono. Tampoco queda claro cómo podría reclamar el padre al hijo, aunque, en mi opinión, creo que sería aplicable la *vindicatio* cuando aquel no hubiera tenido conocimiento del abandono, en tanto que esa exposición inconsentida sería la causa exigida en la acción vindicatoria para su interposición. De todas formas, probablemente el abandono de hijos legítimos por parte de los padres no sería un supuesto muy habitual y, en caso de que se llevara a cabo, menos aún lo sería su posterior reclamación.

20. D. 22, 6, 1, 2. (Paulus 44 ad ed.). «*Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat. nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognationis habere se nesciat, in iure errat: at si quis (forte expositus) quorum parentium esset ignoret, fortasse et serviat alicui putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat*». La cuestión acerca de si el padre debía pagar alimentos al *nutritor* no estaba exenta de controversia, tal y como se pone de manifiesto en el intercambio epistular que mantienen Plinio el joven y Trajano, donde, aparte de ponerse de manifiesto que esta práctica era muy habitual en esta época, se vislumbra la dispa-

Por lo tanto, habrá que esperar hasta Constantino para que exista una leve penalización del abandono de los hijos, que en ningún caso se presentaba como conducta prohibida y menos delictiva. Hasta ese momento, para el Derecho romano la exposición de los hijos parece que no pasaba de ser una práctica enmarcada en el ámbito de los poderes que el *paterfamilias* tenía atribuidos como jefe de su familia.²¹ En efecto, el

ridad de criterios que existía en este tema. De hecho, Trajano, contra el parecer de Domiciano, opina, según el modelo griego, que los padres no debían pagar cantidad alguna. PLINIO, *Epistulae*, X, 65. *C. Plinius Traiano Imperatori. «1. Magna domine, et ad totam provinciam pertinens quaestio est de condicione et alimentis eorum, quo vocant Θρεπτιός. 2. In qua ego auditis constitutionibus principum, qua nihil inveniebam aut proprium aut universale, quod ad Bithynos referretur, consulendum te existimavi, quid observari velles; neque putavi posse me in eo, quod auctoritatem tuam posceret, exemplis esse contentum. 3. Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitate et epistulae divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani et Avidium Tigrinum et Armenium Brocchum procónsules, ítem ad Lacedaemonios; quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam. 66. Traianus Plinio. 1. Questio ista, quae pertinet ad eos qui liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati sunt, saepe tractata est, nec quicquam invenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes provincias sit constitutum. 2. Epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brocchum, quae fortasse debeant observari: sed inter eas provincias, de quibus rescripsit, non est Bithynia; et ideo nec assertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem redimendam pretio alimentorum». Vid. a este respecto, Plinio el joven, *Epistulae. Cartas*. Introducción, traducción y notas de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J., Ed. Gredos, Madrid, 2005, pp. 523 y ss. No obstante, dos pasajes del *Codex* –C. 5, 4, 16 y C. 8, 51, 1– sí imponen claramente al padre que dejó abandonado al hijo el deber de pagar al que lo recogió y le alimentó esa manutención.*

21. Sobre la exposición de los hijos, *vid.*, entre otros, LANFRANCHI, F., «*Ius exponendi e obbligo di alimentare*», *SDHI*, VI, 1940, pp. 5 y ss.; VOLTERRA, E., «L'efficacia delle costituzioni imperiali emánate per le provincia e l'istituto dell' "expositio"», en *Studi Besta*, I, 1937, pp. 449 y ss.; DELAFON, P., *Droit d'exposition à Rome*, Montpellier, 1942; SOLAZZI, S., «C. Th. 5, 9, 1 e l'esposizione degli infanti», en *Scritti*, V, 1972, pp. 166 y ss.; FOSSATI VANZETTI, M. B., «Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano», *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 179 y ss.; BOSWELL, J. E., «"Expositio" and "Obblatio": the abandonment of children and the Ancient an Medieval Family», *The American Historical Review*, 89, 1984, pp. 10 y ss.; PUGLIESE, G., «Note sull'"expositio" in diritto romano», en *Studi Sanfilippo*, VI, 1985, pp. 629 y ss.; HARRIS, B. V., «Child-exposure in the Roman Empire», en *JRS*, LXXXIV, 1994, pp. 1 y ss.

