

UNIVERSITAT DE BARCELONA

La gestación por sustitución y sus perspectivas en nuestro ordenamiento jurídico

Silvia Pagés Cassellis

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (**www.tdx.cat**) i a través del Dipòsit Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (**www.tdx.cat**) y a través del Repositorio Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (**www.tdx.cat**) service and by the UB Digital Repository (**diposit.ub.edu**) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

TESIS DOCTORAL

LA GESTACIÓN POR SUSTITICIÓN Y SUS PERSPECTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Silvia Pages Cassellis

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Romano

2026

LA GESTACIÓN POR SUSTITICIÓN Y SUS PERSPECTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ I LES SEVES PERSPECTIVES EN EL NOSTRE ORDENAMENT JURÍDIC

Silvia Pagés Cassellis

Directora y Tutora: Patricia Panero Oria

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Romano

Facultat de Dret

A mis padres

ÍNDICE

ÍNDICE 5

LISTA DE ABREVIATURAS 11

RESUMEN 14

INTRODUCCIÓN 17

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ANTIGUO PRÓXIMO ORIENTE 25

1.1. Orígenes remotos de la Sustitución Reproductiva 25

1.1.1. Marco General y Cronología de la Legislación Mesopotámica 30

1.2. Antecedentes y Prototipos Legales 35

1.2.1. Las Reformas de Urukagina 35

1.2.2. Las Leyes del rey Ur-Namma 36

1.3. Testimonios sobre la falta de concepción y su solución 38

1.3.1. Las Leyes de Lipit-Ishtar 39

1.3.2. Las Tablas Capadocias 41

1.3.3. Las Leyes de Eshnunna 43

1.3.4. Código de Hammurabi 45

1.4. Evolución hacia las Leyes de Asiria y Anatolia 52

1.4.1. Las Leyes Hititas 52

1.4.2. Las Leyes Asirias Medias 54

1.4.3. Las Leyes Neobabilónicas 56

1.5. La Ley Mosaica 58

1.5.1. Relatos bíblicos de sustitución reproductiva 60

1.5.2. La Ley del Levirato 63

1.6. Otras civilizaciones de la antigüedad 66

1.6.1. Antiguo Egipto 67

1.6.2. La poliandria en Esparta 70
1.7. De Oriente a Roma: continuidad de modelos familiares y reproductivos 72
1.7.1. Los códigos mesopotámicos y su influencia en el Derecho Romano. 74
CAPÍTULO 2. MATRIMONIO, FAMILIA Y PROCREACIÓN EN EL DERECHO ROMANO 77
2.1. Estructura de la familia romana 81
2.2. El matrimonio (*Iustae Nuptiae*) 83
2.2.1. Su finalidad: El principio de *liberorum quaerendorum causa* 88
2.2.2. La Legislación de Augusto: Políticas demográficas y sanciones al celibato 95
2.3. Esterilidad: estigma social y responsabilidad reproductiva 100
2.3.1. La incapacidad de procrear en el matrimonio romano 100
2.3.2. La homosexualidad y la obligación de descendencia 108
2.4. Alternativas a la procreación biológica 112
2.4.1. La adopción: Procedimientos (*adrogatio* y *adoptio*) y sus limitaciones como solución a la infecundidad 113
2.4.2. Hijos sustitutos: Las categorías de *vernae, delicia* y *alumni* 118
2.4.3. El uso de esclavas y concubinas 123
2.4.3.1. Las esclavas como instrumento reproductivo 123
2.4.3.2. Las concubinas como medio para la procreación 133
2.5. El divorcio y la cesión de vientres 136
2.5.1. Divorcio *sterilitatis causa* 136
2.5.2. La Cesión del Vientre 140
2.5.2.1. La consideración de la mujer embarazada como *venter* y su protección 140
2.5.2.2. *Matronae* y *mercenariae*: roles reproductivos y sociales 143
2.5.2.3. La cesión del vientre: Su naturaleza jurídica 145
2.5.2.4. La cesión de la esposa 150
2.5.2.4.1. El consentimiento de la mujer en la cesión de su vientre 162
2.6. Cristianización del matrimonio y transformación de las prácticas reproductivas 165

2.6.1. La cesión de vientre y su proyección histórica 169
2.6.2. Paralelismos entre la práctica romana y la gestación por sustitución contemporánea 170
CAPÍTULO 3. CONCEPTUALIZACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD ... 173
3.1. La maternidad como concepto histórico y cultural 173
3.2. Etimología y análisis semántico del término *maternitas* 174
3.3. El tránsito del Matriarcado al Patriarcado 175
3.3.1. Modelos matrilineales primitivos 176
3.3.2. Transición histórica hacia el Patriarcado 178
3.3.3. Mitos y Tragedias en la afirmación del orden patriarcal 179
3.3.4. Filosofía clásica sobre la reproducción 182
3.4. La evolución histórica de la maternidad 185
3.4.1. Maternidad en la Antigüedad 185
3.4.2 La maternidad desde la Edad Media hasta el siglo XX 190
3.4.3. Transformaciones de la maternidad en el s. XXI: de la maternidad a la parentalidad 193
3.5. El instinto maternal y su revisión crítica 198
3.6. La desconstrucción del principio *mater sempre certa est* 201
CAPÍTULO 4. CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 206
4.1. Precisiones terminológicas y conceptualización 206
4.2. Tipos de Gestación por sustitución 209
4.2.1. Gestación por sustitución tradicional, genética o parcial 210
4.2.2. Gestación por sustitución gestacional, completa o total 212
4.2.3. Gestación por sustitución altruista o remunerada 213
4.3. Las partes y sus derechos 215
4.3.1. La mujer gestante: consentimiento y autonomía procreadora 216
4.3.2. Los progenitores comitentes 222

4.3.3. El recién nacido....226
4.4. Marco bioético y repercusiones sociales....230
4.5. La gestación por sustitución ante los límites del mercado....234
4.6. Conclusiones....238
CAPÍTULO 5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL....240
5.1. Marco Normativo español y su evolución.....240
5.1.1. Ley 35/ 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida en España....240
5.1.2. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida....242
5.1.3. Marco Constitucional y Derechos Fundamentales....244
5.1.4. Límites penales: alteración de la filiación....248
5.1.5. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo....251
5.1.6. Ley 4/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI....253
5.2. Gestación por sustitución y la formación de las familias en España....257
5.2.1. Contexto sociocultural....257
5.2.2. Planteamiento de la necesidad de regulación de la gestación por sustitución....262
5.2.2.1. Iniciativas legislativas, institucionales y propuestas académicas....262
5.2.2.2. Argumentos abolicionistas y de prohibición vs regulacionistas....265
5.2.2.3. Opinión Pública....269
5.3. Doctrina y Jurisprudencia en materia de gestación por sustitución....272
5.3.1. Línea doctrinal del Tribunal Supremo español....272
5.3.2. La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español....278
5.3.2.1. Casos Claves....279

5.3.2.2. Entre el determinismo biológico y la voluntad procreacional. 284
5.4. El marco de la Unión Europea y su proyección en el sistema español 286
5.5. Determinación de la filiación en la Gestación por sustitución 288
5.5.1. La inscripción registral de la filiación y su evolución 293
5.5.1.1. Las Resoluciones Administrativas Iniciales y la Doctrina del Tribunal Supremo (2009-2014) 294
5.5.1.2. La crisis de Kiev y el endurecimiento de los requisitos registrales (2018-2021) 297
5.5.1.3. Consolidación de la Doctrina Restrictiva y el Cierre Registral (2022-2025) 300
5.6. Evaluación crítica del sistema de filiación en España 302
5.7. Coherencia y límites del modelo español 304
CAPÍTULO 6. DERECHO COMPARADO 306
6.1. Función del derecho comparado 306
6.2. Modelos jurídicos en materia de gestación por sustitución 307
6.2.1. Modelos prohibicionistas 309
6.2.2. Modelos intermedios o de alegalidad 313
6.2.3. Modelos permisivos 316
6.2.3.1. Submodelos regulatorios 317
6.3. Ordenamientos de referencia 320
6.3.1. Portugal: modelo altruista con control constitucional reforzado 320
6.3.2. California: modelo comercial y filiación anticipada 322
6.3.3. Ucrania: modelo comercial y reconocimiento incierto de la filiación 325
6.3.4. Israel: modelo con control estatal obligatorio e intervención pública 328
6.3.5. Síntesis comparada de los ordenamientos de referencia 330
6.4. Turismo Reproductivo 332
6.4.1. Concepto y fundamentos 332
6.4.2. Respuestas estatales y limites jurídicos 334

6.4.3. Riesgos y dimensión transnacional 335
6.4.4. Factores estructurales del mercado 337
6.5. Marco internacional aplicable 341
6.5.1. Normativa internacional relevante 341
6.5.2. Límites de las respuestas nacionales y necesidad de cooperación internacional 343
6.6. Enseñanzas del Derecho comparado y delimitación en España 345
BIBLIOGRAFÍA 365
ÍNDICE DE FUENTES 397

LISTA DE ABREVIATURAS

BAC — Biblioteca de Autores Cristianos.

BGH — Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de Alemania).

C. — Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis, II), ed. Mommsen y Krüger (Berlín, 1954).

CBE — Comité de Bioética de España.

CC — Código Civil (España).

CCG — Código Civil griego (Derecho de familia).

CDN — Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

CEDH — Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CEDAW — Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

CE — Constitución Española.

CFM — Conselho Federal de Medicina (Brasil).

CGCOM — Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

CGPJ— Consejo General del Poder Judicial.

CH — Código de Hammurabi.

CIL — Corpus Inscriptionum Latinarum, vol. VI: *Inscriptiones urbis Romae Latinae* (Berlín, desde 1863).

CT — Cuneiform Texts from Babylonian Tablets.

CTh — Codex Theodosianus, ed. Mommsen y Meyer (Berlín, 1962).

D. — Digesta Iustiniani (Corpus Iuris Civilis, I), ed. Mommsen y Krüger (Berlín, 1954).

DGRN — Dirección General de los Registros y del Notariado (España).

DUDH — Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Epítome Ulp. — Tituli ex corpore Ulpiani. Liber singularis regularum o Epitome Ulpiani, ed. Girard &F. Senn, Textes de droit romain, I, (París:1967).

Ešn. — Leyes de Eshnunna.

FEMM — Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo.

FIRA — Fontes Iuris Romani Antejustiniani.

FIV — Fecundación in vitro.

Frag. Vat. — Fragmenta Vaticana, ed. Mommsen, en *Collectio librorum iuris anteiustiniani,* III (Berlín, 1890), pp. 1–116.

GESOP — Gabinet d'Estudis Socials i Opinió Pública.

HCCH — Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

HL — Leyes hititas.

I. — Institutiones Iustiniani (Corpus Iuris Civilis), ed. Mommsen y Krüger (Berlín, 1954).

ICMART—International Committee for Monitoring Assistance Reproductive Technology.

ILP — Iniciativa Legislativa Popular.

Inst. — Gayo, *Institutiones* (*Institutionum Commentarii Quattuor*), ed. Seckel y Küber (Leipzig, 1935; reimp. 1969).

JBRA — Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida.

L. Turiae — Laudatio Turiae (edición crítica y traducciones modernas).

LGBTIQ+ — Colectivo de lesbianas, gais, bisexuales, trans, intersex, queer y otras identidades.

LGTBI — Colectivo de lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales.

LI — Leyes de Lipit-Ishtar.

MAL — Leyes asirias medias.

Nov. — Novellae Iustiniani (Corpus Iuris Civilis, III), ed. Schöll y Kroll (Berlín, 1954).

OAR — Ordo Augustinianorum Recollectorum.

OED — Oxford English Dictionary.

OLG — *Oberlandesgericht* (Tribunal Regional Superior alemán).

OMS— Organización Mundial de la Salud (*WHO*)

PP — Partido Popular (España).

PSOE — Partido Socialista Obrero Español.

RAE — Real Academia Española.

RGPD — Reglamento General de Protección de Datos (UE).

SAP — Sentencia de la Audiencia Provincial.

SEF — Sociedad Española de Fertilidad.

STS — Sentencia del Tribunal Supremo (España).

TEDH — Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TRA — Técnicas de reproducción asistida.

TRHA — Técnicas de reproducción humana asistida.

TSJ — Tribunal Superior de Justicia (España).

UE — Unión Europea.

UN — Leyes de Ur-Namma.

RESUMEN

Esta tesis examina la gestación por sustitución desde una perspectiva histórico-jurídica y de derecho comparado, con el fin de valorar su posible tratamiento en el ordenamiento español. El estudio parte de la insuficiencia del marco vigente para ofrecer una respuesta coherente a los problemas que esta práctica plantea en materia de filiación, consentimiento y protección del menor.

La investigación se organiza en torno a tres ejes: los precedentes históricos de la sustitución reproductiva en la Antigüedad, la revisión crítica de las categorías tradicionales de maternidad y filiación, y el análisis del régimen jurídico actual en España a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia. A través de una metodología histórica, dogmática y comparada, el trabajo muestra que la gestación por sustitución cuestiona criterios clásicos del Derecho de familia, en especial la determinación de la maternidad a partir del parto, y que la respuesta prohibitiva del sistema español no resuelve de forma satisfactoria las situaciones ya consolidadas.

La tesis concluye que el tratamiento jurídico de esta realidad exige una respuesta más sistemática y coherente, capaz de equilibrar los derechos de la mujer gestante, de los progenitores comitentes y, sobre todo, el interés superior del menor.

Palabras clave: gestación por sustitución; filiación; maternidad; Derecho romano; derecho comparado.

RESUM

Aquesta tesi examina la gestació per substitució des d'una perspectiva historicojurídica i de dret comparat, amb la finalitat de valorar-ne el possible tractament en l'ordenament espanyol. L'estudi parteix de la insuficiència del marc vigent per oferir una resposta coherent als problemes que aquesta pràctica planteja en matèria de filiació, consentiment i protecció del menor.

La recerca s'organitza al voltant de tres eixos: els precedents històrics de la substitució reproductiva en l'Antiguitat, la revisió crítica de les categories tradicionals de maternitat i filiació, i l'anàlisi del règim jurídic actual a Espanya a la llum del dret comparat i de la jurisprudència. Mitjançant una metodologia històrica, dogmàtica i comparada, el treball mostra que la gestació per substitució qüestiona criteris clàssics del dret de família, en especial la determinació de la maternitat a partir del part, i que la resposta prohibitiva del sistema espanyol no resol de manera satisfactòria les situacions ja consolidades.

