



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2024

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

<b>Fecha de recepción:</b> 23/09/2024	<b>Fecha de aceptación:</b> 22/10/2024
<b>Palabras clave:</b> <i>Mater semper certa est, filiación, vientres de alquiler, vientres, maternidad subrogada.</i>	<b>Keywords:</b> <i>Mater semper certa est, filiation, surrogate wombs, wombs, surrogate motherhood.</i>



**LA PERMANENCIA DEL PRINCIPIO "MATER SEMPER CERTA EST"  
DESPUÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**  
**THE PERMANENCE OF THE PRINCIPLE "MATER SEMPER CERTA EST"  
AFTER ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES**

**María Olga Gil García**  
Universidad de Burgos  
Profesora Titular de Universidad  
[ogil@ubu.es](mailto:ogil@ubu.es)  
<https://orcid.org/0009-0009-1848-6225>

(GIL GARCÍA, María Olga. La permanencia del principio "*mater semper certa est*" después de las técnicas de reproducción asistida. RIDROM [on line]. 33-2024. ISSN 1989-1970. pp.181-229. (<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>))

**Resumen:**

Desde que la ciencia permite generar embriones extraútero y su posterior implantación en madres gestantes, se nos plantea si sigue siendo válido el principio recogido en D. 2.4.5 (*Paulus 4 ad ed.*): "*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*" observando la certera reflexión del jurista romano, que hizo descansar la determinación de la filiación en un hecho jurídico cierto e inevitable cual es el parto, el principio sigue y seguirá estando vigente, aunque después de acontecido el alumbramiento existan maneras de variar la filiación del nacido, ya presentes también en derecho romano como por ejemplo con la adopción.

**Abstract:**

Since science allows the generation of embryos outside the womb and their subsequent implantation in pregnant mothers, we are faced with the question of whether the principle contained in (*Paulus 4 ad ed.*): "*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*" observing the accurate reflection of the Roman jurist, who based the determination of filiation on a certain and inevitable legal fact such as childbirth, the principle continues and will continue to be in force, although after the occurrence of the birth there are ways to vary the filiation of the born, also already present in Roman law, such as with adoption.

**Sumario.** 1. Importancia de la maternidad en Roma. 2. Planteamiento de la cuestión, del axioma romano a la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. 2.a) Cuando la madre gestante aporta su material genético al feto. 2.a). I.- Madre y padre conocidos. Extensión de la certeza de la filiación al varón con las pruebas de ADN. 2.a). II-Madre conocida y padre donante. 2.b) Cuando no hay material genético de la madre. 2.b) I-Coincide la madre gestante con la madre de intención. 2.b) II-No coincide la madre gestante con la madre de intención. 3. Jurisprudencia del TEDH y especial referencia a la sentencia 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo. 4. Solución romana a los matrimonios que no conseguían tener descendencia. 5. Imposibilidad de la gestación subrogada en derecho romano. 6. Aportaciones críticas desde el derecho romano al derecho vigente. 7. Conclusión: permanencia del principio *mater semper certa est* y actual extensión al varón de la certeza de la filiación. 8. Bibliografía.

### **1. 1- Importancia de la maternidad en Roma.**

En el mundo romano la maternidad estaba muy considerada, existían diferentes divinidades y ritos asociados tanto a la maternidad como a los nacimientos. Juno Lucina era la deidad que, entre otras<sup>1</sup>, protegía los embarazos y los partos a la que invocaban las mujeres romanas.

---

<sup>1</sup> CID LOPEZ, M., Imágenes y prácticas religiosas de la sumisión femenina en la Antigua Roma. El culto de «Juno Lucina» y la fiesta de «Matronalia» *Studia historica. Historia antigua*, Nº 25, 2007 (Ejemplar dedicado a:

Tener hijos era una actividad de interés público, con gran componente religioso que incluso llegó a cumplir una función político social. Para una mujer tener hijos era de máxima relevancia social, comportando riesgo de muerte tanto para ellas como para sus futuros hijos. La mortalidad infantil era tan elevada que ascendía a la cuarta parte o más de los recién nacidos quienes no llegaban a cumplir un año de vida, incluso la mitad de ellos no alcanzaban los diez años de edad. La expectativa de vida era de treinta y cinco o cuarenta años de media, las mujeres romanas que llegaban a la edad adulta tenían que dar a luz una media de cinco o seis hijos para que la población no entrara en decadencia. Como advierte CASTÁN es uno de los momentos más graves y peligrosos para una persona en la Roma antigua<sup>2</sup>, el *natus* no solo debía superar los riesgos naturales de un nacimiento arduo, con peligro también para su madre, riesgos derivados del desconocimiento de las más precarias técnicas obstétricas<sup>3</sup>. Por otro lado, la omnímoda decisión de reconocer o no al nacido o nacidos, el que pudiera ser hijo legítimo o no, es decir, la

---

Resistencia, sumisión e interiorización de la dependencia), p. 366 señala que otras diosas también vinculadas con esta misma tarea y veneradas en las diferentes fiestas del calendario religioso femenino son *Fortuna Muliebris*, también *Mater Matuta*, honrada en la fiesta de *Matralia*; esta última aparece como protectora de los niños hasta llegar a la edad madura, aunque, en este caso, llama la atención el hecho de que las matronas soliciten la ayuda para sus sobrinos y no para sus hijos.

<sup>2</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Discapacidad y derecho romano: condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Editorial Reus, 2021. Capítulo 2, p. 5. En el mismo sentido BAYET, Jean. *La Religión Romana: Historia, Política y Psicología*. Ediciones Cristiandad, 1985, p.78-79.

<sup>3</sup> SORANOS. *Ginecología*. JHU Press, 1991, médico griego del siglo II d.C. es autor del primer tratado sobre Ginecología conocido. *Sobre las enfermedades de las mujeres*, en el que se recogen con detalle las prácticas al respecto, describiendo los embarazos y partos entre otras materias relacionadas con la salud femenina.

filiación, con el riesgo de no ser admitido en la familia tenía sus consecuencias fácticas y jurídicas.

Ser rechazado por la familia podía aparejar el fatídico efecto de ser sacrificado, *ius vitae ac necis* o abandonado *ius exponendi*, precisamente por estos derechos atribuidos al *pater familias* desde el nacimiento, y durante lo largo de la vida de los hijos que seguían bajo su potestad, incluidos los hijos adoptados y arrogados. Aunque a este respecto se señala por los historiadores, quizá no exentos de razón, que no es el *pater familias* quien deposita al niño en la tierra y luego lo eleva para reconocerlo ante la familia y darle su filiación, sino que parece ser que este ritual paterno no existió y solo fue metafórico porque ningún texto jurídico lo refiere, ni tampoco la epigrafía conocida<sup>4</sup>.

Legalmente solo cuenta el hecho de haber nacido vivo de ciudadanos romanos, hombre y mujer casados en justo matrimonio. El recién nacido queda sometido a la *patria potestas* del *paterfamilias*. Se sostiene que no había ceremonia para las niñas, sobre las que solo se ordenaba que fueran amamantadas. Incluso llegan a determinar el origen del mito que datan en el siglo XIX, cuando se justifica esta

---

<sup>4</sup> DASEN, V. *Le sourire d'Omphale. Maternité et petite enfance dans l'Antiquité*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 223-4 La autora refiere textos de historiadores que exceden nuestra óptica jurídica pero que nos demuestran esa verdad histórica, indica concretamente a KÖVES-ZALAUZ, CORBIER, SHAW como autores de referencia desde el punto de vista histórico. En ese mismo sentido CID LOPEZ, R.M. et. al. Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua. *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo: cuidado y mantenimiento de la vida*. Institut Català d'Arqueologia Clàssica Tarragona. 2016. p. 132.

idea en la carencia de textos jurídicos que lo avalen por lo antiguo del culto, de esta premisa dedujeron que era una costumbre; es más, añaden el dato de que al parecer el niño no se le tiene por nacido hasta que se le da nombre, es decir, el día del *iustricus*<sup>5</sup>.

Se cuestiona que sean derechos del *pater*, porque se conoce con detalle quién coloca al bebé en el suelo y luego lo eleva, con fuentes que lo avalan. En este caso textos como el tratado de ginecología de Sorano (*Sorano libro II.5*)<sup>6</sup> nos indican que es precisamente la *obstetrix* la que decide sobre la salud del recién nacido, sobre si debe o no vivir, ya que es ella la que lo deposita en el suelo antes de cortarle el cordón umbilical y es ella la que lleva a término el gesto fatídico de elevarlo o no, después de someter al nacido a un reconocimiento exhaustivo sobre su viabilidad, con un examen desde la cabeza a los pies<sup>7</sup>. La existencia del *ius exponendi* no es controvertida, aunque en época clásica las noticias sobre este *ius* sean bastante inciertas, pero el hecho de quien asume la iniciativa en este derecho, no parece que en primer término fuera el *paterfamilias*, sino la partera, quien después dará las órdenes de cuidar al retoño, por lo tanto, parece ser que es la *obstetrix* la que tiene el primer

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>6</sup> En el tratado de Sorano libro II. VI.(XXVI) 10. (79) se expresa como la partera después de dejar a la criatura en tierra y revisar si es varón o hembra, tiene la función de reconocer al recién nacido y determinar si vale la pena criarlo, si después de revisarlo, comprobar que llora y que responde a ciertas exploraciones es viable. Es ella la que levanta al niño del suelo, lo recoge y se lo entrega al padre.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 224-5.

poder de vida o muerte sobre el recién nacido. Si ella lo estima lo eleva del suelo y le corta el cordón<sup>8</sup>.