tratamiento tangencial que realizan las fuentes de la exposición de los hijos pone de manifiesto su configuración como práctica tolerada socialmente, cuando el recién nacido no cumplía las expectativas que su nacimiento generaba, y que no tenía mayor repercusión en otros ámbitos.²² De ahí que durante siglos se pasara por encima de este tema, quedando relegado a la esfera literaria más que jurídica. Ahora bien, a medida que la concepción de la familia va evolucionando, abandonándose la idea de agnación como vínculo político y encaminándose hacia una institución natural unida por lazos cognaticios, se irá observando un progresivo rechazo hacia todo tipo de conductas consideradas abusivas en la relación paterno-filial, que chocarán ya frontalmente al emerger las corrientes filosóficas del cristianismo, como se ha mencionado anteriormente.

El *ius exponendi* sufrirá una profunda revisión en la legislación que regirá a partir de Constantino, por tanto, será este emperador con una Constitución del año 331, el que, sin prohibir el abandono de los hijos ni sancionarlo, imponga un cierto castigo para el padre al privarle del derecho a reclamar a ese hijo en el futuro, despojándole así de la patria potestad.²³ Posteriormente, en el año 374, una Constitución de

22. El abandono de los recién nacidos era una costumbre permitida en la sociedad romana y la griega, pero rechazada por otros pueblos de la Antigüedad, como los egipcios, germanos o judíos, que creían que se debía criar a todos los hijos que nacían en la familia. En Roma, la exposición de los hijos fue una práctica cada vez más habitual, como se pone de manifiesto por Suetonio en *Caius Caligula*, 5: «*Tamen longe maiara et firmiora de eo iudicia in norte ac post mortem extiterunt. Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversae deum arae, Lares a quibusdam familiares in publicum abiecti, partus coniugum expositi*» o Eurípides, en *Ion* (15-19), al dar noticia del parto de Ión, hijo de Apolo y Creúsa, que fue abandonado por esta en una cueva a los pies de la Acrópolis para que muriera, por temor a que su padre, rey de Atenas, descubriera el parto. *Vid.* también *Estr.*, 17, 2, 5 y Tácito., *Germ.*, 19, 6 e *Hist.*, 5, 5, 3. También Suetonio relata el caso de la orden dada por Claudio para que abandonaran a su hija a las puertas de casa de su madre porque sospechaba que era fruto de adulterio cometido por su esposa con uno de sus libertos (*Claud.*, 27, 1 y 3). *Vid.* también otros casos de abandono en *Aug.*, 65, 4; y *De Gram. et Rhet.*, 21 y de otros autores como Cicerón, *De leg.*, 3, 19 o Dion. Hal., *Ant. Rom.*, II, 15, 2. Soranus, *Gynec.*, II, 6, 26 Plauto, *Comedias*, *Cistellaria*, 123-124; Terencio, *Heautontimorúmenos*, Act. IV, Esc. I, 635-641; Dion. Cas., *Xiphilino*, 61, 16, 2; Apuleyo, *El asno de oro*, X, 21.

23. La Constitución recogida en el *Codex Theodosianus*, preceptúa que aquel que hubiera recogido a un niño, expulsado de la casa de su padre por la voluntad y co-

Graciano, Valentiniano y Valente sí sanciona como crimen la conducta de abandono de los hijos, al asimilarla con su muerte.²⁴

El régimen justiniano, recogiendo la corriente de pensamiento que mostraba una hostilidad manifiesta hacia el abandono de los hijos, equipara su exposición al homicidio y otorga una especial protección a la condición de los hijos abandonados, privando, por un lado, a los padres de la patria potestad sobre ellos y, por otro, a las personas que los hubieran recogido de cualquier derecho sobre ellos o sus bienes.²⁵

El *ius commune* supondrá el avance en la línea de pensamiento comenzada en el derecho postclásico y afianzada en el derecho

nocimiento de su amo, y que haya crecido con su sustento para la fuerza, lo retendrá en el mismo estado en el que lo tuvo cuando lo recogió, es decir, como hijo o como esclavo: *C. Th.*, 5, 9, 1. «*De expositis. Imp. Constantinus a. Ad ablavium p(raefectum) p(raetori)o.- Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint. Dat. xv kal. mai. Constantinopoli basso et ablavio cons*».