La tesi conclou que el tractament jurídic d'aquesta realitat exigeix una resposta més sistemàtica i coherent, capaç d'equilibrar els drets de la dona gestant, dels progenitors comitents i, sobretot, l'interès superior del menor.

Paraules clau: gestació per substitució; filiació; maternitat; dret romà; dret comparat.

ABSTRACT

This thesis examines surrogacy from a historical-legal and comparative law perspective in order to assess its possible treatment within the Spanish legal system. The study starts from the premise that the current framework is insufficient to provide a coherent response to the main issues raised by this practice, particularly in relation to legal parentage, consent and the protection of the child.

The research is structured around three main lines of analysis: the historical background of reproductive substitution in Antiquity, a critical review of traditional concepts of motherhood and parentage, and the examination of the current Spanish legal framework in light of comparative law and case law. Using a historical, doctrinal and comparative methodology, the thesis argues that surrogacy challenges classical family law criteria, especially the determination of motherhood through childbirth, and that the current prohibition in Spain does not satisfactorily resolve already existing family situations.

The thesis concludes that this phenomenon requires a more systematic and coherent legal response, capable of balancing the rights of the surrogate, the intended parents and, above all, the best interests of the child.

Keywords: surrogacy; legal parentage; motherhood; Roman law; comparative law.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la gestación por sustitución, término jurídico utilizado en el ordenamiento español para referirse a una modalidad de reproducción asistida conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Esta práctica es conocida bajo distintas denominaciones, entre ellas "vientre de alquiler" o "maternidad subrogada", ninguna de ellas neutral. En este trabajo se utiliza la expresión "gestación por sustitución" por ser el término jurídicamente reconocido en el ordenamiento español, cuyo análisis terminológico se analiza en el capítulo cuarto.

La gestación por sustitución consiste en la utilización del útero de una mujer, denominada "gestante", para llevar a término el embarazo de un hijo que, una vez producido el nacimiento, será atribuido a los llamados "progenitores comitentes", término que se utilizará en este trabajo y que corresponde a lo que tradicionalmente se ha denominado "padres comitentes". Este proceso puede realizarse mediante la inseminación artificial en el cuerpo de la mujer utilizando los gametos de dichos progenitores, de donantes o, en determinados supuestos, incluso los óvulos de la propia gestante. Se trata de una técnica que plantea no solo problemas jurídicos, sino también implicaciones que van más allá y afectan al orden social, ético y científico.

Según la exposición de motivos de la primera y ya derogada Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, el legislador utilizó literalmente términos como "temor" e "incertidumbre", en relación con estas prácticas y sus implicaciones. Ello permite apreciar que, ya desde su origen, la cuestión estuvo rodeada de reservas ante las consecuencias que podía generar, lo que indica la reticencia del legislador a enfrentarse de forma directa a los dilemas que plantea.

El propósito de esta investigación es examinar los aspectos legales que la gestación por sustitución plantea, y analizar las posibles vías de regulación en el ordenamiento español, a pesar de que, en España, la gestación por sustitución no está permitida, como se recoge en el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que declara nulo de pleno derecho el contrato mediante el cual una mujer se compromete a gestar un hijo para otra persona. Así, se pretende valorar si la normativa actual permite proteger de manera adecuada los intereses del menor nacido mediante esta técnica, así como los derechos de la mujer gestante y de los progenitores comitentes.

En este sentido, se parte de la hipótesis de que la regulación existente resulta insuficiente para dar una respuesta coherente a las situaciones derivadas de esta práctica, lo que obliga a replantear su tratamiento. Los objetivos específicos planteados en esta investigación son:

En primer lugar, analizar los precedentes históricos de la gestación por sustitución en el Derecho romano y en otras civilizaciones antiguas, con el fin de identificar continuidades y categorías jurídicas relevantes para el Derecho contemporáneo.

En segundo lugar, examinar la evolución del concepto de maternidad y su construcción jurídico-cultural a lo largo de la historia, prestando especial atención al principio *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta), y su difícil aplicación ante las nuevas técnicas reproductivas.

En tercer lugar, estudiar el marco jurídico español vigente, identificando sus contradicciones internas y su incapacidad para ofrecer una respuesta coherente a las situaciones derivadas de la gestación por sustitución.

En cuarto lugar, evaluar los modelos regulatorios existentes en el derecho comparado, con énfasis en aquellos que combinan eficacia, permisividad y protección para todos los sujetos implicados.

En quinto lugar, proponer un modelo de regulación para España inspirado en los antecedentes históricos y en la experiencia comparada, que procure dar una respuesta jurídica coherente, garantista y respetuosa con los derechos de la mujer gestante, los progenitores comitentes y el menor.

El punto de partida es analizar si el Derecho romano, puede ayudar a resolver los problemas jurídicos que plantea hoy la gestación por sustitución. En particular, si las reglas actuales sobre quién es la madre de un niño concebido a través de esta técnica, siguen siendo válidas o necesitan ser revisadas. El principio romano *mater semper certa est* lleva siglos determinando la filiación materna. Pero la gestación por sustitución lo cuestiona, porque por primera vez en la historia quien gesta, quien aporta el óvulo, y quien quiere ser madre pueden ser tres personas distintas. El Derecho tiene que decidir a quién llama madre, y este trabajo propone que esa respuesta ya no puede determinarse únicamente por el parto.

No obstante, los problemas que plantea la gestación por sustitución no terminan en la determinación de la filiación. Hay otras cuestiones que la doctrina ha puesto sobre la mesa y que esta investigación también aborda.

Una de ellas es la validez del consentimiento de la mujer gestante. Parte de la doctrina ha cuestionado hasta qué punto ese consentimiento puede considerarse plenamente libre en una sociedad que históricamente ha vinculado a la mujer con la maternidad y el cuidado de los hijos. A ello se añade la dificultad de conocer de antemano el vínculo emocional que puede desarrollarse con el feto durante el embarazo, lo que lleva a algunos autores a dudar de que ese consentimiento pueda ser verdaderamente informado.

Relacionado con lo anterior, otro argumento recurrente es el riesgo de explotación de la mujer gestante cuando la decisión de participar en estos procesos está condicionada por una situación de vulnerabilidad económica. Este argumento se usa con frecuencia para justificar la prohibición, y tiene sentido en contextos donde las garantías jurídicas y sociales son escasas. Su traslación automática a ordenamientos como el español, sin embargo, es más discutible, y esta investigación lo analiza con detenimiento.

Finalmente está el debate sobre la mercantilización del proceso reproductivo y la idea, muy presente en el discurso prohibicionista, de que esta práctica puede equivaler en determinados supuestos a una forma de venta de niños, lo que plantea objeciones desde la perspectiva de la dignidad humana y el orden público. Esta investigación no da ninguno de estos argumentos por sentados, sino que los examina críticamente, porque la respuesta jurídica a la gestación por sustitución no puede construirse sobre generalizaciones que ignoran la diversidad de contextos en los que se produce.

La cuestión, por tanto, es si la gestación por sustitución debería regularse en España y, en su caso, en qué condiciones. Se trata de un problema delicado, que obliga a examinar los argumentos a favor y en contra de su admisión, así como a valorar si el ordenamiento debe mantener la prohibición expresa y absoluta o por el contrario crear una normativa específica.

El concepto de familia ha cambiado profundamente en las últimas décadas. La diversidad de familias, reconstituidas o formadas mediante técnicas de reproducción asistida han dejado de ser excepción para convertirse en un hecho cotidiano. Y aunque su configuración jurídica y social es nueva, las formas de reproducción y crianza no lo son: a lo largo de la historia, las

sociedades han buscado soluciones para organizar la descendencia y la maternidad. La gestación por sustitución no es ajena a esa historia. Sus raíces se remontan a prácticas presentes en civilizaciones muy anteriores a la nuestra, aunque entonces se construían con categorías jurídicas radicalmente distintas.

Esta transformación social ha obligado al derecho a moverse. Los ordenamientos de muchos países han ido creando marcos normativos para dar cabida a estas nuevas situaciones familiares. Pero la gestación por sustitución presenta un desafío específico que no se resuelve con los mismos instrumentos: los elementos tecnológicos, económicos y transnacionales que la rodean la convierten en un fenómeno que desborda las categorías clásicas del derecho de familia.

Para entender por qué el derecho español no sabe qué hacer con ella, hay que mirar atrás. El ordenamiento español bebe directamente de la tradición jurídica romana, y en Roma ya existían situaciones que guardan una relación funcional con lo que hoy llamamos gestación por sustitución: mujeres que gestaban para otros, hijos cuya filiación no seguía la biología, maternidades divididas entre quien parías y quien criaba. Esos precedentes no son curiosidades históricas. Son el origen de las categorías jurídicas que hoy seguimos aplicando, muchas veces sin preguntarnos si siguen teniendo sentido.

España no la regula, pero tampoco puede ignorarla. Miles de ciudadanos han recurrido a ella en el extranjero y han vuelto con un hijo y una sentencia extranjera de filiación que el sistema español no sabe bien cómo tratar. La solución que se ha ido imponiendo es el interés superior del menor reconocido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a dar respuesta a situaciones ya consolidadas, aunque la práctica que las originó esté prohibida. El resultado es un conflicto permanente entre la norma que prohíbe y la realidad que ya existe.

Queda pendiente una decisión que el legislador lleva años evitando: mantener la prohibición o legislar. Una decisión que no es solo técnica sino también política, porque implica tomar partido sobre la autonomía de la mujer, la dignidad del cuerpo, los derechos del menor y el modelo de familia que el Estado quiere proteger. Este trabajo intenta aportar elementos para tomar esa decisión con fundamento.

Mirar al derecho comparado no es opcional sino necesario. Otros ordenamientos han ensayado respuestas distintas, con resultados diversos, y su estudio permite al legislador español saber qué funciona, qué falla y qué podría trasladarse a nuestro contexto. El interés superior del menor actúa aquí también como principio rector que ningún modelo puede ignorar.

La prohibición española ha tenido además una consecuencia no buscada: el turismo reproductivo[1]. Cada año, ciudadanos españoles viajan a otros países permisivos para acceder a una práctica que en casa les está vedada. La Directiva 2011/24/UE sobre asistencia sanitaria transfronteriza ha facilitado aún más ese desplazamiento, dejando en evidencia que las prohibiciones estrictamente nacionales tienen un alcance muy limitado cuando el fenómeno es global. Prohibir aquí no elimina la práctica, sino que la exporta fuera de nuestras fronteras.

En cuanto a la estructura del trabajo, este se divide en dos partes. La primera parte se dedica al estudio del desarrollo y la evolución de la gestación por sustitución en su etapa más antigua con especial atención al Derecho romano y el análisis de la maternidad. El primer capítulo cubre los antecedentes históricos de la sustitución reproductiva desde los primeros códigos del Antiguo Próximo Oriente, realizando un recorrido por las distintas civilizaciones de la Antigüedad que ya crearon soluciones jurídicas ante la falta de descendencia. Se estudian los textos normativos mesopotámicos, la tradición bíblica y otras civilizaciones antiguas, identificando en todos ellos un denominador común: la separación entre maternidad biológica y filiación jurídica. El segundo capítulo analiza el Derecho de familia romano y su proyección; prestando especial atención a la maternidad, la filiación y la reproducción. Se examinan las alternativas jurídicas que Roma usó para suplir la esterilidad y, de forma especialmente detallada, la práctica de la *cessio ventris* (cesión de vientres), su naturaleza jurídica y su significado social, y su analogía con la gestación por sustitución contemporánea. El tercer capítulo examina la evolución del concepto de maternidad y su transformación a lo largo de la Historia atendiendo a los distintos enfoques que han influido notablemente en su configuración. Se estudia el tránsito del matriarcado al patriarcado y su influencia jurídica y cultural de la maternidad, desde la Antigüedad hasta el siglo XXI. El capítulo también hace una revisión

[1]The Permanent Bureau of the Hague estima que la industria de la maternidad subrogada ha crecido un 1000 por ciento a nivel internacional entre 2006 y 2010. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. Preliminary Doc. No. 10. Marzo de 2012, disponible en: https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf consultado el 23 de octubre de 2024.

crítica del llamado instinto maternal y culmina con la deconstrucción del principio *mater semper certa est*.

La segunda parte de la investigación se centra en la actual gestación por sustitución, examinando su tratamiento en el ordenamiento jurídico español y su regulación en otros sistemas jurídicos, así como su alcance internacional. El capítulo cuarto introduce la gestación por sustitución desde una perspectiva general, explicando sus distintas modalidades, sus implicaciones y los derechos de las partes involucradas. En él se establece una terminología y una noción que permite comprender el fenómeno en su conjunto, así como los principales debates bioéticos y jurídicos que plantea en la actualidad.

El capítulo quinto dedica su atención al análisis jurídico en España, estudiando las razones de su no admisión, el marco normativo aplicable, así como las consideraciones éticas y las distintas posiciones doctrinales e institucionales en torno a esta práctica. Asimismo, se estudia su elaboración jurisprudencial en relación con la determinación de la filiación, así como la jurisprudencia europea, no como elemento de derecho comparado, sino como fuente que condiciona y explica el derecho español.

El capítulo sexto trata sobre el estudio del derecho comparado, analizando los distintos modelos regulatorios existentes y su posible aplicación al sistema español. También, se examina el marco normativo internacional y europeo aplicable, las distintas posturas doctrinales y las implicaciones jurídicas derivadas de esta práctica, con el fin de ofrecer una visión completa del problema. Se examina asimismo el fenómeno del turismo reproductivo y sus implicaciones jurídicas en un contexto transnacional, así como el marco normativo internacional aplicable, con el fin de extraer enseñanzas útiles para una futura regulación en España.

Durante la fase inicial de la investigación se contempló la incorporación de un análisis empírico basado en entrevistas a personas directamente implicadas en procesos de gestación por sustitución. No obstante, las exigencias derivadas de los protocolos éticos en materia de protección de datos personales y confidencialidad, así como la reticencia de los participantes a facilitar información de carácter sensible, han limitado la posibilidad de integrar dichos testimonios de forma sistemática en el trabajo. En consecuencia, las referencias a experiencias personales se incorporan únicamente de manera puntual a través de fuentes secundarias debidamente publicadas.

El trabajo finaliza con un apartado de conclusiones en el que se sintetizan los principales resultados de la investigación y se plantean posibles líneas de evolución en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. A través de este recorrido, se pretende contribuir a la reflexión sobre una materia que, lejos de ser meramente teórica, plantea desafíos reales al ordenamiento y exige respuestas coherentes con los principios que lo inspiran.