En este contexto, la maternidad era un pilar de la sociedad romana, quizá mucho más de lo que es ahora y por tanto socialmente para un matrimonio de ciudadanos romanos resultaba imprescindible tener hijos para sus extensas familias, no tenerlos generaba múltiples problemas por lo que es natural que se buscaran soluciones para estos supuestos de infertilidad tanto femenina como masculina. Es un problema desde antiguo, pero en la sociedad de nuestros días se centra en una esfera más íntima, porque no es la función principal asignada a la mujer. Pero si bien el problema en origen es el mismo, la imposibilidad de tener hijos, las soluciones a estas circunstancias vitales se resuelven de diferentes formas cuando nos referimos a sociedades antiguas o modernas.

## **2.- Planteamiento de la cuestión, del axioma romano a la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.**

La ciencia y las posibilidades de embarazos por técnicas de reproducción asistida, impensables en el mundo antiguo, hacen que nos cuestionemos la eficiencia de un conocido axioma de Derecho romano, que ha pervivido hasta estos adelantos, el atribuido a Paulo

---

<sup>8</sup> En las fuentes no se habla de poner al bebé a los pies del padre *ibidem*, p. 227.

en D.2.4.5: *mater semper certa est*, que se acompaña tradicionalmente de la presunción de paternidad del marido en justas nupcias<sup>9</sup>.

D. 2.4.5 *Paulus 4 ad ed.: "Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant."*

La Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>10</sup> regula estos supuestos en el ordenamiento jurídico español, en ella se indica, art 5.1, que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Y en el art. 5.3 que la donación nunca tendrá

---

<sup>9</sup> DUPLÁ MARIN, M.T., «El principio *Mater semper certa est*, ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias», *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, 2021, pp. 148 y ss. DUPLÁ, T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(22), 289-325. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18134>, p. 303, en el punto en que se refiere a la proyección en el derecho actual (s. XIX y XX): del proyecto de CC. de 1851 hasta la primera ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

Anteriormente este principio se mantiene en la Recepción concretamente en la Partida 6 .13. 11. RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 30-33. Y pervive hasta nuestros días.

<sup>10</sup> La primera norma fue la ley 35/1988 de 22 de noviembre una de las primeras en nuestro entorno cultural y geográfico. Esta ley supuso un avance en el momento y ayudó a paliar los efectos de la esterilidad, e incluso se observó la utilidad para otros fines como de diagnóstico e investigación, pero abrió el complicado asunto de qué hacer con los preembriones crioconservados; la ley 45/2003 de 21 de noviembre al menos limitaba el número de ovocitos. Finalmente, estos dos textos son derogados por la citada ley en vigor de 2006.

carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Pero nos preguntamos si estas prácticas dan al traste con el principio de *mater semper certa est*, en términos de filiación, ha dado tanta seguridad jurídica desde Roma hasta nuestros días<sup>11</sup>.

Lo primero y fundamental, para no desenfocar el problema es cuántos hijos han nacido por el sometimiento de sus progenitores a estos tratamientos. Si atendemos a la población general ciertamente pocos, por tanto, en nuestra opinión el principio es perfectamente válido y actual. Solo con esta observación numérica el principio romano seguiría gozando de muy buena salud y mantendría una aplicación generalizada. No obstante, vamos a revisar los diferentes supuestos que se pueden plantear con estas prácticas de reproducción asistida y en cada caso si se mantiene o no el principio de *mater semper certa est*.

Como condición previa debemos recordar que solo es la mujer mayor de dieciocho años, con plena capacidad de obrar la posible receptora o usuaria de estas técnicas, cuando previamente emite un consentimiento escrito libre y consciente expresando su intención de ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en la ley (artículo 6)

---

<sup>11</sup> Es curioso que la asunción de estos gastos ya estaba prevista en derecho romano(D. 25.6.1.7-8 *Ulpianus 34 ad ed.*) para el caso de que la mujer viuda jure que está embarazada frente al heredero lo que le otorga el derecho a los alimentos que se gastaron para el vientre, si bien es verdad que solo se le pueden reclamar su devolución si mintió.



y ello con independencia de su estado civil<sup>12</sup> u orientación sexual. Así que nos fijamos en la madre gestante y en si aporta o no su información genética para adentrarnos en los posibles casos planteados en la ley.

## **2.a) Cuando la madre gestante aporta su material genético al feto.**

Los casos en los que el principio se mantiene de manera indudable son estos, que serán los dos primeros supuestos que vamos a describir:

### **2.a.1.- Madre y padre conocidos.**

Esta fecundación puede darse en el contexto de una pareja heterosexual que no puede tener hijos de manera natural y que gracias a esta técnica consigue un embarazo con material genético de los dos progenitores, implantado en la propia madre biológica, que son ayudados por estas técnicas a conseguir un embarazo que no se alcanzaba por otros cauces<sup>13</sup>. En este primer caso no se vería afectada la filiación, ni el principio romano de Paulo. La ciencia solo ayuda a lo que la naturaleza no ha procurado, pero adquiriendo la filiación una certeza máxima, más allá de cualquier presunción, al ser

---

<sup>12</sup> En el mismo artículo 6.3 se indica que si la mujer estuviera casada se precisará además el consentimiento de su marido a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre consciente y formal que el de la mujer.

<sup>13</sup> En el artículo 7 de la ley de referencia se trata la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida que se regulará por las leyes civiles salvo algunas especificaciones que luego trataremos.

incuestionable la procedencia genética no solo de la madre, sino de ambos progenitores. Pensemos que hasta ahora la madre si que era cierta, salvo simulación de parto, (conducta penada siempre desde la antigüedad romana hasta la actualidad, art. 220 Código Penal) pero el padre podía ser putativo.

### **Extensión de la certeza de la filiación al varón con las pruebas de ADN.**

Las pruebas de ADN dan certeza también a la paternidad y hoy la ciencia nos permite cambiar la formulación del principio de *mater semper certa est* adaptándola al varón, podríamos decir que en esos casos también: *pater semper certus est* al menos cuando se somete a estos exámenes. Como advierte DUPLÁ, el fenómeno ha sufrido un proceso inverso en la presunción de paternidad. La paternidad romana, fruto de los escasos avances de la biomedicina en este campo, estaba bañada de un carácter incierto, del que hoy carece<sup>14</sup>.

Incluso, en casos de negativa del varón a hacerse estas pruebas, el derecho procesal advierte que su negativa injustificada en estos procesos sobre filiación de un menor permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que se acompañe de otros indicios sobre esa paternidad (o maternidad) y la prueba no se haya

---

<sup>14</sup> DUPLA MARIN, M.T., *op. cit.* p. 894. La misma autora DUPLÁ, T. (2019). El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(22), 289-325. Recuperado a partir de <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18134>, p. 324.

obtenido por otros medios<sup>15</sup>presumiendo que el padre que no se somete a la prueba es porque sabe de forma cierta o muy probable que es el padre del demandante.

Este principio aplicado al varón incluso se extiende más allá de su muerte, puesto que con la reproducción asistida permite que la mujer conciba *postmortem*. El actual art. 9 de la ley concede a la mujer esa posibilidad dentro de los doce meses desde el fallecimiento (en el art. 9.2 de la ley anterior solamente seis) y así llevar a término la fecundación referida, concretamente el artículo 9 titula: respecto a la premoriencia del marido<sup>16</sup>, (aunque luego lo amplía a quien no es marido)<sup>17</sup>y permite en su punto segundo que el esposo podrá prestar su consentimiento, en un documento referido en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser

---

<sup>15</sup> Art. 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017, en la que se reitera la necesidad de indicios para someter a alguien a esta práctica.

<sup>16</sup> “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”

<sup>17</sup> 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”

revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido<sup>18</sup>.

Esto supone que poder tener un hijo o hijos póstumos depende siempre de la voluntad de la gestante para someterse al tratamiento de fecundación, quien además deberá contar con el consentimiento expreso o tácito del fallecido cuya herencia se verá afectada en este caso. Evidentemente estos supuestos caen fuera del derecho romano que preservaba el patrimonio del padre fallecido hasta el nacimiento de su progenie, pero siempre constante el embarazo de la mujer antes del fallecimiento del padre, mujer que ya tenía a esos póstumos en su seno y no cabía que ella pudiera concebir solo a su instancia.

---

<sup>18</sup> En derecho catalán existe una previsión similar. Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia Artículo 235-8. La fecundación asistida de la mujer casada. 1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. 2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días, es decir, los doce meses, pero nueve sin prórroga y tres meses más con autorización judicial.

## **2.a) II.- Madre conocida y padre donante.**

Existen otras situaciones en las que se mantiene el material genético de la madre junto a sus propios óvulos, el caso es el de una mujer que acude a un donante para conseguir su embarazo<sup>19</sup>. En este caso la madre sigue siendo cierta siguiendo el principio romano y existe toda una normativa que regula la donación de esperma, el registro de donantes, y que vela porque no se obtengan más de seis hijos del mismo donante, concretamente el Real Decreto 413/1996 de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. En este caso y respecto a la madre el principio romano de que la madre siempre es cierta sigue perviviendo. En cuanto al padre es cierto en el sentido de que: o bien es conocido, o bien sabemos que es donante, pudiéndose romper las posibles presunciones con las pruebas de ADN. Se levanta la privacidad del donante cuando el hijo está gravemente enfermo o en peligro de muerte y desvelar la identidad del donante sea la única forma de salvarlo, o bien cuando sea imprescindible en el ámbito de la persecución procesal penal. Si bien es cierto, que en la medida de lo posible se intentará mantener el anonimato.

## **2. b) Cuando no hay material genético de la madre.**

---

<sup>19</sup> Un ejemplo puede ser el del varón que por la razón que fuere es estéril.