24. *C. 8, 51(52), 2.* «*(Imperatores Valentinianus, Valens, Gratianus). Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit. Valentin, Valens et Grat. aaa. ad probum pp. (a. 374 d. iii non. mart. gratiano a. iii et equitio cons)*».

25. *C. 1, 4, 24.* «*(Imperator Justinianus). Nemini licere volumus, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus eitus sit, eum puerum in suum dominium vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere: sed nullo discrimine habito ii, qui ab huiusmodi hominibus educati vel nutriti vel aucti sunt, liberi et ingenui appareant et sibi adquirant et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae habuerint, quo modo voluerint, transmittant. haec observantibus non solum praesidibus provinciarum, sed etiam viris religiosissimis episcopis. (Iust. a. Demostheni pp.) <a 529 d. xv k. oct. chalcedone decio vc. cons.> y C. 8, 52 (51), 3. (Imp. Justinianus a Demostenes). Sancimus nemini licere, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominium vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere et educationem eorum procurare, sive masculi sint sive feminae, ut eos vel loco libertorum vel loco servorum aut colonorum aut adscripticiorum habeant. <a 529 d. xv k. oct. chalcedone decio vc. cons>».*

justiniano, que mostraba ya abiertamente, como se ha mencionado, su hostilidad frente a la práctica social de la exposición de los hijos, a la que consideraban más aberrante incluso que el propio homicidio. La Iglesia, al asumir en gran medida la *lex romana* como norma propia, contribuyó a su transformación, sentando las bases para que la legislación posterior castigue finalmente de forma casi unánime y cada vez con mayor rigor y dureza el abandono de niños recién nacidos. De esta forma, los grandes códigos de la legislación española, especialmente el *Fuero Juzgo* y *Las Partidas*, serán contundentes en sancionar la exposición de los hijos, favoreciendo así la creación de instituciones tutelares en el ámbito de la Iglesia y, posteriormente, en el estatal.

La legislación medieval, con la *Lex Romana Visigothorum* primero y después con las *Decretales* de Gregorio IX,²⁶ el *Fuero Real*, *Fuero de Cuenca*, *Fuero de Zamora*, *Fuero de Molina* y otras normas posteriores, al recuperar el concepto de patria potestad como *officium* que se ejerce en beneficio de los hijos, se aleja por completo del Derecho romano en materia de abandono de los recién nacidos.²⁷ En este sentido, el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* va ir más allá de lo establecido en el Derecho romano, al condenar sin paliativos el abandono de niños, especialmente si eran libres, y aumentar el castigo a los padres. La exposición de los hijos estaba castigada en la *Antiqua* del libro IV, título 4, número 1, en caso de que tuvieran la condición de libres. Para ello, se faculta al juez para que pueda investigar el delito con independencia del lugar en el que se hubiera cometido, acusar a los padres e imponerles las sanciones que correspondan según los casos.²⁸

26. *Vid. Decretales*, V, II, capítulo único. En las *Decretales* de Gregorio IX se decreta la extinción de la patria potestad en caso de exposición de infante por el padre o con su consentimiento.

27. *Vid.* a este respecto SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.-RIVERA ÁLVAREZ, J. M., «Derecho: la patria potestad en el Derecho civil común de España», en F. Lucas-F. Murillo de la Cueva-A. Arias Astray (Coord.) *Perspectivas de Trabajo Social en sus textos (Disciplinas de los estudios de Trabajo Social en los clásicos)*, Buenos Aires, 2005, pp. 19 y ss.