Completan la investigación la correspondiente bibliografía, y un índice de fuentes en el que se recogen tanto las fuentes primarias, (textos del Antiguo Oriente, fuentes clásicas griegas y romanas a legislación y resoluciones judiciales españolas e internacionales y de derecho comparado), como secundarias, como informes internacionales o *soft law,* que a pesar de no tener carácter vinculante se consideran relevantes al objeto de esta investigación.

El enfoque adoptado se apoya en una metodología que combina distintos niveles de análisis. En primer lugar, se recurre a una aproximación histórica que permite contextualizar determinadas instituciones jurídicas y comprender su evolución (histórico). En segundo lugar, se lleva a cabo un estudio jurídico del marco normativo español, incluyendo tanto la legislación vigente como su interpretación jurisprudencial y administrativa (dogmático). Finalmente, se incorpora un análisis del derecho comparado, con el objetivo de examinar cómo otros ordenamientos han abordado esta cuestión y qué modelos regulatorios existen en la práctica (comparado).

Este planteamiento metodológico responde a la necesidad de aproximarse a la gestación por sustitución como un fenómeno complejo que no puede ser analizado desde una única perspectiva. La combinación de estos enfoques permite obtener una visión más completa y matizada, evitando soluciones simplistas y teniendo en cuenta la pluralidad de factores que intervienen en esta materia. Solo desde el conocimiento de algo a través de su evolución histórica y empleando el método de la *Dogmengeschichte* (historia de las instituciones jurídicas), podemos ser capaces de ofrecer respuestas a problemas jurídicos modernos a través de su evolución. Si bien no podemos hablar *strictu sensu* de la aplicación de este método, por no considerar la gestación por sustitución una institución jurídica en el derecho romano, sí se integran en su estudio dos vertientes fundamentales: la histórico-crítica, la dogmática, demostrando cómo el Derecho Romano sigue influyendo en las legislaciones actuales. Es más, a ello se suma la vertiente comparativa no solo como se recoge en la segunda parte del trabajo, entre el derecho español y la distinta casuística del derecho comparado, sino en el sentido propuesto por Wenger, intentando entender el funcionamiento del derecho en su contexto

histórico a través de la comparación entre diferentes fuentes, épocas y áreas geográficas como sería el caso, en la primera parte del Antiguo Próximo Oriente y Roma.

Para concluir esta introducción resulta ilustrativo el siguiente planteamiento doctrinal: "cuando nos encontramos ante un fenómeno nuevo escogemos un concepto general y lo extendemos a la figura nueva con ello suplimos los silencios de la ley"[2].

Esto es precisamente lo que ocurre con la gestación por sustitución. Nos encontramos ante una práctica que no encaja plenamente en los esquemas tradicionales del Derecho de familia ni en las categorías clásicas de filiación. El intento de reconducirla a través de conceptos ya conocidos explica muchas de las contradicciones y dificultades que plantea su tratamiento jurídico. De ahí la necesidad de replantear si dichas herramientas siguen siendo suficientes o si, por el contrario, es necesario construir un marco jurídico propio que responda a esta nueva realidad.

[2] Alejandro Nieto García, *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid: Universidad Complutense, 2001), pp. 21-22.

PARTE I

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ANTIGUO PRÓXIMO ORIENTE

1.1. Orígenes remotos de la Sustitución Reproductiva[3]

No se puede construir el futuro sin antes aprender del pasado. La Historia tiene mucho que ofrecernos. Al explorar las fuentes bibliográficas sobre los orígenes más antiguos de la humanidad, surge el concepto de la protohistoria. Según Drapkin, "la protohistoria es el estudio evolutivo del hombre en los tiempos que anteceden inmediatamente a la historia documentada. En ausencia de escritos, nuestro conocimiento solo puede basarse en tradiciones, mitos o leyendas transmitidas por vía oral de una generación a otra. A pesar de las conocidas inexactitudes y de las debilidades intrínsecas de este sistema, no tenemos ningún otro medio a nuestra disposición para tratar de imaginar las características elementales del pasado protohistórico. Sin embargo, es legítimo suponer que los primeros "códigos" escritos reflejaron las normas imperantes en las comunidades de aquella época[4]".

Aunque las fuentes sobre los orígenes más remotos de la humanidad son escasas y a menudo imprecisas, lo cierto es que incluso en esos periodos tan poco documentados aparecen señales de prácticas que recuerdan a formas tempranas de gestación por sustitución. La protohistoria nos muestra sociedades de las que apenas se conserva escritos, pero aun así permiten entrever cómo la reproducción y la continuidad familiar ya se regulaban mediante acuerdos comunitarios o informales cuando una mujer no podía gestar. La falta de documentación no impide reconocer que estos patrones existían mucho antes de que surgieran las primeras

[3] El empleo del término "sustitución reproductiva" responde a criterios estrictamente descriptivos e historiográficos. No se utiliza aquí como categoría jurídica técnica, sino para aludir, de forma amplia, a aquellos supuestos en los que una tercera mujer interviene en la procreación o en la obtención de descendencia en lugar de la esposa, evitando así proyectar sobre la Antigüedad la categoría contemporánea de "gestación por sustitución", vinculada a técnicas de reproducción asistida propias del derecho actual.

[4] Israel Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", *Anuario de derecho y ciencias penales* 35, nº 2 (1982): p. 327.

disposiciones legales, lo que constata que la preocupación por asegurar la descendencia y recurrir a terceros para lograrlo es tan antigua como la propia organización social.

Si bien el punto de partida de este estudio es la época romana, los hallazgos obtenidos en el marco de la investigación sobre los antecedentes históricos de esta práctica contemporánea han puesto de manifiesto la necesidad de retroceder aún más en el tiempo para rastrear sus primeras manifestaciones en civilizaciones anteriores. En este capítulo se presentan, por tanto, los testimonios vinculados a prácticas que pueden asociarse a una gestación por sustitución en contextos históricos previos a Roma.

Esta revisión retrospectiva se justifica en el hecho de que los romanos no fueron los primeros en plasmar por escrito en sus *Leges XII Tabularum* (Ley de las XII Tablas), los usos y costumbres transmitidos de generación en generación. Siglos antes, otros pueblos ya habían recopilado normas en tablillas, algunos de las cuales contienen disposiciones relacionadas con el objeto de esta investigación.

El recorrido histórico se inicia en la región mesopotámica[5] correspondiente al actual Irak, un territorio que en la Antigüedad abarcaba zonas como Babilonia[6], situada al norte de Asiria, y que formó parte de una de las civilizaciones más antiguas del mundo. Hacia el año 3.500 a.C., los sumerios[7] probablemente procedentes de Asia Central, se asentaron en la parte meridional de esta región. El territorio de Sumeria comprendía la franja ubicada al sur del río Diyala, afluente del Tigris, en las proximidades de la actual Bagdad. Desde allí, se extendía hacia el sureste hasta el Golfo Pérsico, ocupando unos 20.000 km² y formando uno de los núcleos originarios de la civilización mesopotámica. La fertilidad de sus tierras y el sistema fluvial favoreció el desarrollo de la agricultura, la aparición de las primeras ciudades-estado, y el surgimiento de instituciones normativas y formas tempranas de organización familiar y social.

---

[5] Mesopotamia significa "tierra entre los ríos". Es una vasta llanura explayada entre los ríos Tigris y Éufrates y comprende desde la actual ciudad de Bagdad hasta el golfo Pérsico.

[6] Babilonia surgió siglos después de los sumerios, fundada por el pueblo amorreo y se convirtió en una potencia dominante bajo el reinado de Hammurabi alrededor del 1.750 a.C. El Imperio Babilónico heredó y adaptó numerosos aspectos de la cultura sumeria, incluida la escritura y diversas prácticas religiosas. Sumeria fue la primera civilización mesopotámica, seguida por Babilonia, que absorbió su legado y lo expandió. Paul-Alain Beaulieu, *A History of Babylon, 2200 BC–AD 75*, Blackwell History of the Ancient World (Chichester: John Wiley & Sons, 2018), pp. 24–77.

[7] Editorial Grudemi, "Sumerios", *Enciclopedia Iberoamericana*, (2022), disponible en: https://enciclopediaiberoamericana.com/sumerios/, consultado el 13 de abril de 2023.

En este territorio, los sumerios se integraron con los pueblos de la región, los ubaidilanos y los grupos nómadas semitas, dando lugar a una fusión étnica y cultural que impulsó un periodo de prosperidad y sentó las bases de la primera civilización plenamente desarrollada de la humanidad. Fundaron ciudades como Lagash, Ur y Uruk, y alcanzaron importantes logros artísticos, arquitectónicos, sociales y políticos. Su pensamiento religioso y filosófico adquirió un elevado grado de sofisticación, y junto con la invención de la escritura cuneiforme, permitió avances decisivos en la educación, la administración, la creación de un sistema legal y la comunicación, consolidando un legado fundamental para la historia de la civilización. En los siglos siguientes, esta base cultural se tradujo en un incremento notable de riqueza y poder político[8].

Es esencial detenerse en este periodo ya que los sumerios fueron los primeros en dejar constancia escrita de disposiciones legales[9]. A pesar de tratarse de una época primigenia, existían normas promulgadas por los monarcas y acatadas por el pueblo. Los códigos hallados, datan del III milenio a.C., y constituyen una valiosa fuente de información sobre la organización política, militar, social y jurídica de estas civilizaciones[10].

Como señala Molina[11], algunos de estos textos fueron inscritos en monumentos públicos con finalidad declarativa y propagandística. El ejemplo más conocido es la estela[12] del Código de Hammurabi, uno de los pocos que se ha conservado casi íntegro. En otros casos, como las

---

[8] Sobre la fundación de Babilonia, el asiriólogo y egiptólogo Marc Van de Mieroop comenta: "Sin embargo, su territorio fue constantemente invadido por pueblos semitas como los acadios (c. 2334-2154 a.C.). Sargón de Acad fundó el Imperio Acadio, que conquistó las ciudades sumerias. El idioma acadio reemplazó al sumerio en la administración y la vida cotidiana. Tras la caída del Imperio Acadio, hubo un breve resurgimiento sumerio con la Tercera Dinastía de Ur (2112-2004 a.C.): pero finalmente los sumerios fueron absorbidos por los pueblos semitas. Después del colapso de Ur, pueblos semitas, como los amorreos, comenzaron a establecerse en Mesopotamia. (c. 2000-1800 a.C.). Uno de estos pueblos fundó la ciudad de Babilonia, que con el tiempo se convirtió en un reino poderoso. Hammurabi (c. 1792-1750 a.C.) consolidó el poder babilónico, conquistando gran parte de Mesopotamia y estableciendo el Primer Imperio Babilónico". Marc Van de Mieroop, *A History of the Ancient Near East ca. 3000–323 BC*, 3.ª ed. (Oxford: Wiley-Blackwell, 2016), pp. 172-179; Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", pp. 331-332.

[9] En tablillas de arcilla para una mayor claridad y organización de su sociedad. Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", p. 335.

[10] Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", p. 339.

[11] Manuel Molina, *La Ley más antigua: Textos legales sumerios* (Madrid: Trotta / Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013), p. 34.

[12] Del lat. *stella*, y este del gr. στήλη stḗlē. f. Monumento conmemorativo que se erige sobre el suelo en forma de lápida, pedestal o cipo. Sin.: lápida, pedestal, cipo. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., voz "estela".

Leyes de Lipit-Ishtar, solo se han preservado fragmentos de estelas o copias posteriores en tablillas, lo que dificulta la reconstrucción completa del texto original.

Entre finales del siglo XIX y a lo largo del XX, las excavaciones arqueológicas realizadas en ciudades mesopotámicas como Ur, Uruk, Kish, Lagash y Nippur, sacaron a la luz miles de tablillas de arcilla con inscripciones cuneiformes[13]. Este corpus demuestra que en Sumeria ya existían ideas consolidados de ley y justicia. Un ejemplo es la conocida sentencia sobre "el caso de la esposa silenciosa", precedente de la famosa máxima del que calla otorga[14].

El registro ordenado más antiguo encontrado hasta el momento son las Leyes de Ur- Namma, escrito en sumerio y fechado alrededor del 2000 a.C. No obstante, los arqueólogos no dudan de la existencia de códigos anteriores, aun por descubrir[15] que podrían remontarse al 3000 - 2001 a.C. El pueblo sumerio fue el primero en compilar por escrito sus usos y costumbres[16]. Empezaron con la redacción de documentos, como contratos de compraventa, escrituras o testamentos, y culminaron con la promulgación de códigos jurídicos que, en periodos posteriores, se difundieron por todo el Antiguo Próximo Oriente. Aunque existen diferencias en los detalles, todos esto cuerpos legales derivan de prototipos sumerios; incluso Grecia y Roma probablemente nunca habrían desarrollado sus leyes escritas sin el precedente sumerio.

---

[13] La mayoría de las tablillas de Nippur se encuentran en la Universidad de Pennsylvania (Philadelphia) y en Estambul (Turquía). Samuel Noah Kramer*, History Begins at Sumer: Thirty-Nine "Firsts" in Recorded History,* 3.ª ed. (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1981), pp. 14-68.; Harriet Crawford, *Sumer and the Sumerians*, 2.ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 3–10.

[14] Este caso se refiere a un juicio registrado en una tablilla cuneiforme de la ciudad de Nippur (1850 a. C.), donde una mujer llamada Nin-dada fue acusada de complicidad en el asesinato de su esposo, Lu-Inanna**,** un servidor del templo (*nishakku).* Los asesinos le informaron de la muerte de su marido, pero ella permaneció en silencio, sin mostrar reacción alguna. Este comportamiento fue interpretado como una forma de consentimiento o complicidad, y fue procesada. Sin embargo, la asamblea de Nippur determinó que su silencio no implicaba culpabilidad y no la condenó a muerte. El registro de este juicio por asesinato fue encontrado inscrito en lengua sumeria en una tablilla de arcilla que fue desenterrada en 1950 traducida al inglés por Thorkild Jacobsen y Samuel Kramer. La traducción de algunas de las palabras y frases sumerias en la tablilla aún es dudosa, pero el significado esencial está razonablemente asegurado. "El hecho de que se hayan encontrado dos copias del mismo registro muestra que la decisión de la Asamblea de Nippur en el caso de la "esposa silenciosa", fue celebrada en todos los círculos legales de Sumer como un precedente memorable, no muy diferente de una decisión de nuestra propia Corte Suprema", Kramer, *History Begins at Sumer,* pp. 56-58. Tablilla B7176 (3N-T 0368), procedente de Nippur, periodo Isin-Larsa (ca. 1850 a. C.), conservada en el University of Pennsylvania Museum of Archaeology and Anthropology.