## 2. b. I.- Coincide la madre gestante con la madre de intención

Otros casos en los que el principio se mantiene, pero son más controvertidos son aquellos en los que la madre gestante no comparte su material genético con la criatura. Un caso similar es la fecundación *in vitro* en la que se utilizan óvulos de donante, con donación de embriones, regulado por la ley 14/2006, que se implantan en una mujer que no comparte su genoma con el feto que va a crecer en su seno. Un caso de este tipo es el embarazo de una pareja de mujeres, en el que una es gestante del embrión obtenido con el óvulo de la otra y espermatozoides de un donante. Donación realizada mediante un contrato gratuito, formal y confidencial realizado entre él o la donante y el centro autorizado de reproducción asistida.

En estos casos, aunque no exista carga genética de la madre en la que se implanta el embrión, para el derecho ésta sigue siendo cierta, en el sentido del aforismo romano y el principio sigue rigiendo para el derecho<sup>20</sup>. Estas prácticas son legales en España, en estos casos que describimos, la madre gestante coincide con la madre de intención, aunque no tenga su carga genética, pero va a parir a la criatura que es el hecho determinante que da origen al aforismo. La filiación materna del niño nacido así será como en el

---

<sup>20</sup> No nos debe confundir el punto de vista médico, para el que la madre genética será la imprescindible en términos de curación de dolencias que tengan que ver con la herencia genética, pero jurídicamente la mujer que da a luz es la que define la filiación.

texto de Paulo la que quede determinada por el parto y el principio también es de total aplicación. Ejemplos de este tipo son madres que han padecido alguna dolencia que les ha impedido preservar sus óvulos y una vez sanas quieren ser madres lo que logran después de un embarazo con óvulos de donante.

Una realidad que también debemos tener en cuenta es la que se plantea con la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>21</sup>, que permite contrayentes del mismo sexo, más concretamente el matrimonio de dos mujeres, situación que podría dar lugar a dos madres. Pero incluso en este caso, la gestante será la que define la filiación, puesto que, si seguimos los principios romanos, tanto en ese caso, como en el de casada con varón lo importante es que exista matrimonio y como consecuencia de ello la extensión de la filiación al otro cónyuge no gestante, no tanto su sexo.

## **2. b) II- No coincide la madre gestante con la madre de intención.**

---

<sup>21</sup> Cuando se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

Aquí surgen otros casos, son aquellos que dan lugar a la gestación subrogada. En ellos la madre gestante no es la madre de intención, y su embarazo es por encargo, mediando o no prestación en dinero. En estos casos estas técnicas permiten otros supuestos en los que el principio parece tener una aplicación más dudosa: el caso de la gestación por sustitución, o también conocida, usando una sinécdoque: “vientres” de alquiler. *Ventris* palabra que si bien en Derecho romano es usada en diferentes textos para referirse al todo que conforma la mujer embarazada y a su feto, como observamos en las múltiples referencias al *curator ventris*<sup>22</sup>, es una expresión que quizá pudiera tener sentido en un ordenamiento jurídico de la antigüedad, en el que prima la filiación por varón y el vínculo jurídico existe con el padre, pero que resulta a todas luces impropia, e inconveniente actualmente. Se plantea que se pudiera utilizar una parte de la anatomía de una mujer por el todo, simplificando el embarazo a extremos absurdos, que hacen parecer que adaptar y preparar todo el cuerpo femenino para gestar un embrión, las influencias que recibe el feto de la madre gestante y al revés, durante nueve meses, el llamado apego que culmina con un parto que entraña sus peligros, fuera algo extraño a la propia mujer y solo tuviera que ver con un útero, que nos retrotrae a la idea antigua de concebir a la mujer como una vasija en la que se gesta el retoño, vasija de la que ni siquiera es dueña, el dueño es el varón.

---

<sup>22</sup> Entre otros muchos: D.25.4.3.pr.(*Paul. 17 ad Plaut.*), D. 23.2.67.4 (*Tryph. 9 disp.*), D. 26.5.20.pr. (*Mod. 7 diff.*), D. 26.10.3.11 (*Ulp.35 ad. ed*) etc.



Otros términos, como gestación subrogada, también resultan a nuestro modo de ver incorrectos puesto que entienden la maternidad como un contrato en el que una mujer gestante pudiera subrogarse, pero en qué posición, acreedora ¿deudora de un hijo? Hasta la propia expresión nos resulta inconveniente.

El derecho romano aporta algo de luz al respecto cuando solo el esclavo puede ser objeto de un contrato, porque se considera *res*, la madre gestante en los parámetros y ordenamientos jurídicos actuales no la podemos considerar *res*, es inverosímil que esa mujer sea a la vez sujeto del contrato y una parte de su cuerpo objeto de este, simultáneamente. En esa línea se entiende el ordenamiento jurídico de España, en el que estas prácticas están expresamente prohibidas, según el art 10.2 de la ley 14/2006 lo que revitaliza en nuestro ordenamiento el *mater semper certa est*, cuando se dice expresamente “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto<sup>23</sup>. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”

---

<sup>23</sup> Esta norma se aplica en multitud de Estados de influencia de derecho romano como Francia, Portugal, Italia, Alemania... en algunos de influencia anglosajona como algunos estados de Norte América, Inglaterra; en otros como Canadá, China, Marruecos, Noruega...

Pero pese a lo taxativo de la ley esta queda burlada por sujetos que acuden a madres gestantes en lugares donde si se permite esta práctica<sup>24</sup>, y nos encontramos *de facto*, con criaturas nacidas por subrogación; menores con derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional a los que hay que dar filiación y atender sus necesidades básicas, no solo jurídicas, situaciones que han provocado numerosos pleitos y con ellos distintas posturas jurisprudenciales situaciones en las actualmente debe prevalecer el interés del menor, sin olvidar los derechos de la madre gestante.

### **3.- Jurisprudencia del TEDH y especial referencia a la sentencia 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo.**

Estos últimos años la jurisprudencia tanto nacional, el Tribunal Supremo, como internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en estos casos. Fundamentalmente, mencionaremos la sentencia más reciente del

---

<sup>24</sup> En España se acude con frecuencia a California en Estados Unidos o a Ucrania en lo que se ha venido en llamar turismo reproductivo. Sin embargo, está prohibida en Francia, donde se denomina "*gestation pour autrui*", gestación para otro, por la ley 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano que cambia su Código Civil art. 16-7. Portugal el artículo 67 dos de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 establece que para la protección de la familia el estado es el encargado de regular la reproducción asistida en términos que salvaguarden la dignidad de la persona humana, la denominan maternidad de sustitución y establece también la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos tanto gratuitos como onerosos que tuvieran por objeto esta práctica como en España.

Tribunal Supremo número 277/2022 de 31 de marzo, y la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias *Mennenson contra Francia*<sup>25</sup> en 2014, así como la resolución *Paradiso y Campanelli contra Italia*<sup>26</sup> en 2017,

---

<sup>25</sup> El supuesto de este caso es una pareja francesa infértil que después de varios intentos de fecundación *in vitro* deciden conseguir gametos con espermatozoides del varón y óvulos de donante, cuyos embriones van a ser implantados en una madre de alquiler californiana, dando lugar a un embarazo gemelar. Los demandantes precisan que conforme a la ley californiana la madre portadora no iba a ser remunerada salvo en lo imprescindible, añaden que ella disponía de recursos muy superiores a los suyos, incluso estaba casada, tratándose de un supuesto de solidaridad. Nacen los gemelos y al intentar inscribirlos en California la madre portadora y su marido pretenden que se inscriban las criaturas, a nombre del padre biológico y de su mujer como madre legal. Las autoridades americanas otorgan pasaporte a los gemelos, junto a los pretendidos padres franceses y viajan a Francia. Ya en suelo francés se incoa procedimiento cinco meses más tarde, en mayo de 2001. Y en 2004 la jurisdicción francesa decide no penar porque los hechos no eran punibles en América y por tanto tampoco en territorio nacional. Sin embargo, el proceso civil de inscripción de las partidas de nacimiento se deniega por ser contrarias al orden público francés.

<sup>26</sup> La historia del caso es que, tras varias tentativas, en vano, de fecundación *in vitro*, un matrimonio italiano decide recurrir a un vientre de alquiler para ser padres. Con este propósito se pusieron en contacto con una clínica con sede en Moscú, especializada en técnicas de reproducción asistida. Firmaron un contrato de vientre de alquiler. Tras una fecundación *in vitro* se implantaron dos embriones «que les pertenecían» en el útero de una madre portadora, es decir, no existía vínculo genético entre ésta y los embriones. Según nacen la madre biológica firma un documento en el que renuncia a su maternidad y expresamente indica como padres a los señores Paradiso y Campanelli que fueron inscritos como padres del recién nacido. El certificado de nacimiento ruso no mencionaba la gestación en vientre de alquiler. Se les entrega el bebé y al llegar a Italia y pretender inscribirlo las autoridades detectan datos falsos e inician diligencias penales. Después de realizar pruebas genéticas resulta que la criatura no tiene con ellos ningún vínculo genético. Se les retira el niño, se le nombra curador y se inicia para él un procedimiento de adopción. Es muy esclarecedor el fundamento de hecho número 22 cuando dice: “Para fundamentar su decisión, el tribunal tuvo en cuenta las consideraciones siguientes: la madre había declarado no ser la madre genética, los óvulos provenían de un donante anónimo, la prueba de ADN realizada entre el demandante y el niño demostró que no existía una vinculación genética entre ellos; los demandantes habían pagado una

ejemplos perfectamente válidos para nosotros porque estos países europeos también prohíben que los acuerdos de gestación subrogada produzcan efectos y por ello son demandados ante el tribunal al negarse a reconocer la filiación del menor nacido de una gestación subrogada celebrada en el extranjero.