28. *Lex Visigothorum* IV, 4, 1 (*Antiqua*): «*Si quis puerum aut puellam ubicumque expositum misericordiae contemplatione collegerit, et nuritus infans parentibus postmodum fuerit agitus, si ingenuorum filius esse dinoscitur aut servus vicarium reddant, aut pretium. Quod si facere forte neclexerint, a iudice territorii de proprietate parentum expositus redimatur, et parentes huius impietatis autores exilio perpetuo reli-*

La persona que recogía a un niño abandonado –*nutritor*– tenía derecho a una indemnización en el caso de que, con posterioridad, los padres quisieran reconocerlo. Los progenitores debían entregar un siervo al *nutritor* o el equivalente de este en dinero, previéndose la posibilidad de que el juez embargara sus bienes en caso de que no tuvieran recursos para hacer frente al pago o entregar a los propios padres al *nutritor* como siervos, manteniendo al hijo que abandonaron en la condición de libre.²⁹

En Castilla, durante toda la Edad Media, será común la normativa sancionadora respecto del abandono y, si bien en los primeros momentos los castigos se atenúan bastante, aumentan con posterioridad, sobre todo si el desenlace de la exposición era la muerte del niño.

Los fueros municipales castigan la exposición de los hijos puesto que continúa siendo una costumbre habitual por parte de los padres, sobre todo cuando no contaban con recursos para su manutención, pero

getur. Si vero non habuerint, unde filium redimere possint, pro infantulo deserviat qui proiecit et in libertate permaneat propria, quem servabit pietas aliena. Hoc vero facinus cum fuerit ubicumque commissum iudicibus et accusare liceat et damnare. El origen de esta ley es C. Th. 5, 8, 1. 8. LRW C. Th. 5, 8, 1, *interpretatio: Si quis infantem a sanguine emerit et nutrierit, habendi eum etpossidendi liberam habeatpotestatem. Sane si nutritum dominus velpater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit, aut pretium nutritor, quantum valuerit, qui nutritus est, consequatur».*

29. En el supuesto de que el hijo expósito tuviera la condición de esclavo, la *lex Visigothorum* no le concede ninguna protección a él, pero sí a su dueño en caso de que el abandono se hubiera llevado a cabo sin su conocimiento, ya que podía reclamarlo abonando a la persona que lo hubiera recogido la tercera parte de su precio. La reclamación no se reconocía al dueño cuando el siervo hubiera sido abandonado con su conocimiento: *Lex Visigothorum* IV, 4, 2. «*Si ancilla vel servus in fraude fortasse dominorum infantem exposuerint et ipsis insciis infantem proccerint, infans cum fuerito nutrius, tertiam partem pretii nutritor accipiat; ite ut iuret aut probet dominus, se quod servi sui infantem exposuerint ignorassse. Si vero consciis dominis infans probator fuisse iactatus in eius, qui nutrit, potestate permaneat*». El origen es C. Th. 7, 9, 1. *Vid.* SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 36, Valparaíso, 2014. También, *vid.* MONTANOS FERRÍN, E., *La familia en la Alta Edad Media española*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, y OTERO VARELA, A., «La patria potestad en el derecho histórico español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 26, 1956, pp. 209 y ss. (= en *Estudios Histórico-Jurídicos*, 2, 2005 (Derecho privado), pp. 121 y ss.).

también cuando eran el fruto de alguna relación ilícita, ya que ese hijo era la prueba patente de la existencia de una relación que llevaba aparejada duras sanciones para sus progenitores que evidentemente estos querrían eludir.

Para intentar paliar el abandono de los recién nacidos, los fueros municipales establecen disposiciones penales contra las mujeres, imponiendo penas de flagelo y, sobre todo, obligando a la madre a criar a ese hijo.³⁰ La sanción más severa se encuentra en el Fuero de Brihuega, al imponer la pena de prisión para la «mugier que echare su fijo».³¹ Los padres no eran sancionados penalmente, aunque los fueros sí hacían recaer sobre ellos la obligación de abonar a las madres la manutención de los hijos hasta los tres años de edad en la mayoría de las regulaciones y sin que se hiciera distinción entre el origen legítimo o ilegítimo de los hijos. En el supuesto de que el padre no pagara estas cantidades medidas en sueldos, tanto el Fuero de Cuenca, como el de Teruel, Béjar o Zorita permitían a la madre abandonar al hijo, mientras que, en caso de que hubiera recibido el dinero por parte del padre, se castigaría a la mujer a la pena de azotes.