[15] Arqueólogos expertos en civilizaciones babilónicas muestran su convencimiento de que bajo tierra todavía se encuentran infinitas tablillas por descubrir. Las que se han hallado, en su mayoría, tienen un grado elevado de deterioro y son difíciles de descifrar. Sema´an I. Salem y Lynda A. Salem, *The Near East: The Cradle of Western Civilization* (Lincoln: iUniverse, 2000), p. 288.

[16] Samuel Noah Kramer, *The Sumerians: Their History, Culture, and Character* (University of Chicago Press, 1963), p. 289..

Entre los miles de tablillas descubiertas durante las excavaciones en Nuzi[17] (Irak, 1925-1935), Chiera relató el hallazgo del archivo privado de la Casa de Tehiptilla, compuesto por documentos redactados en acadio, en su dialecto asirio, y escrito en cuneiforme. Datados en el siglo XIV a. C., estas piezas registran la vida económica y social de esta influyente familia[18] y constituyen una de las fuentes más ricas para comprender el derecho y las costumbres del Antiguo Próximo Oriente transmitidas durante generaciones. Una de las tablillas contenía una carta dirigida al rey Aššur-uballiṭ [19] lo que permitió fechar el conjunto en torno a su reinado (ca. 1365–1330 a. C.). El resto correspondía a contratos mercantiles y matrimoniales basados en antiguas leyes y costumbres.

Entre estas tablillas destacan algunos escritos relacionados con la adopción, traducidos por Chiara al inglés y presentados aquí en versión española. Uno de ellos describe la adopción de un joven por un matrimonio sin hijos que, a cambio de trigo, aceite o ropa, trabajaba las tierras y, tras el fallecimiento del matrimonio, hereda la propiedad[20]. Cuando la adopción no era posible, se recurría al intercambio de bienes o personas, sobre todo en épocas de malas cosechas. Para evitar morir de hambre, algunos individuos se hipotecaban a sí mismos o a sus hijos mediante contratos de servidumbre, o vendían y casaban a sus hijas con terratenientes o con quienes los propietarios considerasen conveniente. Este tipo de documento matrimonial se redactaba de la siguiente manera:

> "El comprador puede tomar la mujer para sí mismo, puede dársela a uno de sus hijos o a uno de sus esclavos. Si el primer esposo fallece, la mujer

[17] Una parte significativa de las tablillas procedentes de las excavaciones de Nuzi se conserva actualmente en el Harvard Museum of the Ancient Near East y en el Penn Museum (University of Pennsylvania). Otros fragmentos se encuentran en el Iraq Museum (Bagdad), en el British Museum y en colecciones privadas. La distribución institucional de los hallazgos puede consultarse en los catálogos en línea de dichas instituciones, así como en la documentación histórica de las excavaciones publicada por Richard F. S. Starr, *Nuzi: Report on the Excavations at Yorgan Tepa near Kirkuk, Iraq, Conducted by Harvard University in Conjunction with the American Schools of Oriental Research and the University Museum of Philadelphia, 1927–1931* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1937).

[18] Sobre el archivo de la Casa de Tehiptilla y su contenido jurídico, véase Edward Chiera, *They Wrote on Clay*: *The Babylonian tablets speak today* (Chicago: University of Chicago Press, 1938), pp. 176-187. Parte de estas tablillas se conserva actualmente en el Harvard Museum of the Ancient Near East y en el Penn Museum (University of Pennsylvania), según la información institucional disponible en sus respectivos catálogos en línea.

[19] Jeanette C. Fincke, "Three Nuzi Texts from the British Museum and a Middle Assyrian Letter from the Aftermath of the Conquest of the Kingdom of Arraphe", *Altorientalische Forschungen De Gruyter* 41, n.º 1 (2014): p. 15.

[20] Chiera, *They wrote on Clay*, pp. 181-182. El Museo Británico posee tablillas específicas, como la BM 17611, que registra la adopción de Tehiptilla por un tal Taia para facilitar la transferencia de tierras.

> será dada a un segundo esposo, a un tercero a un cuarto o a un quinto, pero de la casa del propietario nunca saldrá"[21].

Aunque estas disposiciones muestran que las mujeres de clases bajas eran con frecuencia entregadas en matrimonio con fines reproductivos, no se puede afirmar que fueran simples objetos de intercambio. El análisis detallado de los contratos indica que en estas sociedades existía cierto grado de igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en el caso de las damas de clase alta. Estas podían poseer bienes, firmar documentos con su propio sello, comparecer ante un juez y redactar sus contratos matrimoniales estipulando derechos y obligaciones. Un ejemplo lo ofrece el siguiente texto:

> "Si la mujer tiene hijos, el esposo no tendrá derecho a tomar una segunda esposa. Pero si la mujer no tiene hijos, entonces dará su propia sierva al esposo y tendrá hijos a través de ella. Los hijos de la esclava serán criados por el esposo como los hijos de la esposa legal"[22].

Este fragmento indica que, en las antiguas civilizaciones, el concepto de matrimonio estaba basado en la procreación. Tener descendientes constituía una necesidad primordial para cualquier familia; ya que no solo garantizaba la continuidad de la estirpe, sino que también aseguraba la sostenibilidad económica del grupo familiar. Un matrimonio sin hijos era considerado anómalo y, si los métodos tradicionales (conjuros, oraciones, magia o medicina natural) resultaban ineficaces, se recurría a la adopción o a la intervención de una tercera mujer para engendrar un heredero[23].

En definitiva, las fuentes conservadas ofrecen una muestra limitada, pero significativa, de la importancia de la descendencia dentro del matrimonio y de la búsqueda de soluciones frente a la falta de prole, lo que permite apreciar prácticas que, en cierta medida, pueden considerarse antecedentes remotos de lo que hoy se conoce como la gestación por sustitución.

1.1.1. Marco General y Cronología de la Legislación Mesopotámica

---

[21] Chiera, *They wrote on Clay,* pp. 186-187. Traducción propia de la versión inglesa de Chiera.

[22] Tablilla 26 (H80). E. A. Speiser, "New Kirkuk Documents Relating to Family Laws", *The Annual of the American Schools of Oriental Research* 10 (1928–1929): p. 60. Señala Chiara, las tablillas babilónicas permiten iluminar ciertos episodios bíblicos. El contrato citado constituye un ejemplo de este paralelismo, pues refleja un esquema similar al relato de Abraham y su esposa, quienes recurren a una sierva para obtener descendencia. Chiera, *They Wrote on Clay*, pp. 108 y 186-187. Traducción propia.

[23] Karen Radner, Nadine Moeller y Daniel T. Potts, The Oxford History of the Ancient Near East, vol l: From the Beginnings to Old Kingdom Egypt and the Dynasty of Akkad (Oxford University Press, 2020), p. 451.

Como se ha podido comprobar, la justicia y el Derecho se desarrollaron mucho antes de lo que suele reconocerse, incluso con anterioridad a las civilizaciones griega y romana, a las que la tradición popular acostumbra a atribuir el origen de estas instituciones. Como señala Sanmartín, "las ciencias de la Antigüedad suelen caer en la trampa griega, o grecolatina. Es decir, ignoran lo que llamaríamos "la primera parte de la Historia". Pero ni los griegos lo inventaron todo, ni los romanos lo ordenaron todo; tampoco en derecho"[24]. En realidad, como se ha apuntado, fueron los pueblos mesopotámicos, y en particular, Babilonia quienes sentaron las primeras bases del Derecho y de la organización normativa.

En la sociedad babilónica, el orden no era solo un principio moral, sino también una categoría ontológica: el fundamento mismo de la existencia y de la convivencia social. Dos conceptos resultaban esenciales para comprender esta visión: *kittum* (estabilidad o verdad) y *mīšarum* (equidad o justicia social). Por contra, el desorden surgía cuando los individuos poderosos actuaban en su propio beneficio en lugar de preservar el equilibrio común. El derecho babilónico no se sustentaba en leyes naturales ni en la voluntad popular, sino en la autoridad del rey, encargado de mantener este equilibrio. El monarca, como representante de los dioses, tenía la misión de restablecer ese orden por medio de decretos y sentencias de equidad (*dīnāt mīšarim*). No existía un término que se correspondiera de manera exacta con nuestro concepto moderno de "Derecho"; en su lugar, se hablaba de un estado de estabilidad y equidad (*kittum u mīšarum*) sostenido por la autoridad real, cuyo fin era evitar el caos y garantizar la convivencia.

Esta estructura general de orden y justicia se concretó en un conjunto de normas específicas que constituyen la legislación mesopotámica, considerada la más antigua de la historia legal de la humanidad. Su cronología es incierta y varía según los autores, discrepancias que puede deberse a diferentes criterios de clasificación o interpretación de las fuentes históricas. Entre las diferentes propuestas, destaca la elaborada por Sanmartín[25] al considerarse una de las más fieles. La denomina "corpus legal babilónico" y no recoge toda la legislación existente, ya que la mayor parte del derecho era consuetudinario y cada tribu o clan establecía su propia

[24] Joaquín Sanmartín Ascaso, "El derecho y su formulación en los edictos y colecciones legales babilónicos", *Historiae* 10 (2013): p. 1.
[25] Sanmartín Ascaso, "El derecho y su formulación", p. 3.

jurisprudencia[26]. Sanmartín no los considera "códigos"[27] sino más bien recapitulaciones y actualizaciones de material jurídico ya preexistente. A continuación, se reproduce la lista propuesta por Sanmartín, a la que se añade, por su relevancia, las Leyes Hititas, tomadas de la clasificación de Molina y Westbrook[28].

TÍTULO	FECHA	LENGUA
Reformas del rey Urukagina	ca. 2350-2300 a.C.	en sumerio
Leyes del rey Ur-Namma[29]	ca. 2112-2095 a.C.	en sumerio
Leyes del rey Lipit-Ishtar	ca. 1934-1924 a.C.[30]	en sumerio
Leyes de la Ciudad de Eshnunna	ca. 1800 a.C.	en acadio
Código de Hammurapi[31]	ca. 1760 a.C.	en acadio
Prisma de Filadelfia	ca. 1700 a.C.	en acadio
Edicto del rey Ammisaduqa	ca. 1645 a.C.	en acadio
Leyes Hititas[32]	ca. 1650-1500 a.C.	en hitita

[26] Luis Vegas Montaner señala que "debe tenerse en cuenta que la validez de la legislación oriental, incluida la israelita, no se basa en el hecho de estar escrita, sino que la jurisprudencia oral es vinculante. Las colecciones legales se insertan en contextos narrativos más amplios y la función de su transmisión escrita es fundamentalmente la de recordatorio y guía para quienes han de aplicar la ley". Luis Vegas Montaner, "La ley en el Antiguo Israel", *Revista de Ciencias de las Religiones. Anejos* 11 (2004): p. 123.

[27] Se entiende por "código" no solo el conjunto sistemático de normas legales que regulan unitariamente una materia, sino también la recopilación ordenada de diversas leyes. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voz "código". El término deriva del latín *codex*, entendido como un sistema documental que, a partir del siglo III d. C., sustituyó los antiguos papiros en forma de rollo (*volumen*) por pergaminos en formato de libro, escritos sobre tablillas de madera enceradas (*tabulae ceratae*, *cera*, *déltoi*, *píkanes*) unidas mediante cordones que pasaban por orificios, formando así un libro. Armando Torrente, *Diccionario de Derecho Romano* (Madrid: Editorial Jurídica, 2005), voz "*codex*", p. 174. Esta evolución conceptual permite valorar la matización de Sanmartín Ascaso, "El derecho y su formulación", p. 3.

[28] Molina, La ley más antigua, p. 17.

[29] Las leyes en negrita muestran varias similitudes en su contenido, y se deberían completar con pasajes bíblicos (Éxodo 21, 2–22, 6; Deuteronomio 21, 1–25, 1, Biblia de Jerusalén, (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2009). y con la Ley de las XII Tablas del derecho romano. La lista extraída de los asiriólogos Manuel Molina y Raymond Westbrook, quienes enumeran siete códigos o recopilaciones legales en escritura cuneiforme hallados hasta la fecha y los agrupan en un único género literario. Ambos autores sostienen que las leyes bíblicas y romanas mencionadas proceden de una tradición jurídica vinculada a estos códigos mesopotámicos. Molina, La *ley más antigua,* p. 17; Raymond Westbrook, *Studies in Biblical and Cuneiform Law* (Paris: Éditions Recherche sur les Civilisations, 1988), p. 6.

[30] Según Francis R. Steele, el reinado de Lipit-Ištar en Isin fue de 1868-1857 a.C. Al no conocer la fecha exacta asumen que pueda ser 1860. Francis R. Steele, *The Code of Lipit-Ištar* (Philadelphia: The University Museum, University of Pennsylvania, 1948), p. 8.

[31] La forma "Hammurapi" responde a una transliteración más fiel del acadio original; en esta tesis se emplea la forma tradicional "Hammurabi", más extendida en la historiografía jurídica.

[32] Este conjunto legal no aparece en la lista de Sanmartín, sino que lo hemos incorporado siguiendo a Molina y Westbrook.

Leyes Asirias Medias	ca. 1400-1100 a.C.	en acadio
Leyes Neobabilónicas (rey Nabucodonosor)	 ca. 626-539 a. C.	en acadio

Entre ellas, las Leyes de Ur-Namma*,* constituyen la recopilación normativa más antigua hallada hasta la fecha, aunque su descubrimiento fue posterior al del Código de Hammurabi (1760 a.C.). En la cronología del Antiguo Próximo Oriente, se sitúan después de las Leyes de Lipit-Ishtar y las Leyes de Eshnunna, también descubiertas con posterioridad al código babilónico. Puede afirmarse que la cuna del derecho se encuentra en estas primeras recopilaciones, que presentan notables similitudes entre sí, lo que ha llevado a plantear la hipótesis que se inspiraren o derivaron unas de otras.

A partir del Código de Hammurabi se suceden el Prisma de Filadelfia, el Edicto de Ammisaduqa*,* las Leyes Hititas, las Leyes Asirias Medias y las Leyes Neobabilónicas creando una base para el estudio histórico del derecho, ya que dejan constancia de conceptos jurídicos que han tenido proyección hasta la actualidad[33]. Más adelante, aunque no figura como parte inmediata de esta tradición jurídica mesopotámica, debe mencionarse la Ley Mosaica**,** que influyó en la configuración normativa posterior tanto en la esfera familiar como religiosa.