La primera sentencia contra Francia es resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtiéndole que los Estados están

---

importante suma de dinero (49.000 euros); contrariamente a sus afirmaciones, nada demostraba que realmente se hubiera transportado a Rusia el material genético del demandante. Lo único indudable en este asunto era la identidad de la madre portadora que no era la madre biológica y que había renunciado al niño que había alumbrado. Los padres biológicos eran desconocidos. Siendo así, no se estaba frente a un caso de maternidad subrogada, pues el niño no tenía ningún vínculo genético con los demandantes. Estos últimos rozaban la ilegalidad: habían llevado a un niño a Italia, haciendo creer que era su hijo. Con dicha actitud, en primer lugar, habían violado las disposiciones sobre adopción internacional (Ley núm. 184 de 4 de mayo de 1983), que en su artículo 72 establecía un delito cuya valoración no correspondía sin embargo a un Tribunal de Menores. En segundo lugar, el acuerdo sellado por los demandantes con la empresa Rosjurconsulting era contrario a la ley sobre procreación médicamente asistida (ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004) que en su artículo 4 prohibía la fecundación asistida heteróloga. Se debía poner fin a esta situación ilegal y la única manera era alejar a los demandantes del niño. Ciertamente, el niño sufriría un daño por causa de la separación, pero dado el poco tiempo pasado con los demandantes y su corta edad, el niño sería capaz de superar todo. Se comenzaría inmediatamente la búsqueda de una pareja de padres adoptantes. Además, dado que los demandantes habían preferido burlar la ley de adopción a pesar del acuerdo que habían obtenido, se podría pensar que el niño era el resultado de un deseo narcisista de la pareja, o incluso que estaba destinado a resolver los problemas de pareja. En consecuencia, el tribunal dudaba de su capacidad real emocional y educativa. Al carecer el niño de una familia biológica o de su madre portadora, pues había renunciado a él, el tribunal estimó que la ley italiana sobre la adopción se aplicaba al caso presente (en el sentido del artículo 37bis de ley núm. 184/1983), confió al niño a los servicios sociales y designó a un tutor para su defensa”

obligados a reconocer la filiación del menor cuando sea hijo biológico del padre comitente, en un claro ejemplo del nuevo principio que podemos acuñar y es que a partir de las pruebas de ADN el padre siempre es cierto. Doctrina que se refuerza y se completa en la sentencia contra Italia, tres años más tarde, negando que se pueda obligar a los Estados a reconocer los efectos de una gestación subrogada cuando ninguno de los padres de intención guarda vínculo genético con el menor y no existe vida familiar, es decir cuando ninguno de los dos es cierto.

Teniendo en cuenta esta doctrina se dicta la importante sentencia española 277/2022 de 31 de marzo del Tribunal Supremo que recuerda que la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos: tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad: los contratos de gestación por sustitución pueden vulnerar los derechos fundamentales: la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante: cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción atendiendo al

interés superior del menor<sup>27</sup>. Siguiendo esta idea de la adopción, en la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil 1141/2024 de 17 de septiembre de 2024 y ante la petición de los padres de la modificación de la mención del lugar de nacimiento en la inscripción de nacimiento del bebé nacido por gestación subrogada, acepta que esta sea cambiada por el domicilio de los padres actuales al entender que es en beneficio del menor, por amparar su derecho a la intimidad personal y familiar, equiparando la situación a la de la adopción internacional según lo previsto en el art. 16.3 Ley del Registro Civil.

---

<sup>27</sup> El supuesto es una mujer española que contrata una gestación subrogada en México, con una empresa interpuesta y obtiene una madre gestante de una criatura que en ningún caso tiene material genético de la madre de intención. La criatura, un niño, nace en México, pero se establece en España y se intenta inscribir aquí, lo que se deniega y provoca la resolución del Tribunal Supremo. La sentencia de la Audiencia Provincial declaró que D.<sup>a</sup> Aurelia, que tiene un trabajo estable y bien remunerado, satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor Pedro Enrique, que se encuentra matriculado en centro educativo en el correspondiente ciclo de educación infantil, y considera a D.<sup>a</sup> Aurelia como madre y al Sr. Luis Miguel y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente. Y razonó que, no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art. 175.1 del Código Civil), ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del Código Civil porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada. Concluye que el menor Pedro Enrique evoluciona en el proceso de formación de su personalidad concibiendo a la demandada como su madre y al demandante y su esposa como abuelos, siendo conforme a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive.

Según PINO ÁVILA<sup>28</sup> la primera sentencia referida es salomónica porque deniega la filiación fundada en la posesión de estado, puesto que debe ser respetado el orden público internacional español que exigen la protección de los derechos de la madre gestante y del menor, derechos que se vulneran en el contrato de gestación subrogada reproducido en la propia sentencia<sup>29</sup>, cuyas

---

<sup>28</sup> PINO-ÁVILA, Alonso. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, nº 57, p. 337.

<sup>29</sup> Por ser de relevancia reproducimos el contrato que se firma para llevar a término esta práctica «Capítulo II.- Cláusulas

» Primera.- La gestante sustituta, gestará al niño resultante bajo todos los términos de este acuerdo, la denominación "niño" se referirá a todos los niños(as) nacidos bajo los términos de este acuerdo.

» Segunda.- La gestante sustituta renuncia a todos los derechos y reclamaciones sobre el niño nacido y acepta entregar la custodia física del niño inmediatamente después del parto sin ninguna interferencia a la futura madre. [...]

» Cuarta.- La transferencia de los embriones no es una donación de embriones a la gestante sustituta y deciden que la custodia y decisiones de todos los embriones u otro material genético creado es propiedad de la futura madre [...]

» Procedimiento. - [...]

» Quinta.- [...] D.- El niño nacerá en el estado de Tabasco bajo las leyes de este estado e inmediatamente después del parto la gestante sustituta entregará a la futura madre todos los derechos y custodias legales. La gestante sustituta deberá colaborar en todo momento con la futura madre para realizar todas las acciones y procedimientos elegidos por la futura madre para confirmarlo como la madre legal del niño, incluyendo sin limitación acciones judiciales, administrativas, permitir a la futura madre aparecer en el acto de fe del hospital, y cualquier otra acción civil. [...]

» Sexta.- Representación y coadyuvancia.

» A.- Las partes convienen que para efectos de coadyuvar de la mejor manera en la realización del objeto de este contrato, la futura madre se apoyará de una persona física o jurídica colectiva, quien será en todo momento el enlace entre los contratantes y estará al pendiente de los trámites y gestiones necesarias sin perjuicio de la comunicación que de manera directa las partes tendrán permanentemente hasta que concluya el presente contrato. En este sentido, desde este momento se establece que será la sociedad mercantil

---

denominada "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V., a través del señor Juan Pablo. [...]

- » Octava.- A.- La gestante sustituta no tendrá, ni tratará de tener relación con el niño, incluyendo sin limitación: la relación padre-hijo, información de su crianza o intentar tener información de su localización.
- » B.- La gestante sustituta renuncia a todos sus derechos como la madre legal del niño y ayudará en todos los actos legales necesarios para declarar a la futura madre como madre legal del niño.
- » C.- La gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño. [...]
- » Décima.- Evaluaciones Físicas y Psicológicas. [...]
- » A.- La gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas según lo determine la futura madre, antes de cualquier procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. [...]
- » E.- La gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre.
- » Décima Primera. - Procedimiento de fertilización in vitro.
- » Es la intención de las partes y por lo tanto se obligan:
- » A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos.
- » B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida.
- » C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria.
- » D.- La gestante sustituta se compromete y obliga a seguir todas las instrucciones del médico de fecundación in vitro hasta ser derivado con su obstetra, la gestante sustituta comprende que deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo según las instrucciones del médico de fecundación in vitro.
- » E.- La gestante sustituta se deberá presentar a todas las pruebas médicas determinadas por el médico de fecundación in vitro incluyendo sin limitación: ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. [...]
- » G. La gestante sustituta deberá permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones.
- » Decima Tercera. - Conducta durante el tiempo del acuerdo y el embarazo.
- » A.- Durante el embarazo y una vez en tratamiento con el médico obstetra, seleccionado por la futura madre, la gestante sustituta deberá informar semanalmente a la futura madre, a través de la persona coadyuvante, sobre toda la información, pruebas, resultados médicos, ecografías y citas médicas relativas al embarazo.
- » B.- Las instrucciones médicas y recomendaciones dadas por el médico tratante



- 
- a la gestante sustituta durante la vigencia del presente acuerdo, pueden incluir pero no están limitados a: mantener una dieta consistentemente nutricional, procedimientos de ultrasonidos frecuentes, prolongada abstinencia de relaciones sexuales, abstenerse de tatuajes, perforaciones en el cuerpo y efectos o cirugía estética, interrupción del ejercicio vigoroso, la prohibición de la auto administración de medicamentos por vía oral o por inyección.
- » C.- Durante el embarazo la gestante sustituta no fumará tabaco o hierbas ilegales, no tomara ninguna bebida que contenga alcohol incluyendo el vino, bebidas energéticas, no tomará ninguna bebida que contenga cafeína, no tomará drogas ilegales, no se expondrá a humos de tabaco, no tomará libremente hierbas o medicamentos naturales sin el consentimiento del médico tratante.
  - » D- La gestante sustituta está de acuerdo en: no comer carne o pescado crudo, no deberá exponerse a excrementos de animales y no se someterá a esfuerzos físicos.
  - » E.- La gestante sustituta está de acuerdo a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante.
  - » F.- La gestante sustituta según las instrucciones médicas se abstendrá de participar en cualquier actividad, ocupación o empleo alguno que pueda afectar negativamente al embarazo, incluyendo sin limitación levantar objetos pesados, radiografías no esenciales exposición a sustancias químicas nocivas, deportes o actividades peligrosas.
  - » G.- La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje.
  - » H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de DIRECCION000 Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que esto genere, a través de la persona coadyuvante.
  - » I.- La gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, así también autoriza a la futura madre para hablar directamente con el médico tratante cuestiones relacionadas con la salud del feto.
  - » J.- La gestante sustituta acepta someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y pruebas de diagnóstico amniocentesis, muestras la vellosidad crónica,

---

ultrasonido de alta resolución para las pruebas de paternidad o para determinar la salud del feto cuando lo solicite el médico tratante o la futura madre.