Por lo que respecta al *Fuero Real*, sí encontramos aquí la equiparación de la exposición al homicidio, castigando con la muerte al padre que abandonara a un hijo si éste finalmente fallecía.³² No obstante, en caso de que no muriera, lo único que se contemplaba era la privación de futuras reclamaciones –respecto del hijo o de sus bienes– y solo en el caso de que el padre hubiera consentido el abandono, porque, si no hubiera tenido conocimiento de la exposición, su derecho a reclamar permanecía intacto y solo debía pagar una indemnización a la persona que lo había criado por los gastos derivados de su manutención.

La regulación de *Partidas*, establece en la ley tercera del Título XX que, en un principio, quien hubiera recogido a un menor expuesto por sus padres no podría, ni retenerlo en servidumbre ni reclamarle los gastos que hubiera hecho en su crianza, salvo que desde un principio hubiera dejado claro que pretendía el resarcimiento de

30. *Vid.* Fuero de Cuenca, XI, 35; Fuero de Teruel, 372 y Fuero de Béjar, 331.

31. Fuero de Brihuega, 91.

32. Leyes I, II y III, Título XXII, del Libro IV del Fuero Real.

tales gastos, porque entonces sí, el expósito debería devolvérselos.³³ Solo si la exposición se hubiera producido sin consentimiento del padre, este podría reclamarlo y siempre abonando el dinero gastado en su crianza, salvo, como he dicho antes, que el que lo recogió lo hiciera por piedad, en cuyo caso el padre no debía satisfacer indemnización alguna. Asimismo, en caso de que el abandono del hijo se hacía en Iglesias u otros lugares, se impedía al padre que pudiera reclamarlos después de ser criados, por lo que perdía cualquier poder sobre ellos.

III. CONCLUSIONES

De la evolución que se ha expuesto con anterioridad se desprende que la exposición de los hijos, que comienza siendo un derecho comprendido en el ámbito de la potestad paterna, sufre una profunda revisión debido al influjo de los principios cristianos que impregnan la legislación a partir de Constantino. El Derecho justinianeo, al equiparar claramente ya la exposición de los hijos con el homicidio, protege su condición y priva a los padres de la patria potestad y despoja, a los que los hubieran recogido, de cualquier derecho sobre su persona y bienes. La revisión y reinterpretación de esta materia, que constituirá el núcleo principal del *ius commune*, supondrá su adaptación a un mundo cultural distinto.

La Iglesia, al asumir en gran medida la *lex romana* como norma propia, contribuyó a su transformación, sentando las bases para que la legislación posterior castigue finalmente de forma casi unánime y cada vez con mayor rigor y dureza el abandono de niños recién nacidos, favoreciendo además a que, posteriormente, primero la Iglesia y después el propio Estado asuman la función tutelar de estos niños con la creación de instituciones específicas para ello.

En la actualidad, el abandono de los recién nacidos está castigado penalmente, como lo está el de un menor o el de una persona con discapacidad. Y, si con ese abandono se pone en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, la sanción como mínimo se agrava, si es que no se le impone la pena del delito superior que se cometa. Ello, por

33. P. 4, 20, 3 y 4.

supuesto, con privación de la patria potestad si son los padres los que llevan a cabo este hecho delictivo. Además, el Tribunal Supremo ha introducido en virtud de la sentencia de 25 de octubre de 2006 el concepto de «desamparo» para los supuestos en los que un menor queda privado de la necesaria asistencia moral y material a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de guarda o paterno-filiales.³⁴ Por lo tanto, esta materia continúa evolucionando en el sentido de otorgar una mayor protección a los menores, con sanciones más duras y con interpretaciones cada vez más extensas que incluyen dentro del abandono otras situaciones de desamparo que no se contemplaban con anterioridad.

34. El Tribunal Supremo, como se ha mencionado ya, establece la doctrina en relación con el abandono de menores en su sentencia 1016/2006, de 25 de octubre, ampliando el abandono a la situación de desamparo del menor por incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de sus padres o guardadores, añadiendo que, al tratarse de uno de los delitos denominados de peligro, el tipo penal se concreta la conducta activa u omisiva que priva al menor de la necesaria asistencia moral o material que incida en su supervivencia o desarrollo afectivo, social y/o cognitivo.