Entre finales del II milenio y mediados del I milenio a.C., estas colecciones legales fueron recogidas en tablillas por escribas para facilitar su consulta y conservación. Varias de estas normas regulaban situaciones cotidianas relacionadas con el comercio, la administración, los contratos, la familia, la propiedad y las penas. Este legado jurídico guarda numerosas parecidos con la Ley de las XII Tablas, (450 a.C.), de la que no se conserva el texto original, sino únicamente fragmentos citados por autores posteriores[34] y que se comentarán en el capítulo dedicado a Roma.

La pérdida de buena parte de estos testimonios no significa que tales leyes no existieran o no llegaran a aplicarse. Ello lleva a plantear si la práctica de la gestación por sustitución ya se producía e incluso se encontraba regulada antes del derecho romano, y si los romanos la adoptaron, aunque no se conserven referencias explicitas en su legislación. Si se parte de la

[33] Amelie Kuhrt, "Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor", *American Journal of Legal History* 41, nº 1, (January 1997): pp. 143–145.
[34] Entre otros Cicerón, Tito Livio, Aulo Gelio.

base que otras civilizaciones la normalizaron, como se tratará de demostrar, no se puede descartar que también estuviera presente en Roma. La reiteración de determinados preceptos legales en distintos códigos[35] son el testimonio de la actividad que, a lo largo del III milenio a.C., los sumerios desarrollaron en el campo del derecho, de forma comparable, a la que se desarrollaría en el derecho romano.

La analogía de estas formulaciones se aprecia en su estructura tripartita: prólogo, cuerpo legal y epílogo. En el prólogo, el rey que promulgaba el código se presentaba como elegido por los dioses para garantizar la justicia, proteger a los débiles (viudas, huérfanos, pobres) y mantener el orden social. Se trataba de un pasaje legitimador, en el que el soberano fundamentaba su autoridad divina para dictar las leyes. El cuerpo legal, estaba formado por disposiciones concretas, redactadas en estilo casuístico ("Si X sucede, entonces se aplicará Y") que regulaba aspectos de la vida cotidiana como el comercio, las deudas, los daños, los robos, los contratos, el matrimonio, el divorcio, la adopción, la herencia, la esclavitud, los delitos sexuales y las sanciones. En el epílogo o parte final se incluían una serie de maldiciones dirigidas contra quien osase alterar o cambiar el contenido del texto[36].

No resulta necesario hacer referencia a todas las recopilaciones citadas[37], pues no todas contienen disposiciones relevantes para los fines de esta investigación. El análisis se circunscribe, por tanto, a aquellas que, según las traducciones conservadas, regulan aspectos vinculados a la familia, el matrimonio y los hijos. Algunas de ellas recogen casos que, de manera indirecta, podrían relacionarse con lo que en la actualidad se conoce como gestación por sustitución**.** Conviene recordar, en todo caso, que muchos de estos escritos han llegado hasta nosotros de forma fragmentaria, y que, aunque no se mencione de manera explícita dicha

[35] Molina, *La Ley más antigua*, pp. 33 y ss.
[36] En el Código de Hammurabi se observa la estructura característica de las colecciones legales: Prólogo, cuerpos de leyes y epílogo.
[37] Es el caso del Prisma de Filadelfia, datado en torno al año 1700 a. C. No constituye un código sistemático sino un compendio sumerio de contratos y cláusulas contractuales, junto con disposiciones jurídicas análogas a las recogidas en otras recopilaciones legales mesopotámicas. El texto incluye situaciones relativas a la manumisión, juramentos, robos, compraventa y arrendamiento de inmuebles, violación, matrimonio, adopción, sucesión, aprendizaje, daños agrícolas, esclavos y garantías por deudas. Al igual que otras recopilaciones sumerias, muchas de sus disposiciones se introducen mediante la fórmula *tukum-bi* ("si"), lo que evidencia la continuidad del estilo casuístico característico del derecho mesopotámico. Sin embargo, la obra carece de prólogo y epílogo, y su estructura responde más a una recopilación práctica de fórmulas jurídicas que a un código legislativo promulgado por autoridad real. Aunque no contiene una regulación específica sobre prácticas reproductivas, su referencia a matrimonio, adopción y esclavas lo sitúa dentro del contexto general del derecho de familia mesopotámico.

práctica, tampoco puede descartarse su existencia ni su regulación en secciones hoy desaparecidas.

1.2. Antecedentes y Prototipos Legales

El análisis de los primeros códigos y recopilaciones normativas del Antiguo Próximo Oriente resulta esencial para comprender la evolución del pensamiento jurídico. Las disposiciones que se examinan en este apartado permiten reconstruir el modo en que las sociedades sumerias, babilónicas, asirias o hititas modularon las primeras respuestas legales a cuestiones relativas a la familia y a la filiación. Aunque no regulan directamente la institución de la reproducción, sí hacen visible los principios, técnicas y estructuras normativas que sirvieron de base para el desarrollo posterior del Derecho. En este sentido, constituyen los cimientos históricos sobre los que se asentaron las soluciones jurídicas que, siglos más tarde, influirían en la configuración de la reproducción y a la transmisión de la identidad familiar.

1.2.1. Las Reformas de Urukagina

Las denominadas Reformas de Urukagina (ca. 2350 a. C.) constituyen uno de los testimonios más antiguos de intervención normativa en la Mesopotamia sumeria. Urukagina, rey de Lagash, emprendió una serie de medidas destinadas a corregir abusos administrativos y prácticas consideradas injustas, especialmente en el ámbito fiscal y religioso. Aunque no se conserva un "código" sistematizado, diversos fragmentos epigráficos permiten conocer parte de estas disposiciones[38]. No obstante, hay desacuerdo entre la doctrina acerca de si estas disposiciones pueden considerarse un auténtico código jurídico o si se trata más bien de una proclamación de medidas reformadoras. Su importancia radica en que inaugura una tradición de proclamaciones reales de carácter normativo que más tarde cristalizaría en las grandes colecciones legales mesopotámicas.

Las reformas de Urukagina tenían como finalidad limitar abusos de autoridad y proteger a sectores vulnerables de la población. Lo destacable de estas reformas es la figura de la reina Shagshag, cuya participación en la gestión de los templos muestra que las mujeres de la élite sumeria desempeñaban funciones en la administración religiosa y económica del reino. Ello sugiere que la organización social de la época otorgaba a determinadas mujeres un papel activo

[38] Kramer, *History Begins at Sumer*, p. 54.

en la estructura del poder[39]. Algunos fragmentos hacen referencia a prácticas matrimoniales y a la regulación de determinadas conductas familiares, lo que indica una temprana preocupación por el orden familiar y doméstico. Algunas de sus leyes formulan costumbres sociales con duras penas, por ejemplo, la poliandria[40] que estaba prohibida y sus infractores eran castigados con la lapidación[41]. La dureza de esta sanción no es un dato menor: en derecho, la severidad de una prohibición suele ser proporcional a la frecuencia de la conducta que se pretende erradicar. Si Urukagina sintió la necesidad de prohibir expresamente la poliandria y castigarla con la pena máxima, es razonable inferir que dicha práctica existía y era lo suficientemente extendida como para requerir una respuesta normativa contundente. Aunque estas reformas no mencionan explícitamente la gestación por sustitución, sí revelan que la organización reproductiva de la familia era ya en esta época objeto de regulación jurídica, lo que encaja con el patrón que encontraremos en los códigos posteriores, donde sí aparecen referencias expresas a la intervención de terceras mujeres en la procreación cuando la esposa no podía concebir.

1.2.2. Las Leyes del rey Ur-Namma

Las Leyes de Ur-Namma[42] datadas hacia 2070 a.C. (final del III milenio a.C.), constituyen el testimonio legislativo más antiguo conservado en lengua sumeria. Promulgadas por Ur-Namma, primer rey de la Tercera Dinastía de Ur, son, según Kramer y Drapkin[43] el prototipo de los códigos que posteriormente aparecerían en Sumeria, Babilonia y Asiria. De su estudio se desprende que el propósito del rey Ur-Namma fue garantizar la equidad y procurar el bienestar de sus habitantes[44].

---

[39] El denominado É-MI₂, tradicionalmente traducido como "Casa de las Mujeres", constituía una unidad administrativa del templo de Baba integrada por personal femenino. Su reorganización bajo Urukagina transformado en É-dBaba muestra la centralidad económica de esta institución como el papel activo que podían desempeñar mujeres de la élite, entre ellas la reina Shagshag, en la gestión religiosa y económica de Lagash. Fumi Karahashi, "On the Cultic Aspect of the 'Reforms of Urukagina': Some Changes in the Festival of the Goddess Baba", *Orient* 55 (2020): pp. 63–70.

[40] De poli-1 y el gr. ἀνήρ, ἀνδρός anḗr, andrós 'varón'. f. Estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, voz "poliandria".

[41] Kramer, *The Sumerians,* p. 322

[42] Sobre las Leyes de Ur-Namma*,* véase Molina, *La Ley más antigua,* p. 61. El texto legal pertenece al período imperial de la III Dinastía de Ur (c. 2112–2004 a.C.) y se conserva en tres tablillas de arcilla, probablemente copias escolares de un original inscrito en piedra. Las fuentes provienen de Nippur (fuente A: Ni 3191, editada por S. N. Kramer): Ur (fuente B: U.7739[+]U.7740, editada por O. R. Gurney y S. N. Kramer, revisada por J. J. Finkelstein): y Sippar (fuente C: Si 277, publicada por F. Yildiz). Kramer, *History Begins at Sumer*, p. 52.

[43] Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", p. 336.

[44] Kramer, *The Sumerians,* p. 84.

El estado de conservación de las tablillas es deficiente, no obstante, se han recuperado fragmentos con pasajes significativos, entre ellos parte del prólogo, y se han podido restaurar varias disposiciones completas. En 1965 se hallaron en Ur nuevas tablillas que hicieron posible reconstruir cerca de cuarenta de las cincuenta y siete leyes conocidas[45]. Este conjunto de leyes es testimonio del grado de organización alcanzado por la civilización sumeria en el ámbito jurídico y su estructura responde a un esquema que sería adoptado por compilaciones posteriores.

La formulación más habitual de estas leyes era casuística: se presentaba una situación concreta y, a continuación, la resolución o sanción que restablecía el orden. La primera disposición establecía la pena de muerte por homicidio. A continuación, el texto incluía preceptos relativos a la propiedad, la familia, los hijos, las uniones entre esclavos y personas libres, los delitos sexuales, el matrimonio, las lesiones corporales, o la insubordinación.

Cada artículo se introducía con la expresión sumeria *tukum-bi*, traducida como "si", que funciona como partícula condicional. Si un hombre (o un buey, o un esclavo, etc.) hace tal cosa, entonces pesará y entregará tantos siclos[46]. Estas disposiciones regulaban situaciones concretas en lugar de establecer principios generales, lo que permitía cierta flexibilidad al aplicar la norma según el contexto y las circunstancias[47]. Tres siglos antes del Código de Hammurabi, estas leyes ofrecían sanciones más condesciendes, con predominio de la pena pecuniaria, frente a la ley del talión que aparecería con mayor rigor en la tradición babilónica y bíblica ("ojo por ojo" y "diente por diente")[48]. Algunos ejemplos traducidos son:

> §1. "Si un hombre comete un asesinato, ese hombre debe ser asesinado".
>
> §5. "Si un esclavo se casa con una persona libre, debe entregar el primogénito a su dueño".
>
> §6. "Si un hombre viola el derecho de otro y desflora a la mujer virgen de un joven, matarán a ese varón".

---

[45] Oliver R., Gurney y Samuel Noah Kramer, "Two Fragments of Sumerian Laws". *Assyriological Studies* 16 (Chicago: University of Chicago Press 1965): pp. 13, 14–17.
[46] Martha T. Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, ed. Piotr Michalowski, con una contribución de Harry A. Hoffner Jr. (Atlanta: Scholars Press, 1997). pp. 3 y 14.
[47] Lo que se asemeja a la técnica de las antiguas *legis actiones* romanas.
[48] Drapkin", Los Códigos pre-hamurábicos", p. 338; Kramer, *The Sumerians*, pp. 84-85.

> §9. "Si un hombre se divorcia de su esposa de primer rango, deberá pagarle 60 minas de plata".
>
> §10. "Si se divorcia de una viuda, le pagará 30 minas de plata".
>
> §15. Si un yerno entra en la casa de su (futuro) suegro y el suegro da la esposa (del yerno) a su amigo, el suegro deberá pesar y entregar al yerno lo que (el yerno) había llevado (a la casa del suegro) por duplicado[49].

En relación con el objeto de este trabajo, no existe constancia que en las Leyes de Ur- Namma hubiera algún pasaje que mencionase la sustitución reproductiva, a diferencia de lo que sucede en recopilaciones más tardías. No obstante, su estudio resulta necesario, pues muestra una sociedad avanzada para su época, donde prima la protección al ciudadano y un predominio de la aplicación de sanciones pecuniarias, configurando un modelo de justicia más acorde con nuestros tiempos. Asimismo, estas disposiciones sirvieron de base para las compilaciones normativas sucesivas. Debido a la fragmentación del texto no puede descartarse que la sustitución reproductiva hubiera estado contemplada en otras partes del cuerpo normativo hoy perdidas.