- » Décima Cuarta. - Emergencia médica o soporte de vida: [...]
- » B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre. [...]
- » Décima Sexta. - Entrega del niño.
- » A.- A menos que una emergencia médica obligue a lo contrario, la gestante sustituta se compromete a dar a luz al niño en el hospital seleccionado por la futura madre que deberá cumplir con los requisitos mínimos de atención y emergencia prenatal y de prematuros.
- » B.- La gestante sustituta se compromete a informar de manera inmediata a la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. y a la futura madre, cuando entre en trabajo de parto. A falta de estos, se contactará con el tutor designado en este contrato.
- » C.- La futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño, salvo que el médico tratante determine que no puede ser posible. La gestante sustituta firmará todas las autorizaciones en el hospital para permitir a la futura madre estar presente en el nacimiento del niño.
- » D.- La gestante sustituta está de acuerdo en someterse a una cesárea para el nacimiento del niño, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal.
- » E.- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto, la gestante sustituta autorizará al hospital a colocar al menor el nombre y apellidos de la futura madre, a que la futura madre pueda poner el nombre de pila del niño y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica.
- » F.- La futura madre será responsable del niño que nazca por virtud de este contrato, ya sea sano o no. La gestante sustituta renuncia al derecho a tomar decisiones médicas por el niño después del nacimiento.
- » G.- La futura madre será la madre legal de cualquier niño nacido bajo este acuerdo, ya sea que el niño tenga deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia. [...]
- » Décima Octava. - Interrupción del embarazo
- A.- La futura madre no podrá cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta.
- B - La futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.
- C.- La gestante sustituta está de acuerdo en que sólo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado

---

por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto.

- » Décima Novena. - Renuncia y adopción.
- » A.- La gestante sustituta, firmará el acuerdo de custodia física del niño a la futura madre inmediatamente después del parto. Asimismo, cooperará en todos los procedimientos para la filiación y registro civil del niño por la futura madre si llegase a ser necesario.
- » B.- La gestante sustituta, entregará al niño a la futura madre inmediatamente después del parto.
- » C.- La gestante sustituta nunca reclamará el derecho como madre sobre el niño nacido por virtud de este contrato, durante y después de la gestación, y renuncia a cualquier tipo de contacto en el futuro con el niño o la futura madre, salvo que la partes acuerden por escrito lo contrario. [...]
- » Vigésimo Primera. - Contacto después del nacimiento.
- » A.- El niño nacido bajo este procedimiento estará bajo el cuidado de la futura madre desde su nacimiento en adelante.
- » B.- Después de que la futura madre se lleve al niño fuera del hospital, la gestante sustituta estará de acuerdo en no tratar de ver o ponerse en contacto con el niño ni con la futura madre. [...]
- » Vigésimo Tercera. - Compensación, reembolso, seguros y otros costos.
- » A. Compensación a la gestante sustituta.
- » 1.- En el caso de un embarazo múltiple, la futura madre se compromete a compensar a la gestante sustituta con una suma de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares) pagaderos en 6 (seis) cuotas de igual valor, a razón de US\$ 1.000,00 (mil dólares) por mes, empezando a partir del tercer mes de confirmado el embarazo y así consecutivamente hasta el parto.
- » 2.- La futura madre pagará todos los honorarios del procedimiento de fertilización in vitro.
- » 3.- En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización in vitro y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación.
- » Vigésimo Cuarta.- Interrupción del embarazo.
- » 1.- Si la gestante sustituta, por causas ajenas a la suya o recomendado por el médico que la atiende, se somete necesariamente a un aborto para salvar su vida, la futura madre se compromete a pagar todos los gastos médicos derivados del aborto. [...]
- » Vigésima Octava. Honorarios de abogado.
- » La futura madre es responsable de los honorarios de los abogados, para revisar el presente contrato. [...]
- » Trigésima Segunda. - Asunción de riesgos durante el proceso. [...]
- » B.- La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al

cláusulas son lesivas de los derechos de la madre gestante y convierten al menor en una mercancía, pero por otro lado, propone como mecanismo alternativo un viejo instrumento ya conocido desde el mundo antiguo: la adopción con la que se justifica la necesidad de atender el interés superior del menor del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>30</sup>.

El informe anual de la Unión Europea sobre derechos humanos y democracia en el mundo ya en 2015 condenó explícitamente la gestación subrogada y recomendó su prohibición a los países miembros de la Unión, el rechazo viene de que es una práctica contraria a la dignidad de la mujer. En el mismo sentido el artículo 3 de la carta de derechos fundamentales de la UE prohíbe que el cuerpo humano, partes del mismo en cuanto tal se convierta

---

proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo. [...]».

<sup>30</sup> Llegados a este punto se firmó el 3 de marzo de 2023 en Casablanca una declaración para la abolición universal de la gestación subrogada también llamada declaración de Casablanca, en ella diferentes expertos se proponen la prohibición de la gestación subrogada y su mercado, se constató que el negocio de la subrogación está construido sobre un deseo de muchas personas de tener un hijo pero ese deseo no se puede obtener cuándo para ello se trata a mujeres vulnerables como si fuesen objetos y a los niños como si fueran mercancías. Esta práctica requiere una respuesta internacional pues como sabemos se vulneran las normativas nacionales por medio de determinado tipo de agencias mediante esta declaración de Casablanca expertos de todo el mundo han pedido a los estados que tomen medidas para combatir esta práctica en su territorio. En esta declaración se aboga por la abolición de la maternidad subrogada en lugar de por su regulación por ser contraria a los derechos humanos de las mujeres y los niños entendiendo que ningún marco legal puede asumirla. Italia concretamente la ha prohibido tanto dentro de su territorio y ha modificado su ley 40 de 19 de febrero de 2004 y ahora también se penará a quien acuda al extranjero para obtener un niño gestado por otra mujer, ya sea práctica altruista o mediante pago considerándolo un delito universal.

en objeto de lucro, y esto son normas de derecho necesario aplicables directamente a los países miembros.

#### **4.- Solución romana a los matrimonios que no conseguían tener descendencia.**

La necesidad de tener estirpe también acontece en la sociedad romana, pero en nuestra opinión la solución nunca fue la gestación subrogada. Distintos romanistas como PANERO ORIA<sup>31</sup>, DUPLA MARIN<sup>32</sup>, NUÑEZ PAZ<sup>33</sup>, DE LAS CASAS LEÓN<sup>34</sup> han estudiado cómo el principio *mater semper certa est* y por añadidura *pater est quem nuptiae demonstrant*, se pueden ver afectados por la gestación subrogada. Evidentemente en Roma también existen supuestos de parejas infértiles que necesitaban tener hijos para reforzar su clan familiar. La concepción de la familia agnaticia, la transmisión patrimonial de los bienes familiares, la estructura jerárquica bajo la autoridad del *paterfamilias*, la concepción de la mujer como gestante del hijo/a del *pater*<sup>35</sup>, la estructura social rígida e impermeable imperante hace que sea un fin prioritario tener descendencia, por lo

---

<sup>31</sup> PANERO ORIA, P., Precedentes de la gestación por sustitución. (Oporto, 2018). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2045-2054.

<sup>32</sup> DUPLA MARIN, M.T., «El principio Mater semper certa est, ...op. cit., pp. 309-320.

<sup>33</sup> NÚÑEZ PAZ, M<sup>a</sup> I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018

<sup>34</sup> DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.

<sup>35</sup> CID LÓPEZ, R. M., et al. Madres sustitutas ...op. cit.p. 130. Prevalece el interés por defender los derechos del padre sobre la descendencia.

tanto, se buscaron opciones, dentro de la concepción natural para tener progenie.

Además, tener hijos tenía reflejo en la economía familiar, los varones sucedían al *pater*, y debían intentar hacer carrera política, las hijas tenían que ser dotadas cuando se casaban, por lo que tener hijos/as era aconsejable pero tampoco una prole muy numerosa, salvo en las etapas como las de Augusto en las que tener hijos se valoró con políticas que favorecían la descendencia<sup>36</sup>.

La mujer que no concebía era tenida por enferma:

D. 21.1.14(*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*)

*pr. Quaeritur de ea muliere, quae semper mortuos parit, an morbosa sit: et ait Sabinus, si vulvae vitio hoc contingit, morbosam esse.*

1. *Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum:*

2. *Puerperam quoque sanam esse, si modo nihil extrinsecus accidit, quod corpus eius in aliquam valetudinem immitteret.*

3. *De sterili Caelius distinguere Trebatium dicit, ut, si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra.*

Y, al contrario, si estaba embarazada era sana:

---

<sup>36</sup> Augusto, frente a una demografía escasa planteó las leyes que conformaron su política matrimonial para fomentar la natalidad. Pormulgó entre 18 a.C. y 8 d.C. las *leges Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea nuptialis*, junto a la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, repartiendo premios o penas patrimoniales, como prioridad de acceso a cargos públicos, los ya conocidos de las libertas y las esclavas por número de hijos, tres o cuatro para obtener beneficios de *ius liberorum*, siendo liberadas de la tutela del marido.

D. 21.1.14.7. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*) “*Mulierem ita artam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat*”.