1.3. Testimonios sobre la falta de concepción y su solución

El paso de los antecedentes normativos hacia las fuentes más explícitas sobre los problemas de la ausencia de descendencia hace posible identificar cuando las sociedades del Antiguo Próximo Oriente empezaron a ofrecer soluciones concretas a problemas reproductivos. A diferencia de los preceptos del apartado anterior, las disposiciones recogidas en las Leyes de Lipit-Ishtar, las Tablas Capadocias, las Leyes de Eshnunna o el Código de Hammurabi incluyen referencias directas a situaciones de imposibilidad de concebir, a la intervención de segundas mujeres en la procreación y a los mecanismos legales destinados para garantizar la continuidad familiar. Estos testimonios constituyen las primeras formulaciones normativas que regulan

[49] El §15 UN conservado en la fuente B, ii., 13–23, presenta una redacción prácticamente idéntica al §29 de las Leyes de Lipit-Ishtar, donde se establece: *"*Si un yerno entra en la casa de su suegro y realiza la entrega de la dote nupcial, pero más tarde lo desalojan y dan su mujer a su camarada, le devolverán el doble de la dote nupcial que trajo, y su camarada no se casará con su mujer". Nótese que, una vez que el novio 'ha entrado' en casa de la novia y ha realizado el correspondiente regalo (*níg-mí-ús-sá*), la novia pasa ya a ser considerada 'esposa' (*dam*). Roth, *Law Collections*, pp. 18–19 y 32; J. J. Finkelstein, "The Laws of Ur-Nammu", *Journal of Cuneiform Studies* 22 (1969): pp. 74–75. En la actualidad, los fragmentos más completos se conservan en el Museo del Antiguo Oriente de Estambul (Turquía), junto a ejemplares procedentes de Nippur y Sippar. Otras piezas se conservan en el Irak Museum (Bagdad) y British Museum (Londres).

prácticas de sustitución reproductiva, ya sea mediante la figura de la esposa secundaria o la sierva entregada al marido. Su estudio permite comprender no solo cómo afrontaban estos problemas sino también cómo se crearon las bases que influirían en la evolución posterior de la filiación y reproducción en la tradición jurídica occidental.

1.3.1. Las Leyes de Lipit-Ishtar

Drapkin comenta que cerca de doscientos años después de Ur-Namma, Lipit-Ishtar, soberano de la ciudad-estado de Isin entre los años 1934 y 1924 a. C., promulgó un conjunto de leyes en torno al año 1930 a. C. La existencia de este registro se confirmó tras el hallazgo en las ruinas de Nippur de cuatro fragmentos de una gran tablilla fechada aproximadamente hacia 1800 a. C., que resultó ser una copia del documento original. Este descubrimiento aportó dos cuestiones de interés para la historia legal del Antiguo Próximo Oriente. En primer lugar, la aparición de un nuevo cuerpo legal redactado en sumerio cuneiforme, que se sumaba a otras recopilaciones escritas en acadio, asirio e hitita. En segundo lugar, estableció una asociación entre estas leyes y el Código de Hammurabi*,* promulgado casi dos siglos después, lo que facilitó el examen de la evolución de los principios y categorías del Derecho en el sur de Mesopotamia.

La redacción original de estas leyes contenía aproximadamente 1.200 líneas, de las cuales solo 400 han sido restauradas e interpretadas[50]. Al igual que ocurre con otras tablillas de la época, destacan numerosas referencias a cuestiones económicas y comerciales, extremo que puede corroborarse mediante el estudio conjunto de los restos materiales como objetos, esculturas y demás enseres relacionados con la vida cotidiana[51].

Estas leyes seguían la estructura tripartida habitual: un prólogo, un cuerpo legal y un epílogo[52]. En la actualidad se conservan treinta y ocho disposiciones del cuerpo legal mientras que el prólogo y el epilogo se han conservado de forma fragmentaria[53]. Al igual que en otras recopilaciones mesopotámicas, el prólogo invoca a las principales divinidades sumerias y presenta el rey como elegido por los dioses para gobernar y proteger con equidad y justicia. El

---

[50] Drapkin, "Los Códigos pre-hamurábicos", p. 340.
[51] Horacio N. Castro Dassen y Carlos A. González Sánchez, *Código de Lipit-Ištar*, (Lecciones y Ensayos n.º 39, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1969), pp. 163 y 201.
[52] Una de las tablillas que contiene el prólogo de dicho código se encuentra en el Museo del Louvre (Paris), tablilla TCL XV, 34, H de Genouillac, *Textes cunéiformes du Louvre, vol. XV: Inscriptions sumériennes sous les rois d'Isin* (París, 1930), n.º 34 (AO 5473), asimismo se conservan doce fragmentos en el Museo de la Universidad de Pensilvania (Filadelfia, EE. UU.). El código fue traducido en su totalidad por Steele, *The Code of Lipit-Ištar*.
[53] Kramer, *The Sumerians,* pp. 87-88.

cuerpo de las leyes reglamenta situaciones de la vida cotidiana[54], lo que da a entender la existencia de una organización económica y familiar consolidada. En esta pieza, se encuentra, además, una disposición sobre sustitución reproductiva que puede relacionarse con la actual gestación por sustitución[55]:

> § 27 "Si a un hombre su esposa no le había dado ningún hijo, (pero) una prostituta[56] de la calle le daba un hijo, a esa prostituta él le daba sus raciones de cebada, de aceite y de lana; el niño que la prostituta había engendrado para él era su heredero; mientras su esposa vivía, la prostituta no habitaba en la casa con la esposa de primer rango"[57].

Este artículo regula un acuerdo mediante el cual un hombre casado podía engendrar un hijo con una prostituta cuando su esposa legitima no podía tener hijos. El hecho a destacar es que, ante la imposibilidad de la esposa de concebir, el esposo recurriría a otra mujer con el fin de asegurar la descendencia. Aunque no conste que la esposa fuese parte formal del acuerdo, resulta razonable suponer que tenía conocimiento de él. Su aceptación se deduce de las propias circunstancias: al no poder cumplir con su función reproductiva, carecía de capacidad para oponerse al arreglo. Como contraprestación, la prostituta, que en este supuesto puede asimilarse a una madre sustituta, recibía determinadas raciones de cereales, aceite y ropa por los servicios prestados. El consenso era entre el esposo y la mujer gestante, quien, a cambio de proporcionar un heredero, obtenía una compensación material. El hijo nacido era entregado al

---

[54] Vegas Montaner, "La ley en el Antiguo Israel", p. 136.

[55] Steele, *The Code of Lipit-Ištar*, p. 20. Traducción propia de la versión inglesa.

[56] En la traducción al inglés del §27 realizada por F. R. Steele la palabra utilizada es "*harlot*". Según el Oxford English Dictionary *harlot* significa: "Chiefly derogatory. A female prostitute; (also) a mistress, a concubine. More generally: a wanton, lascivious, or sexually promiscuous woman. Also, as a term of abuse or contempt for a woman. That is a prostitute (cf. harlot, n. 2b); having the character or appearance of a prostitute; resembling that of a prostitute; sexually promiscuous…" (*OED Online*, s.v. "harlot"). Las primeras versiones de estos códigos mesopotámicos fueron traducidos al inglés y posteriormente al castellano; de modo que el término varía según el traductor. Así, por ejemplo, en la traducción de Castro Dassen y González Sánchez, se lee.: "Si uno no tuvo hijos con su esposa, y si una cortesana que vive fuera de la casa le dio un hijo; el ciudadano dará a esa cortesana la ración de cereal, la ración de aceite y la ración de lana; el hijo que le dio la cortesana será su heredero, pero mientras viva la esposa, la cortesana no compartirá la casa con ella; no habitara la casa".. En cualquier caso, la referencia a la mujer como "prostituta", "cortesana", "esclava" o "criada" parece funcionar como un término genérico que designa a aquella que no ostenta la posición de esposa.

[57] En la traducción de Martha T Roth del § 27 se lee. "If a man' s wife does not bear him a child but a prostitute from the street does bear him a child, he shall provide grain, oil, and c1othing rations for the prostitute, and the child whom the prostitute bore him shall be his heir; as long as his wife is alive, the prostitute will not reside in the house with his first ranking wife". First ranking wife es la esposa de primer rango traducido del arcadio hirtu y del sumerio (dam) nitadam. Esta esposa gozaba de ciertos privilegios tales como derechos hereditarios preferentes para sus hijos. Roth, Law Collections, p. 31.

padre y la esposa legitima asumía la condición de madre legal, ya que la gestante no era la esposa y además no le estaba permitido residir en la misma casa mientras la esposa viviera.

Es insólito que este supuesto figure en las Leyes de Lipit-Ishtar, dado que solo se han conservado y traducido alrededor de cincuenta artículos. Que uno de ellos recoja un caso de sustitución reproductiva indica que esta práctica estaba lo suficientemente asentada en la sociedad como para merecer regulación escrita. Además, el modo en que se articula muestra ciertos rasgos estructurales que reaparecerían en modelos reproductivos posteriores.

1.3.2. Las Tablas Capadocias

Las Tablas Capadocias no se ha incluido en la relación de registros legales mencionada anteriormente en la tabla porque no constituyen un cuerpo normativo propiamente dicho. No obstante, resulta acertada su mención porque contienen una referencia a la sustitución reproductiva.

Se trata de una colección de textos cuneiformes asirios hallados en Kültepe (antigua Kanesh, actual Turquía) que documentaban las actividades comerciales de los mercaderes asirios en Anatolia entre aproximadamente 1900 y 1750 a.C.[58] Estas tablillas corresponden al período asirio antiguo, y abarcan entre otros, los años del reinado de Shamshi-Adad I (1813-1781 a.C.). En ellas se anotan datos relativos a las colonias comerciales asirias (*karum*), contratos mercantiles, impuestos y diversos aspectos de la vida familiar, por lo que se asocian con la extensa red comercial asiria en Anatolia. Su cronología es anterior al Código de Hammurabi, aunque en parte coinciden con su época. Desde un punto de vista histórico, se sitúan entre las Leyes de Lipit-Ishtar y las Leyes de Eshnunna. A diferencia de estos, no constituyen un código formal, sino una colección de documentos económicos y comerciales.

En una de las tablillas aparece una referencia a la falta de hijos, con una antigüedad aproximada de cuatro mil años. La pieza perteneciente al periodo asirio y se conserva en el Museo Arqueológico de Estambul (Turquía) donde se expone acompañada de una traducción literal que recoge lo siguiente:

> "Laqipum se ha casado con Hatala, hija de Enishru. En el país de Laqipum (Anatolia central), no puede casarse con otra mujer, pero en la ciudad

[58] Chiara, *They wrote on Clay,* pp. 212 y ss.

> (Ashur) puede casarse con una hieródula (esclava sagrada). Si en el plazo de dos años, ella (es decir, Hatala) no le proporciona descendencia, ella misma comprará una mujer esclava, y más tarde, después de que ella haya producido un hijo suyo, podrá disponer de ella vendiéndola donde le plazca. Si Laqipum decide divorciarse de ella, deberá pagarle cinco minas de plata, y si Hatala decide divorciarse de él, deberá pagarle cinco minas de plata. Testigos: Masa, Ashurishtikal, Talia, Shupianika"[59].

Se trata de un contrato matrimonial entre un hombre llamado Laqipum y la hija de un tal Enishru, Hatala. Según el acuerdo, en el país de Laqipum (Anatolia central) el hombre no puede contraer matrimonio con otra mujer, lo que sugiere que Hatala era considerada su esposa de primer rango. No obstante, en su ciudad natal, Ashur, se le permite casarse con una *qadiitum,* un tipo de mujer ofrecida como esclava a los dioses. Este estatus confería a la *qadiitum* una posición inferior a la de Hatala. Las normas sociales y las practicas matrimoniales podían variar según la región: la poligamia estaba más restringida en Anatolia que en Ashur.

El contrato incluye una cláusula de sustitución reproductiva: si Hatala no proporcionaba descendencia en un plazo de dos años, debía adquirir una esclava que actuara como madre gestante, asegurando así un hijo para Laqipum. Una vez que la esclava diera a luz, Laqipum podría disponer de ella mediante la venta, aunque el texto original plantea cierta ambigüedad respecto a quien se refería exactamente. Algunos pronombres masculinos del documento podrían interpretarse como la propia Hatala, pero la mayoría de los eruditos coinciden en que se alude a la mujer esclava, ya que Hatala era responsable de adquirirla inicialmente. El contrato también contempla una cláusula de divorcio: si Laqipum se divorciaba de Hatala, debía abonarle cinco minas de plata y si Hatala se divorciaba de Laqipum, también debía pagarle cinco minas de plata. Al final del contrato se enumeran y firman los testigos (Masa, Ashurishtikal, Talia y Shupianika) para certificar la validez del acuerdo, mostrando que el matrimonio era un contrato legal y económico, más que una simple institución social o religiosa.

Desde la perspectiva de la sociedad asiria, este contrato presenta varios aspectos importantes. En primer lugar, que la sustitución reproductiva, estaba en cierta medida, contemplada en el marco legal. En segundo lugar, que la poligamia no operaba de forma uniforme, sino que

---

[59] Tablilla de arcilla con contrato matrimonial, Karum–Kanesh (Kültepe), siglo XIX a. C., lengua asiria antigua, núm. de inventario Ka. 165 / 12485. Reproducida y comentada en Ahmet Berkiz Turp et al., "Infertility and Surrogacy First Mentioned on a 4000-Year-Old Assyrian Clay Tablet of Marriage Contract in Turkey", *Gynecological Endocrinology* 34, n. º 1 (2018): pp. 25–26.

dependía de la región. En tercer lugar, que la mujer podía contar con cierta protección económica en caso de disolución del matrimonio. Además, el texto destaca el matrimonio como un acuerdo vinculante, atestiguado y regulado por normas escritas[60].

El establecimiento de un plazo de dos años para la concepción es comparable a los criterios temporales que en la medicina reproductiva moderna utiliza para valorar la infertilidad. Transcurrido ese periodo sin descendencia, el contrato preveía la intervención de una tercera mujer con fines reproductivos, en un esquema similar a la actual gestación por sustitución[61].

1.3.3. Las Leyes de Eshnunna

Las Leyes de Eshnunna se hallaron en la ciudad-estado mesopotámica de Shaduppum, (actual Tell Harmal, en las cercanías de Bagdad), y fueron promulgadas por su rey Bilalama alrededor de 1980 a.C.[62]. En este yacimiento se encontraron dos tablillas copiadas, al parecer a partir de una fuente común anterior, escritas en lengua acadia. De ellas se conservan unos sesenta artículos, de difícil interpretación debido a su estado de destrucción. Todo indica que se trataba de una compilación desordenada de normas provenientes de diversos ámbitos de la vida social y jurídica[63].