Pero la necesidad de lo que se ha dado en llamar un “vientre de alquiler” se solucionaba de forma diversa dependiendo del estatus social. Las clases altas de Roma, remediaban esta circunstancia basándose en la *amicitia*, motivo que amparaba el que una pareja fértil entregase su futuro *nasciturus* a otro matrimonio<sup>37</sup>, pero de forma jurídicamente correcta. Parece ser que ese juramento de amistad hacía que la mujer embarazada se hospedara en casa de los padres de intención (siguiendo la nomenclatura moderna) y allí diera a luz con los médicos que estos le procuraban y quienes en ocasiones también habían sido generosos con regalos para la madre, gestante y biológica. Nada más nacer la criatura era “adoptada”, según las fuentes literarias, por el matrimonio infértil<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Según CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano. Maiores in legibus*. Valencia. 2017. Tirant lo Blanch, p. 294 La *locatio ventris* era una cesión de la mujer embarazada, pero no solo de su vientre, la expresión mujeres embarazadas se refieren como *ventres*.

GARRIDO AGUDIEZ, M., Los «vientres de alquiler» eran una práctica común en la Antigua Roma.

[https://www.abc.es/cultura/abci-vientres-alquiler-eran-practica-comun-antigua-roma-201907250142\\_noticia.html](https://www.abc.es/cultura/abci-vientres-alquiler-eran-practica-comun-antigua-roma-201907250142_noticia.html)

<sup>38</sup> En *Vidas paralelas* de Plutarco también se narra la posibilidad de que un hombre de valía prendado de alguna mujer fértil y prudente, aunque estuviese casada con otro se acostara con ella después de convencer a su marido igual que en un campo fértil cultivando y engendrando hijos nobles, porque entiende que Licurgo no considera la propiedad de los padres de los hijos sino que estos son patrimonio de la ciudad y por ello los nuevos ciudadanos tendrán que ser hijos no de cualquiera sino de los mejores. Y crítica a aquellos, que encerrando a sus mujeres, las guardan teniendo por un honor que engendren hijos solamente de ellos, aunque estos sean tontos, pasados de edad o enfermizos, como si no fueran deficientes ante todo para

Esa referencia a la adopción la encontramos en PLUTARCO<sup>39</sup> cuando narra la posibilidad de que un marido viejo de una joven mujer, si realmente le agradaba alguno de los jóvenes distinguidos y respetables y le daba su aprobación podía llevarlo junto a ella y fecundarla con espermatozoides de calidad como viene a decir el autor y adoptar como suyo propio el ser nacido.

Pero esa información sobre la adopción en ambos casos, tal y como se narra no parece que sea una adopción jurídicamente al uso, no sabemos si jurídicamente es lo que entendemos por adopción, o simplemente era una costumbre, nacía dentro del seno familiar y la criatura quedaba dentro de la familia como si hubiera sido engendrada por el marido, siendo una norma no escrita, una costumbre. Pero nótese que estas cesiones se hacen para que la mujer procrease dentro del matrimonio y las criaturas nazcan con una filiación cierta, fueran hijos legítimos, que en caso de las cesiones cuando estaban ya embarazadas era pactada previamente, en una suerte de adopción prenatal<sup>40</sup>.

---

los que los tienen y alimentan. p. 100  
([https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks\\_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3\\_MnIQ6AF6BAgNEAI](https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3_MnIQ6AF6BAgNEAI))

<sup>39</sup> Plutarco. Vidas Paralelas I. Teseo y Romulo. Licurgo y Numa. Solón y Publícola. Temístocles y Camilo. Pericles y Fabio Máximo.,p. 100  
([https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks\\_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3\\_MnIQ6AF6BAgNEAI](https://books.google.com/books?id=GSaX47EeEqwC&printsec=frontcover&dq=vidas+paralelas+plutarco&hl=es&newbks=1&newbks_redir=0&sa=X&ved=2ahUKEwj4vT055WIAxXOywIHHc3_MnIQ6AF6BAgNEAI)).

<sup>40</sup> Nada que ver con la actualidad cuando esa madre gestante no se incluye en la familia, no adquiere ningún estatus, e incluso cuando tienen necesidad se la hace comprometerse a ceder a su hijo a cambio de precio.



Se entiende que esto sucedió durante la etapa del final de la República hasta el Alto Imperio periodo en el que se habla de la *cessio ventris*. Se ha dicho que la cesión de vientres no se contemplaba en el Derecho arcaico<sup>41</sup> y ni siquiera a principios de la República sino cuando tanto el matrimonio como el divorcio eran libres y las mujeres gozaban de autonomía para otorgar su consentimiento matrimonial, o lo que es lo mismo, la *affectio maritalis* o cesar en el mismo, divorciándose libremente, y esto no acontece hasta fines de la República y el Principado<sup>42</sup>. Así aparecen en algunas fuentes mujeres que consienten en gestar a requerimiento de otras casadas estériles, siempre hablamos de mujeres patricias, puesto que tener hijos con concubinas no otorga el *status* a los hijos nacidos de esas uniones, menos aún de esclavas<sup>43</sup>. Pero si revisamos las

---

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, E. "La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Nº 4, 2001, p. 297 en esta etapa la cesión de la mujer con fines de procreación se mantiene, pero además se extiende a otros supuestos prohibidos en un tiempo precedente concretamente a diferencia del periodo arcaico comienza a admitirse la cesión de la mujer casada e incluso embarazada.

<sup>42</sup> NÚÑEZ PAZ, M<sup>a</sup> I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018, nº 28, p.17. En el mismo sentido DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.punto 2.2.2 versión on line.

<sup>43</sup> De manera indirecta en D. 21.1.14.1 (*Ulpianus 1 ad ed. aedilium curulium*). *Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*. En este texto en que se habla de la venta de una mujer embarazada, esta es esclava, por supuesto que en estos casos no hay ninguna subrogación de vientre porque esa mujer es *res*, y en este caso lo que refiere es su mayor valor por esta circunstancia, de concebirse estamos ante una compraventa de un ser humano, en ese caso se compra la mujer embarazada como un todo, no solo su hijo, no se alquila su vientre, ni menos aún el fruto de ese vientre.

condiciones el divorcio y el matrimonio romanos son habituales e instituciones flexibles que permiten que la mujer casada, en ocasiones ya embarazada y por amistad de su marido con otro ciudadano romano acuda a su casa a parir al hijo que será recibido en la nueva familia.

Es famoso el caso de Marcia mujer de Catón y su amigo Hortensio (casado con Porcia) que no tenían hijos<sup>44</sup>, recordemos que es un caso recogido en una fuente literaria atribuida a Plutarco, por tanto, no jurídica. En ese relato se describe como después de reiteradas peticiones de Hortensio para que Catón le cediera a su mujer, con la que ya había tenido varios hijos éste consiente y la cede por amistad, Marcia se casa con Hortensio le da dos hijos, y a la muerte de éste, se vuelve a casar con Catón, ya viuda e incluso rica. Pero no observamos que hubiera consentimiento por parte de Marcia como indica PANERO ORIA “curiosamente a Marcia nadie le pregunta”<sup>45</sup> y Marcia se casa con Hortensio ya embarazada. Existen más ejemplos de esta práctica tan particular como indica CANTARELLA, es el caso de la cesión de *ventres* (esposas embarazadas) de Sila quien hizo divorciarse a su hija embarazada

---

Sin embargo, aunque sea una fuente literaria la Biblia refiere un caso que también se ha descrito como de maternidad subrogada, en el que por esterilidad de la mujer esta cede a su esclava para que conciba con el marido y el fruto de ese embarazo sea hijo de la mujer legítima, Génesis 16-19 el de la esclava Agar: “Hasta ese día Saray, la esposa de Abraham, no le había podido dar ningún hijo, pero ella tenía una esclava egipcia llamada Agar. Entonces Saray le dijo a Abraham: —Tú sabes que el Señor no me ha permitido tener hijos, así que ten relaciones sexuales con mi esclava. Tal vez yo pueda tener un hijo por medio de ella.”

<sup>44</sup> CANTARELLA, E, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Universitat de Valencia, 1997, p. 141.

<sup>45</sup> PANERO ORIA P., *Precedentes de la gestación...* p. 2049.

para entregársela como esposa a Pompeyo, Octavio se hizo entregar la esposa encinta de Tiberio Claudio Nerón, ... si bien era una práctica que solo se realizaba entre personas de un cierto nivel social<sup>46</sup>.

En todo caso son madres desprendidas, altruistas, no se hace por precio, no media dinero, aunque pueda haber gratificación como se concreta en el texto de Ulpiano de D.25.6.1.7-8<sup>47</sup>.

Existen otros supuestos similares en la literatura y la historia de Roma<sup>48</sup>. Pero esto es tanto como decir que hoy día una mujer se divorcia embarazada, se casa de nuevo antes de que nazca su hijo y pretender que su hijo es subrogado, no es un caso a nuestro modo de ver de maternidad subrogada. En palabras de GAUDEMET en ningún caso se puede hablar de venta, ni de préstamo de la mujer sino un divorcio entre Catón y Marcia y un segundo matrimonio

---

<sup>46</sup> CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano ... op. cit.* p. 294.

<sup>47</sup> D. 25.6.1. 7-8 (Ulpianus 34 ad ed.)