Al igual que otras recopilaciones legales mesopotámicas, tanto anteriores como posteriores, el texto de Eshnunna presentan rasgos que permite situarlo dentro de la misma tradición jurídica[64]. De los escasos fragmentos conservados, no se ha hallado ni prólogo, ni epílogo, a diferencia de lo que ocurre en otros cuerpos normativos. No obstante, la presencia de

---

[60] Mogens T. Larsen, *Ancient Kanesh: A Merchant Colony in Bronze Age Anatolia. Part V: Cultures*, cap. 19, "Cultural Interactions" (New York: Cambridge University Press, 2015), pp. 250-252.
[61] Turp, et al. "Infertility and Surrogacy", p. 26.
[62] En la actualidad se plantea la posibilidad de rebajar la cronología en un siglo, lo que, en palabras de Roux, aproximaría este texto al Código de Hammurabi, con el que tiene numerosos puntos en común. Georges Roux et al., *Mesopotamia: historia política, economía y cultural* (Madrid: Alianza Editorial, 1987), p. 203.
[63] Entre otros supuestos se regulan la responsabilidad de los arrendatarios, asuntos agrícolas, robos, prendas, depósitos y préstamos, servidumbre por deudas, derechos matrimoniales y patrimoniales y delitos sexuales, acogimiento y cuidado de menores, lesiones corporales, esclavos fugitivos, bueyes corneados y perros viciosos y derrumbamiento de barracas. Roth, *Law Collections,* p. 57.
[64] Molina, *La Ley más antigua*, p. 17. Entre las Leyes de Eshnunna y el Código de Hammurabi se observan varias correspondencias sobre matrimonio y divorcio, como muestran los siguientes paralelismos: Ešn, 18 con CH 163/164; Ešn, 25 con CH 160 y 161; Ešn, 26 con CH 130; Ešn, 27/28 con CH 128 y 129; Ešn, 29 con CH 135/136; Ešn, 30 con CH 136; y Ešn, 59 con CH 137. Véase Reuven Yaron, *The Laws of Eshnunna,* (Jerusalem: The Magness Press, The Hebrew University, 1988), p. 172.

disposiciones de carácter económico similares a las recogidas, por ejemplo, en el prólogo de las Leyes de Ur-Namma sugiere que pudo existir un prólogo hoy perdido [65].

En los artículos traducidos, no hay mención a la sustitución de la esposa por la imposibilidad de tener hijos, pero en los §17 y 18, bajo el epígrafe "relaciones con parientes", se regula la situación del *terhatum* (pago nupcial o precio de la novia) en caso de que el matrimonio no se consumase o terminara prematuramente antes de tener descendencia:

> §17: "Si el hijo de un hombre lleva el pago nupcial a la casa de su suegro: Si uno de los dos (novios) muere antes del matrimonio**,** el dinero (la plata) será devuelto a su dueño; el contrato será anulado".
>
> §18: "Si él la tomó como esposa y ella entró en su casa**,** y luego el novio o la novia mueren**,** lo que se haya entregado no será devuelto**;** solo se podrá reclamar el excedente"[66].

Aunque el *terhatum* se consideraba una prestación asociada al derecho a contraer matrimonio, no garantizaba por sí mismo la fertilidad de la esposa. Sin embargo, dado que la finalidad principal del matrimonio en Mesopotamia era la procreación, cabe entender que en estas normas subyace la expectativa de que, al recibir el pago nupcial, el suegro entregara al esposo una mujer capaz de darle hijos. El hecho de que la entrega del pago se produjera con anterioridad a la celebración del matrimonio refuerza la importancia atribuida a la fertilidad femenina.

Aunque las Leyes de Eshnunna no regulan de forma expresa el divorcio por falta de hijos, como sí ocurre en recopilaciones posteriores, entre ellas el Código de Hammurabi[67], la naturaleza fragmentaria del texto impide excluir por completo que esta cuestión hubiera sido contemplada en pasajes hoy perdidos. Del mismo modo, aunque los artículos conservados no prevén de forma explícita la intervención de otra mujer con fines reproductivos, sí disciplinan instituciones estrechamente relacionadas con la descendencia; como la dote, el matrimonio, el

---

[65] Roth, Law Collections, p. 57.
[66] Yaron, *The Laws of Eshnunna,* p. 55. Traducción propia.
[67] CH §163: "Si un hombre se casa con una mujer, pero ella no le da hijos, y esa mujer muere, si su suegro le devuelve el pago nupcial que ese hombre había llevado a la casa de su suegro, el esposo no tendrá ningún derecho sobre la dote de esa mujer; la dote pertenece únicamente a la casa de su padre". Roth, *Law Collections,* pp. 112. Traducción propia de la versión inglesa.

divorcio o la sucesión. Por ello puede verse como un antecedente, aunque lejano y que exige cautela en el estudio de la sustitución reproductiva.

1.3.4. Código de Hammurabi

El Código de Hammurabi (en adelante CH) constituye uno de los cuerpos legales más conocidos de la Antigüedad y ha perdurado durante siglos como referencia jurídica. Fue promulgado bajo el reinado de Hammurabi, sexto monarca de la dinastía amorrea de Babilonia, hacia el año 1760 a.C. El texto ha llegado hasta nosotros a través de múltiples manuscritos que fueron reproducidos en los centros de escritura de Mesopotamia a lo largo de los tiempos. Su versión más célebre es una estela de piedra negra, actualmente expuesta en el Museo del Louvre (París), que fue hallada durante las excavaciones realizadas entre 1901 y 1902 en Susa, antigua capital de Elam. Se ha llegado a encontrar comentarios y referencias a este código incluso mil años después de su promulgación, lo que demuestra que no solo fue un referente en la vida jurídica, social, política y económica de su época, sino también un modelo normativo para generaciones posteriores. Se cree que existieron varios ejemplares originales y que las diferencias entre los textos son el resultado de diferentes tradiciones, más que errores de copia[68].

De todos los preceptos estudiados en este capítulo, el CH es el más extenso y organizado. Fue redactado en escritura cuneiforme y en lengua arcadia y su estado de conservación es casi integro, lo que lo convierte en uno de los documentos legales más completos que se conservan del Antiguo Próximo Oriente. Recoge tradiciones y costumbres de leyes anteriores e influyó en el desarrollo de legislaciones sucesivas[69].

Hammurabi no fue el único en afirmar que había “establecido la justicia en la tierra", ya que existen registros de otros monarcas mesopotámicos que afirmaban lo mismo en sistemas normativos previos[70]. La importancia de Hammurabi radica, más que en la creación *ex niliho* de normas, en su labor de recopilación, sistematización y adaptación de disposiciones

[68] Roth, *Law Collections,* pp. 73-74.
[69] Kramer, History Begins at Sumer, p. 51.
[70] Chiera, *They wrote on Clay,* pp. 75-76 y106-107.

prexistentes en un único cuerpo legislativo aplicable a los diversos territorios bajo su dominio[71].

Según Drapkin, varias disposiciones de las Leyes de Lipit-Ishtar, como las expresiones del epílogo, dejaron huella en la redacción del texto del CH, que introdujo innovaciones, sobre todo en materia penal, como la pena de muerte y la formulación expresa de la ley del talión[72].

Como sus predecesores, el CH consta de un prólogo, un cuerpo de leyes y un epílogo. El prólogo ensalza la figura del monarca elegido por los dioses para reinar y proteger al pueblo, y muestra la continuidad de la legitimación divina que aparece en recopilaciones anteriores. El cuerpo de leyes es la parte más extensa con casi trescientos artículos. Su contenido responde a una estructura casuística; se expone el supuesto concreto y, a continuación, se fija la sanción correspondiente en caso de infringir la norma[73]. El epílogo resalta la importante función del código como garante de justicia e incluye bendiciones y maldiciones dirigidas a quienes cumplan o desobedezcan. En él se presenta al rey como líder militar y defensor del orden y la paz, y afirma que las leyes fueron inscritas en una estela y expuestas públicamente para dar testimonio de su gobierno justo, y servir de ejemplo a futuros gobernantes[74]. Hammurabi ordenó colocar copias del código en todas las plazas de la ciudad para que los ciudadanos conocieran las normas y los castigos previstos, lo que explica el lenguaje sencillo y de fácil comprensión[75].

De los casi trescientos artículos no se analizará la totalidad del contenido, como tampoco se ha hecho respecto de otras recopilaciones[76]. El interés se centra en las disposiciones relativas al matrimonio y la herencia[77], que ocupan una parte sustancial del texto (§§127-195), y en particular, aquello relativo a la sustitución reproductiva. El CH constituye una de las primeras

---

[71] Chiera, *They wrote on Clay,* pp. 57-62 y 57-62.
[72] CH, §196 y 200: "Si un hombre le saca el ojo a otro, su ojo le será sacado"; "Si un hombre golpea los dientes de su igual, sus dientes serán golpeados". Traducción propia. Roth, *Law Collections*, p. 121
[73] Roth, *Law Collections*, pp. 71-72.
[74] Roth, Law Collections, p. 72.
[75] Ángel Heraldo Díaz-Jiménez, "Arte y derecho, el código de Hammurabi", *Revista Electrónica Dr. Zoilo E. Marinello Vidaurreta*, vol. 43, n.º 6 (2018).
[76] Se menciona brevemente lo más esencial: al principio se encuentran los preceptos sobre derecho procesal (§1-5); otros 120 artículos regulaban el derecho patrimonial (§6-126); y el resto (§196-282) carece ya de un contenido homogéneo. Se encuentran aquí un gran número de preceptos sobre derecho penal, tarifas salariales y algunas normas que hacen referencia a los esclavos. Josef Klíma, *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia*, trad. Matilde Moreno, 4.ª ed. (Madrid: Akal, 1995), pp. 179–187.
[77] Samuel Greengus, "Legal and Social Institutions of Ancient Mesopotamia", en *Civilizations of the Ancient Near East*, ed, Jack Sasson, (New York: Scribner, 1995), pp. 478-480.

referencias historiográficas explicitas de esta práctica[78]. Si bien, como se ha apuntado, la mención más antigua conservada se encuentra en las Leyes de Lipit-Ishtar, a la que se añade el testimonio de las Tablas Capadocias, situadas cronológicamente entre aquellas y el CH, promulgado aproximadamente 175 años después. Con esta secuencia se aprecia la continuidad del uso de la sustitución reproductiva en Mesopotamia.

La comparación entre el CH y las Leyes de Lipit-Ishtar, se observa, por ejemplo, en el §27 de estas últimas, que regula un supuesto de sustitución reproductiva y al que ya se ha hecho referencia;

Si a un hombre su esposa no le había dado ningún hijo, (pero) una prostituta de la calle le daba un hijo, a esa prostituta él le daba sus raciones de cebada, de aceite y de lana; el niño que la prostituta había engendrado para él era su heredero; mientras su esposa vivía, la prostituta no habitaba en la casa con la esposa de primer rango[79].

Esta norma contempla la posibilidad de que un matrimonio criara al hijo que el esposo tuviera con una prostituta a cambio de una manutención. De manera análoga, el CH aborda situaciones similares en los §144 a 147 relativos a la descendencia y las obligaciones económicas respecto a los hijos nacidos de relaciones con mujeres que no eran la esposa principal.

> §144: "Si el hombre se casa con una *nadïtu*[80] (sacerdotisa) y esa *nadïtu* le ofrece una esclava a su esposo y así le proporciona hijos, pero ese hombre decide casarse con una sugītu, no se lo permitirán, no se casará con una *sugïtu"*.

---

[78] Manuel Baelo Álvarez, Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica. (Madrid: Dykinson, 2014), pp. 43-44.

[79] Leyes de Lipit-Ishtar, §27. Roth, *Law Collections,* p. 31. Traducción propia.

[80] La primera mención de las diferentes categorías de mujeres se encuentra en el Leyes de Lipit-Ishtar, §22. Las *kulmasitu, nadïtu, qadistu, sekretu, sugïtu* y *ugbabtu* era diversas clases de mujeres vinculadas al templo. Las *naditu* formaban parte de un grupo de devotas del templo en la antigua Babilonia, con privilegios hereditarios y autonomía económica; algunas residían en claustros o recintos cerrados, otras podían contraer matrimonio, pero no se les permitía tener hijos. El termino sumerio *lukur* se empleaba para designar a determinadas mujeres consagradas. Las *sugïtu,* al igual que las *naditu,* estaban vinculadas al culto, aunque con un estatus inferior. Junto a estas categorías existían la esposa (*dam*), termino general para la mujer casada con independencia de su posición social, y la esposa de primer rango (*nitadam*), que designaba a la esposa legítima y principal en un matrimonio polígamo o en una estructura familiar donde existían múltiples mujeres. La *nitadam* ocupaba la posición más elevada en el hogar y tenía derechos y responsabilidades superiores en comparación con otras esposas o concubinas. Rivkah Harris, "The Naditu Woman" en *Studies Presented to A. Leo Oppenheim* (Chicago: University of Chicago Press, 1964), pp. 106–108; Steele, *The Code of Lipit-Ištar,* §27 y §30, pp. 20-2; Marten Stol, "Women in Mesopotamia" *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, vol. 38, n º 2, (1995): pp. 123-130; Roth, *Law Collections,* pp. 24, 30, 72 y 271.

> §145: "Si el hombre se casa con una *nadïtu* y esta no le proporciona hijos y el hombre decide casarse con una *sugītu*, podrá hacerlo y traerla a su casa, pero la sugītu no tendrá el mismo estatus que la *nadïtu".*
>
> §146: "Si el hombre se casa con una *nadïtu* y ella le ofrece una esclava a su esposo y (la esclava) tiene hijos, en el caso que la esclava aspira a tener el mismo estatus de su ama por haber engendrado hijos, su ama no la venderá, sino que la marcará como esclava y la contará entre sus esclavas".
>
> §147: "Si la esclava no le da hijos entonces si podrá venderla"[81].

Estos artículos regulan una práctica procreacional mediante la intervención de una tercera mujer. Cuando un hombre contraía matrimonio con una *nadïtu* que, por su rol religioso, no podía tener hijos, era habitual que esta proporcionara una esclava para garantizar la descendencia, asumiendo aquella la posición de madre legal. Las partes son: la esposa y la mujer que da a luz, a diferencia de las Leyes de Lipit-Ishtar, donde solo se menciona al esposo, aunque cabe interpretar que la esposa también prestaba su beneplácito, al menos de manera implícita. Aun dentro de una sociedad patriarcal, estos escritos muestran que la esposa en Mesopotamia conservaba cierta importancia jurídica. El CH reconocía que la imposibilidad de concebir no afectaba por sí sola a su rango[82]. Además, el esposo no podía tomar como esposa a la mujer que hubiera dado a luz en su lugar, lo que evidencia no solo una diferencia de estatutos entre ambas, sino también la voluntad de preservar la posición de la esposa dentro del matrimonio. Este aspecto resulta especialmente significativo si se compara con Roma, donde la ruptura del matrimonio por falta de descendencia podía suscitar reproche social cuando recaía sobre una esposa respetable y no iba acompañada de un trato digno o de una adecuada protección material.