*"7. Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit: ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris.*

*8. Nonnumquam augebitur quod interest, si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius qui exclusus est dandam hanc actionem Iulianus ait, siquidem eius quoque interfuit non fuisse calumniae causa in possessione mulierem, quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletiores hereditatem suam relinqueret. Sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate, dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem."*

<sup>48</sup> DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas" mater...op. cit.* punto 2.2 versión on line, cita los casos que también refiere CANTARELLA.

entre esta con Hortensio<sup>49</sup>. Por otro lado, en ninguna fuente de derecho romano, ni siquiera literaria encontramos que se trate por separado a la madre de su feto, la madre ingresa en la nueva familia con la que entra compartiendo su *status*, que por el principio de *mater semper certa est* es el que comparte con su hijo concebido quien lo adquiere cuando nace. El principio hace que la madre sea tratada conforme a su situación social, le otorga más garantías que en la gestación subrogada actual en la que solo el *nasciturus* ingresa en la familia. Actualmente la madre gestante nunca forma parte de la familia que acoge a su hijo, ni la protege la familia que protegía a la madre antigua.

## 5. Imposibilidad de gestación subrogada en derecho romano.

Entender que en la antigua Roma hubo vientres del alquiler es complicado porque primero, evidentemente la práctica científica no lo permitía y segundo, porque como hemos visto la madre comparte *status* con su hijo, nunca es una tercera mujer que una vez ha parido cede su hijo para que solamente éste ingrese en la nueva familia. Compartimos con CANTARELLA que, aunque las fuentes emplean el verbo *locare* y el sustantivo *locatio* la cesión de la esposa

---

<sup>49</sup> GAUDEMET, J., "Observations sur la manus", AHDO-RIDA, 2 (1953) pp. 328 y ss. Este autor refiere una práctica arcaica de *mancipatio* de la mujer *in manu* por parte de su marido a un tercero para pro.curar hijos, con la posibilidad de un pacto de *fiducia ut remancipatur*. Pacto al que también se refiere SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie" AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011. p. 27-28 después de una *mancipatio* cuando se pretendía que la mujer retornara con el anterior marido.

embarazada no era técnicamente un arrendamiento y no tenía como tal ningún efecto jurídico, es más el acuerdo de conformidad entre quien entregaba y quien recibía a la mujer embarazada quedaba oculto, lo único que trascendía era el divorcio y el posterior matrimonio<sup>50</sup>.

Sin embargo, se ha dicho que en derecho romano existieron “supuestos de cesión voluntaria de continentes gestantes”<sup>51</sup>, como si el continente gestante se pudiera separar de la mujer encinta, a saber: primero, la madre gestante que ofrece su vientre para que otra mujer sea madre, segundo: la madre comitente, estéril o no, que recibe los hijos gestados y paridos por otra mujer como suyos y tercero, madres comitentes y madres gestantes ante ilícitos penales. No entendemos el término “continentes gestantes” parece poco preciso, aunque si atendemos al contenido parece que se refiere en el primer caso a la madre gestante, en el segundo a la madre de intención, y en el tercero a ilícitos penales y de estos tres casos, a nuestro modo de ver solo puede ser tratado como continente gestante la primera, la madre que soporta el embarazo.

A nuestro modo de ver, solo existe un supuesto de continente gestante, propiamente tal, que es el primero, los otros supuestos no son de cesión voluntaria de continentes gestantes, son simplemente

---

<sup>50</sup> CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano...op. cit.*, p. 295. Y nótese que cuando se refiere a fuentes no señala fuentes jurídicas como también señala por SIMONE, M. DE “*Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*” AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011, p. 9. En el mismo sentido FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines...op.cit.p.273 y294 existe una desconexión de las fuentes literarias con las que contamos y las jurídicas de las que carecemos.

<sup>51</sup> NÚÑEZ PAZ, M<sup>a</sup> I. Sobre la *cessio ventris* op. cit, pp. 19-25.

los otros sujetos imprescindibles en estos casos y las sanciones penales por incumplimiento de los procedimientos normativos y el engaño en cuanto a quién fue la madre que gestó. Lo que se ha relatado en Roma es la práctica de la cesión de la mujer con fines de procreación<sup>52</sup>, no de su vientre por separado.

En otros estratos sociales se dice que existían mujeres que pedían un canon por la prestación de sus servicios refiriéndose a las “*mercenariae*”<sup>53</sup>, que en este contexto aluden a la *nutrix*, mujeres que criaban y cuidaban a criaturas que no eran sus propios hijos por medio de contratos de los que se conocen varios, contratos de *locatio conductio operarum* por los que se obligaban a criar a ciertas criaturas y les pagaban por ello, pero no eran sus madres, ni gestantes, ni biológicas, ni de intención, procuraban el alimento al nacido, incluso en ocasiones los educaban, eran cuidadoras y amamantaban a los lactantes a los que por ello la unían vínculos afectivos, pero no jurídicos.

Ulpiano en D. 50.13.1.4 (*Ulpianus 8 de omnibus tribunalibus*):

*“Ad nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit: namque nutrices ob alimoniam infantium apud praesides quod sibi debetur petunt.*

---

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica” op. cit p. 273 y ss. SIMONE, M. DE “*Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*” AUPA, Torino, vol. LIV, 2010-2011, p. 50 La cesión de la mujer en el derecho romano arcaico se realizaba con el fin de la procreación de *fili legitimi* y encontraba fundamento en el fin de garantizar la supervivencia y refuerza el grupo de pertenencia. Pero dentro del marco de un matrimonio.

<sup>53</sup> NUÑEZ PAZ, *Sobre la cessio ventris* op. cit p. 26.

*Sed nutricia eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur: ceterum post haec cessant partes praetoris vel praesidis."*

En este texto, dentro del procedimiento de la *cognitio extraordinem* se habla de la competencia de los tribunales y del Presidente de la Provincia o el Pretor para juzgar sobre estipendios de los *studiorum liberalium*, y entre ellos, los de la reclamación de los salarios de las nodrizas. En este caso describe que se debe abonar hasta tanto que los niños son alimentados con el pecho, describiendo la función principal de estas mujeres, ninguna otra<sup>54</sup>.

Incluso se habla de hermanos de lactancia por el vínculo que unía a los hermanos de leche, al ser coetáneos, aunque tuvieran diferentes padres, pero no eran madres de alquiler. Algunas están muy bien vistas e incluso se nombran en monumentos funerarios y son cuidadas hasta cuando no pueden lactar por ser añosas<sup>55</sup>. Pero cuando se describe su función en el tratado de Ginecología de Soranos<sup>56</sup> en ningún momento se puede percibir que fueran madres de alquiler, su función es alimentar a los nacidos, incluso alaban a las de procedencia griega, lo que haría inverosímil esta idea a efectos

---

<sup>54</sup> Asevera la condición de amparar esta relación laboral en una *locatio conductio* el texto de Paulo en el que se entiende que el marido paga con bienes dotales de la mujer a la nodriza D. 24.1.28.1 *Paulus 7 ad Sabinum.1. Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit aut in doctrinam aut alimenta, non seroatur marito, quia ipse ministeriis eorum utitur: sed illud seroatur quod nutrici datum est ad educendum, quia pro capite quid dedisset, quemadmodum si a praedonibus redemisset servos dotales.*

<sup>55</sup> DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: les femmes dans les métiers médicaux et paramédicaux dans l'antiquité grecque et romaine. Saitabi: revista de la Facultat de Geografia i Història*, N<sup>o</sup>. 49, 1999, pp. 281-284. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

<sup>56</sup> SORANOS, (lib. II. XII.(XXXII) 19. (18).

de tener hijos legítimos y se refiere a ellas en cuanto a cómo debe ser su complejión, pero siempre pensando en una buena lactancia para el nacido.

Con todo lo anteriormente dicho es muy difícil comparar la situación actual de madres de gestación subrogada con la antigüedad. No obstante, el derecho romano nos brinda criterios para reflexionar sobre la situación actual.

## **6. Aportaciones críticas desde el derecho romano al derecho vigente.**

Lo primero que nos llama la atención es que, en Roma, los supuestos que se han dado en decir como de gestación subrogada, la madre gestante y la madre que recibe el hijo o madre de intención son conocidas. En esta práctica, por tanto, también se conoce la carga genética, la filiación desde el punto de vista de los hechos es más clara, evidentemente no hay donantes anónimos y la manera de obtener descendencia es solamente altruista, se concibe el caso de gestar por la amistad entre varones, como indica Séneca<sup>57</sup> y en textos que ya hemos señalado de Plutarco. Se parece al caso en el que existe acuerdo y se hace de forma generosa o por solidaridad.

---

<sup>57</sup> SENECA en *De Beneficiis*, 1.9.3. (Disponible en - AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J.-LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., Fuentes del Derecho romano online, BOE, 2022. ([https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266)))



Por supuesto una de las mayores diferencias es que no hay una agencia interpuesta entre las dos personas, la madre biológica es cierta y no media pago, salvo lo necesario para mantenerla y cuidarla cuando aconteciera el parto, y esto último es igual en derecho romano que en las normas civiles actuales. En cuanto al padre, legalmente también queda determinado por vínculos de filiación, aunque no sea el padre biológico<sup>58</sup>.

En cuanto a la manutención y cuidado de la madre biológica y el *nasciturs*, así como la certeza de la filiación del nacido, en la maternidad subrogada lo procuran las agencias que intermedian, previo pago de los padres de intención, en Roma se protege el embarazo en su conjunto con una figura que es el *curator ventris*<sup>59</sup>, que aseguraba el buen fin del embarazo procurando medios para la madre biológica y para el *nasciturs*, así como la certeza de la filiación del nacido. El póstumo está muy protegido desde el punto de vista patrimonial. Pero el *curator ventris* no cobraba precio y en este sentido existe una diferencia enorme, el niño gestado de forma natural ya en el vientre de su madre goza de los derechos del *nasciturus*, tanto en Derecho romano como en derecho positivo,

---

<sup>58</sup> LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II, en *Publicazioni della Facoltà di Guirisprudenza della Università di Modena*, núm.102, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1964, pp. 49-52.

<sup>59</sup> BUENO DELGADO, J. A., Algunas consideraciones en torno a la figura del “*curator ventris*” en derecho romano y en el derecho actual. *Revista General de Derecho Romano*. 31 (2018).

En D. 26, 5, 20: “*Modestinus 7 differentiarum.- Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est*” se trata la figura del *curator ventris*. En el Digesto justiniano D 37.9 se trata “*de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*” se recogen los derechos posesorios de los que todavía no han nacido.

derechos que no tiene el *nasciturus* mientras está en el vientre de la llamada madre de alquiler, y en caso de tenerlos entendemos que serían los de la madre gestante.

Otra circunstancia completamente distinta era que la finalidad de la procreación en Roma en ningún caso estaba centrada en el interés y el bien del menor sino en el bien de la familia. Con la *custodia* se va más allá, porque los *custodes ventris* no sólo velan por los intereses del nonato, sino que también vigilan los intereses del *pater*, de la familia y, por supuesto, del pueblo romano; por lo que el Pretor debe cuidar de favorecer la llegada de un nuevo individuo (*partus*) en interés del *pater*, de la familia, y, de igual modo, en beneficio de la comunidad (*Res publica*)<sup>60</sup>. En cambio, en nuestros días el centro de todas estas prácticas finalmente ha de ser proteger los derechos, tanto del que va a nacer, como los de la madre gestante.

Diferentes Tratados internacionales protegen a la infancia, pero poco o nada se vela por los derechos de la madre gestante cuando esta no es de intención, quien incluso se ve con un embarazo múltiple o de riesgo al ser implantada con varios embriones en los tratamientos *in vitro* y se ve obligada a gestar unas criaturas sanas, como si esto fuera posible conseguirlo en todo caso, se la somete a una vigilancia y exámenes exhaustivos, incluso si el feto no viene bien se la puede obligar a abortar y a la firma de unos contratos en los que claramente está muy desprotegida jurídicamente, quizá más que en los supuestos de las ciudadanas romanas de la antigüedad.

---

<sup>60</sup> *Ibidem* p. 8.

Sería muy aventurado e incorrecto que se interprete que en la antigüedad la realidad era mejor, no es así, cuando estamos describiendo la situación de madres romanas de alto estrato social, no son todas, existían otras realidades como la venta de esclavas embarazadas, o el abandono de niñas más que de varones, que por no ser admitidas en la familia acababan siendo alimentadas para engrosar números de esclavos.... Pero no son casos de maternidades subrogadas, la ciencia no lo permitía, y menos aún como hoy día en los que cabe la posibilidad de gestar un embrión que no tenga ningún vínculo genético con la madre. Tampoco podemos juzgar con nuestra cultura actual lo que sucedió entonces, pero el derecho romano nos permite reflexionar y ser críticos con esta práctica, porque cuando se describe la compra de mujeres embarazadas sabemos que estas tenían que ser esclavas, las ciudadanas romanas embarazadas no se venden, se divorciaban y se casaban con el marido que quería descendencia, la cesión se hacía para que la mujer procrease dentro del matrimonio<sup>61</sup> y sus hijos pudieran calificarse jurídicamente como hijos legítimos<sup>62</sup>.

Se ha dicho que existían mujeres mercenarias que eran pagadas para gestar, pero no conseguimos llegar a esas fuentes que otros autores refieren, incluso se ha hablado de la *nutrix* como madre de alquiler, pero si atenemos a las fuentes la *nutrix* no concibe para otros, lo que vende y está descrito en las fuentes es su lactancia, pero no un bebé, se habla incluso de la relación tan próxima que adquieren los llamados hermanos de leche, cuando

---

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ BAQUERO, E. "La cesión de la mujer.." *op. cit.* p. 282.

<sup>62</sup> SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi..." p. 25.

alimentaba a varias criaturas a la vez de diferentes padres y convivían con ella, y de esta práctica sí que se encontramos en las fuentes múltiples referencias, lactaba con un contrato de *locatio* pero no para gestar<sup>63</sup>.

Pero lo curioso es que, después de tanto tiempo la solución que da el derecho romano se parezca tanto a la de la última sentencia del TS de 2022 ya mencionada, es decir, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre o padre comitente, y en el embrión no hay información genética de ninguno, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción, más si el modelo de vida del pequeño es el adecuado. La adopción internacional está perfectamente regulada y la única diferencia respecto a la criatura que se quiere adoptar es que deberá ser un bebé recién nacido, y que en ningún caso el bebé tendrá información genética de los padres comitentes, adopción que también era la solución del mundo antiguo.

Para PANERO ORIA<sup>64</sup> sin contar con tecnologías sofisticadas, los romanos ya habían inventado una práctica que permitía alcanzar los resultados que hoy se alcanzan con los vientres de alquiler, y que una vez más Roma nos suministra una serie de ejemplos y casos reales que nada distan de la realidad y demanda social actual, y que pueden servir de base a la hora de tipificar nuevas posibilidades. Compartimos con ella que no hay ningún texto jurídico que se

---

<sup>63</sup> DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: op.cit*, p. 281-284. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

<sup>64</sup> PANERO ORIA, P., *op. cit.* p. 2052.

refiera a esta cesión de la mujer con fines reproductivos<sup>65</sup>. El hecho de ser una práctica relacionada con la amistad y gratuita, no sujeta a ningún contrato en los estratos sociales más altos, hace pensar que ese nacimiento es un hecho jurídico que afecta a la filiación, pero en ningún caso es un contrato y menos aún oneroso. De ahí que fuera una práctica social habitual posiblemente al margen del derecho.

## **7. Conclusión: permanencia del principio *mater semper certa est* y actual extensión al varón de la certeza de la filiación.**

Hoy la ciencia permite lo que no permite la naturaleza que es conseguir un embarazo en una tercera mujer con embriones gestados con información genética de otros dos sujetos *in vitro*, y para eso la antigüedad no nos puede dar soluciones, pero sigue siendo válido el principio de que *mater semper certa est* incluso en este caso, es más, nos aventuramos a predecir que hasta que no exista la posibilidad de concebir un individuo extraútero lo que de momento es ficción, (de momento lo que se puede gestar extraútero solo son embriones) permanecerá el principio romano para definir la filiación atendiendo a quien pare, y este principio da seguridad jurídica, porque el hecho jurídico del parto es evidente y palmario. Se ha conseguido generar embriones fuera del seno materno, incluso manipularlos genéticamente para evitar enfermedades o ayudar a curar otras, pero no gestarlo, de tal forma que mientras una mujer tenga que parir el principio romano nos dará el soporte jurídico de

---

<sup>65</sup> La *locatio conductio* afecta a *obstratrix, nutrix*, ... pero no para gestar.

la filiación. Ahora bien, una vez nacida la criatura ya el derecho romano y el actual permite cambiar la filiación.

A lo que nos invita el derecho romano es a reflexionar sobre lo esencial, es decir, si es lícito permitir estas prácticas, si es adecuado someterlas a un régimen jurídico contractual en el que se cuenta con el cuerpo de una mujer, sujeto y objeto de ese trato, si puede mediar precio, si cabe un compromiso que consiste en traer al mundo a un ser “sano”, como se determina en ciertos contratos, si existe proporción entre los derechos y deberes de la madre gestante y la mera voluntad, que no derecho de ser padre o madre, ...en esencia el derecho romano nos dice que gestar para otro, o bien se hace por amistad sin mediar dinero o en régimen de esclavitud de la mujer, pero en definitiva ninguna de estas soluciones cambia el principio de que *mater semper certa est*.

#### 8.- BIBLIOGRAFIA

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M.J.-LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C.,  
*Fuentes del Derecho romano online*, BOE, 2022  
([https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-266))

BAYET, J., *La religión romana Historia política y psicológica*. Trad. de Elvira, M.A., Madrid 1984, p.78-79.

CANTARELLA, E, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Universitat de Valencia, 1997.

CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho romano*. Maiores

*in legibus*. Valencia. 2017. Tirant lo Blanch.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*: Editorial Reus.  
<https://elibro.net/es/lc/ubu/titulos/185072>

DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Dykinson, 2021.

CID LOPEZ, M., *Imágenes y prácticas religiosas de la sumisión femenina en la Antigua Roma. El culto de «Juno Lucina» y la fiesta de «Matronalia»*, *Studia historica. Historia antigua*, N° 25, 2007

CID LOPEZ, R.M. et. al. *Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua. Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo: cuidado y mantenimiento de la vida*. 2016.

DASEN, V. *Le sourire d'Omphale. Maternité et petite enfance dans l'Antiquité*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 223-4.

DIMOPOULOU, Athéna. *Medica, Obstetrix, Nutrix: op.cit, p. 281-284*. <https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/e3297358-f144-420f-878e-7288eb2c4b65/content>

DUPLA MARIN, M.T., «El principio *Mater semper certa est*, ¿a debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias», *FUNDAMENTA IURIS. Terminología, principios e interpretatio*, Editorial Universidad de Almería, 2012

FERNÁNDEZ BAQUERO, E. “La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 4, 2001, p. 297

LANFRANCHI, F. Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II, en *Publicazioni della Facoltà di Guirisprudenza della Università di Modena*, núm.102, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1964.

NÚÑEZ PAZ, M<sup>a</sup> I. Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio. *Mater semper certa est. e-Legal History Review*, 2018.

PANERO ORIA, P., Precedentes de la gestación por sustitución. (Oporto, 2018) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2045-2054.

PINO-ÁVILA, Alonso. Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022, sobre filiación en la gestación subrogada, a la luz de la



doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, nº 57. p. 337.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil*, 1997. pp. 30.

SIMONE, M. DE "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie" *AUPA*, Torino, vol. LIV, 2010-2011.

SORANOS. *Ginecología*. JHU Press, 1991.