Sin embargo, el CH es más detallado que las Leyes de Lipit-Ishtar porque introduce reglas más estrictas sobre la legitimidad y los derechos de los hijos nacidos de una esclava, incluyendo disposiciones sobre la situación si la esposa concibe más adelante o si la esclava es liberada. Lo destacable en ambos textos es que, cuando la esposa no podía concebir, el esposo tenía la posibilidad de tener un hijo con otra mujer. Los hijos nacidos de estas relaciones eran considerados legítimos y, en muchos casos, pertenecerían a la esposa principal y no a la mujer gestante, que no adquiría derechos maternos sobre ellos.

---

[81] CH, §§146-147. Roth, *Law Collections,* pp. 108-109. Traducción propia.
[82] Sema'an, y Salem, The Near East: The Cradle of Western Civilization, p. 301.

En las Leyes de Lipit-Ishtar, el padre debía mantener a la mujer que gestaba hijos en nombre de la esposa con raciones de cebada, aceite y lana. En el CH, aunque no se regula de forma expresa la manutención, sí se establecen normas sobre la posición de la esclava y de sus hijos dentro del hogar. En ambos textos se distingue entre los hijos que el padre reconoce, que pueden heredar junto con los de la esposa, y aquellos que no son reconocidos, que quedaban excluidos de la herencia[83].

Asimismo, ambas normativas establecían límites destinados a impedir que la mujer sustituta pudiera competir con la esposa legítima. En las Leyes de Lipit-Ishtar, por ejemplo, se prohibía que la prostituta conviviera en la misma casa que la esposa. En el CH, si la esposa era una *nadītu* y ofrecía una esclava, esta última no podía reclamar el mismo rango que aquella. Si intentaba equipararse, podía ser castigada, degradada, marcada o rapada y relegada al recinto de los esclavos. Según Tetlow[84] el §146 del CH sanciona a la esclava que reclama igualdad al desafiar la autoridad de una mujer libre, percibiendo su acción como una amenaza a la estructura social familiar. Aunque la esclava no gozaba del mismo estatus que la esposa, el nacimiento de un hijo les confería cierta protección frente a ciertos abusos, como la venta, pero si no tenía descendencia esta protección era inexistente y podía ser vendida[85] .

A este respecto, un estudio realizado por Seri sobre la esclavitud femenina en la antigua Mesopotamia aporta ejemplos en los que las esclavas eran compradas por un matrimonio para servir a la esposa y, en ocasiones, convertirse en "segunda esposa" si estaba enferma y/o no podía tener hijos. Su investigación se basa en contratos y correspondencia de la época[86]. Si bien el CH establece que la esclava que había tenido hijos con su amo no podía equipararse a la esposa legítima y preveía castigos en el caso que intentara hacerlo, la práctica social muestra una realidad más flexible. En determinados supuestos cuando la esposa no podía concebir, algunas esclavas madres de hijos podían alcanzar una posición intermedia, próxima a la de

[83] CH §171. Roth, *Law Collections,* p. 114
[84] Elisabeth Meier Tetlow, *Women, Crime and Punishment in Ancient Law and Society:* vol 1*: Ancient Near East* (New York: Continuum International Publishing Group, 2004), p. 63.
[85] CH §147. Roth, *Law Collections,* p. 109.
[86]Andrea Seri documenta diversos contratos en los que esclavas eran adquiridas con fines reproductivos. Véanse CT 48, 48; Ha 16; y CT 48, 61**,** analizados en Andrea Seri, "Domestic Female Slaves during the Old Babylonian Period", en *Slaves and Households in the Near East*, ed. Laura Culbertson (Chicago: The Oriental Institute of the University of Chicago, 2011), pp. 52–55; véase también sobre algunos de estos contratos, Rivkah Harris, "The Case of Three Babylonian Marriage Contracts", *Journal of Near Eastern Studies* 33, no. 4 (1974): p. 367.

segunda esposa. Como señalan Westbrook[87], la norma pretendía preservar la jerarquía conyugal y el honor de la esposa legítima, sin embargo, los contratos privados muestran soluciones pragmáticas que, como señala Seri, mitigaban las restricciones en favor de la descendencia y de la estabilidad familiar, lo que se observa en el §138 del CH, que condiciona el matrimonio a la procreación, y, si no se cumplía, el esposo podía divorciarse, restituyendo la dote:

Si un hombre intenta divorciarse de su esposa de primer rango que no le ha dado hijos él le deberá entregar tanta plata como la riqueza que ella tenía como novia y devolverle la dote que ella trajo de la casa de su padre y el la podrá divorciar[88].

La devolución de la *seriktum* (dote) protege los derechos económicos de la esposa, permitiéndola regresar a su familia con dignidad. El *terhatum* compensa al esposo por el matrimonio fallido, equilibrando los intereses de ambas familias. Ahora bien, en ciertos casos si un matrimonio terminaba sin descendencia, el esposo podía divorciarse sin estar obligado a pagar o devolver el *terhatum*[89]. El §137 del CH trata el divorcio de una *nadïtu* o *sugïtu* con hijos:

Si un hombre decide divorciarse de una *sugïtu* que le haya dado hijos, o de una *nadïtu* que le haya proporcionado hijos[90], deberá devolver a esa mujer su dote y entregarle la mitad del campo, del huerto y de los bienes de su esposo, y ella criará a sus hijos; una vez que haya criado a sus hijos, se le otorgara, de los bienes que corresponden a sus hijos, una parte equiparable a la de uno de los herederos y podrá casarse con un esposo de su elección[91].

Aunque la procreación constituía una de las finalidades esenciales del matrimonio, ello no excluía la posibilidad del divorcio. La ruptura podía obedecer a razones diversas, entre ellas motivos políticos, religiosos o económicos, y no impedía necesariamente la continuidad de la descendencia, habida cuenta de que el hombre podía contar con otras esposas o concubinas. Al

---

[87] Raymond Westbrook, "The Female Slave", en *Gender and Law in the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, eds. B.M. Levinson, V.H. Matthews y T.S. Frymer-Kensky, Journal for the Study of the Old Testament Supplement Series 262. (Sheffield: Sheffield Academic Press, 1998), pp. 215–217.
[88] CH, §138. Roth, *Law Collections,* pp. 107. Traducción propia.
[89] Stol, "Women in the Ancient Mesopotamia", p. 120.
[90] El texto distingue entre la *šugītu*, que "dio a luz" (*bore him children*), y la *nadītu*, que "le proporcionó hijos" (*provided him with children*), expresión que no implica necesariamente maternidad biológica, sino la de garantizar descendencia dentro del matrimonio.
[91] CH, §137. Roth, *Law Collections,* pp. 107. Traducción propia.

permitir, en determinados supuestos, que la esposa divorciada criara a los hijos, la ley protegía también la posición patrimonial de estos, incluso cuando la mujer abandonaba el hogar. En el caso de las *nadītu,* quienes solían ser célibes, el esposo podía divorciarse de ellas para cumplir con las leyes religiosas, y garantizar al mismo tiempo su seguridad económica. Los §§17 y 18 de las Leyes de Eshnunna[92], ya examinados a propósito de la restitución del *terhatum,* presentan un claro paralelismo con el §163 del CH:

> "Si un hombre se casa con una mujer, pero ella no le da hijos, y esa mujer muere, si su suegro le devuelve el pago nupcial que ese hombre había llevado a la casa de su suegro, el esposo no tendrá ningún derecho sobre la dote de esa mujer; la dote pertenece únicamente a la casa de su padre"[93].

Estos artículos establecen que, en ausencia de hijos, la dote retorna a la familia de la esposa, y el *terhatum* puede devolverse si el matrimonio no se consuma. Aunque no hay mención de una sustitución reproductiva, permitían al esposo disolver el matrimonio y buscar otra esposa para garantizar la continuidad del linaje y mantener la reputación de la esposa al no quedar desamparada ni deshonrada, por lo que de alguna forma sí prevén esa sustitución en la figura de la futura madre de sus hijos. La situación jurídica de los hijos también estaba regulada en el CH. Existían diferencias entre los hijos de la esposa principal y los de la esclava o concubina. El §170 dispone:

> "Si la primera esposa de un hombre le da hijos y su esclava le da hijos, y el padre en vida declara a (o con respecto a) los hijos que la esclava le dio a luz: «Hijos míos», y los cuenta con los hijos de la primera esposa. después que el padre fallezca, los hijos de la esposa de primer rango y los hijos de la esclava dividirán a partes iguales los bienes del padre; el heredero preferente es hijo de la esposa de primer rango, él elegirá y tomará su parte en primer lugar"[94].

En materia de sucesiones, existía preferencia según la categoría de la mujer que había concebido los hijos. Si la esposa de primer rango y la esclava procreaban hijos, y eran reconocidos por el esposo en vida, los bienes se repartirán a partes iguales tras su fallecimiento,

---

[92] Ešn., §§17–18: "§17. Si un miembro de la clase *awīlum* lleva el pago nupcial a la casa de su suegro y posteriormente alguno de los dos (el novio o la novia) fallece, la plata deberá volver a su propietario original (esto es, al viudo o a su heredero). §18. Si él la toma por esposa y ella entra en su casa, y después fallece el novio o la novia, no podrá recuperar todo lo que había entregado, sino únicamente el excedente". Roth, *Law Collections,* pp. 61. Traducción propia.

[93] Código de Hammurabi, §163. Roth, *Law Collections,* pp. 112. Traducción propia.

[94] Roth, *Law Collections,* p. 114. Traducción propia.

no obstante, el hijo de la esposa principal gozaba de prioridad en la elección de su porción hereditaria.

El §171 del CH, añade que, si el padre no reconoce en vida a los hijos que tuvo con la esclava como suyos, tras su fallecimiento estos no podrán dividir la propiedad paternal con los hijos de la esposa principal, pero la esclava y sus hijos serán libres y no podrán ser reclamados como esclavos. La esposa de primer rango conservará su dote y lo estipulado en el contrato matrimonial, además de residir en la casa del esposo mientras viva, con derecho a usarla y disfrutarla, siendo sus hijos los nudos propietarios [95].

1.4. Evolución hacia las Leyes de Asiria y Anatolia

La transición desde los primeros testimonios sobre la falta de descendencia y sus soluciones jurídicas hacia las Leyes de Asiria y Anatolia hace visible un proceso de creciente sistematización normativa en el Antiguo Próximo Oriente. Estos cuerpos legales, más extensos y técnicamente elaborados, presentan una evolución en la forma de regular la familia, la sexualidad, la filiación y las prácticas reproductivas, incorporando disposiciones más precisas y sanciones más detalladas. Su estudio da cuenta de cómo las tradiciones jurídicas mesopotámicas se transformaron y se adaptaron a diferentes culturas, dando lugar a modelos normativos que influyeron de manera decisiva en la elaboración posterior del derecho familiar y de las instituciones vinculadas a la reproducción.

1.4.1. Las Leyes Hititas

Los hititas eran uno de los pueblos indoeuropeos que emigraron a la península de Anatolia (actual Turquía) hacia finales del III milenio a. C. En las ruinas de su capital, Hattusha, se hallaron miles de tablillas de arcilla inscritas en escritura cuneiforme[96]. Entre ellas se encontraron relatos históricos, tratados internacionales, composiciones literarias (mitos,

[95] Estas normas anticipan conceptos como el usufructo, que se desarrollaría más tarde en derecho romano, una prueba más de la influencia del CH en legislaciones posteriores.
[96] Sobre las Leyes Hititas se han recuperado aproximadamente doscientos artículos, aunque no todos se han podido traducir debido al estado fragmentario en que se encuentran las tablillas. Asimismo, los hititas mantuvieron numerosos contactos con otras culturas mesopotámicas. Vegas Montaner, "La ley en el Antiguo Israel", p. 138.

himnos, proverbios), rituales y registros administrativos. De especial interés es la colección de leyes cuyas primeras copias se sitúan en el periodo hitita antiguo (ca. 1650-1500 a. C.)[97].

Al igual que las recopilaciones mesopotámicas su formulación responde al modelo conocido como «jurisprudencia casuística», característico del derecho antiguo oriental: una cláusula condicional del tipo «si una persona hace tal cosa…» seguida de la consecuencia jurídica correspondiente «pagará ... siclos de plata», "será condenado a muerte" u otra sanción similar.

Este esquema coincide con el observado en las compilaciones mesopotámicas y en determinadas secciones de la Biblia hebrea, especialmente en el Código de la Alianza. A diferencia, sin embargo, de los mandamientos formulados en segunda persona ("no harás tal cosa…"), las leyes hititas se expresaban en tercera persona, lo que las aproxima más al estilo de las colecciones mesopotámicas que al tono prescriptivo del Decálogo. No obstante, la formulación en segunda persona también aparece en ocasiones en otros textos del Antiguo Próximo Oriente, fuera del corpus hitita[98]. En relación con el objeto de este trabajo conviene destacar el §193 de las Leyes Hititas que establece:

> "Si un hombre tiene esposa y el hombre muere, su hermano tomará a su viuda por esposa. (Si el hermano muere,) su padre la tomará. Cuando el padre muera, su hermano (del padre) tomará a la mujer que él tenía"[99].

Aunque el texto no menciona expresamente la sustitución reproductiva, si se aprecia una práctica dirigida a asegurar la continuidad del linaje mediante la transmisión de la viuda dentro del grupo familiar. Este esquema guarda semejanza con la institución bíblica del levirato (Deuteronomio, 25, 5–10), cuya finalidad era también asegurar la descendencia del difunto. De esta forma, el relato de Génesis 38, centrado en la historia de Judá y Tamar, gira en torno a la transmisión sucesiva de la viuda a los hermanos del difunto, lo que ofrece una práctica paralela a la prevista en las Leyes Hititas. De hecho, el §193 admite incluso variantes de levirato intergeneracional, como la unión de la viuda con el padre del fallecido, circunstancia que encuentra un eco narrativo en la relación entre Judá y Tamar, donde ella actúa para hacer efectivo su derecho a una descendencia legítima. En este sentido, diversos estudios han

[97] Roth, Law Collections, p. 213
[98] Roth, *Law Collections*, p. 216.
[99] LH §193. Roth, *Law Collections*, p. 236.

señalado similitudes entre la legislación hitita y la tradición jurídica hebrea[100] en materia matrimonial y sucesoria, lo que vuelve a confirma la existencia de un trasfondo jurídico compartido.

Ahora bien, la coincidencia temática no implica una identidad normativa, mientras las Leyes Hititas permiten estas uniones sin restricciones adicionales, la legislación sacerdotal de Levítico (18, 15; 20, 12) prohíbe expresamente las relaciones entre un hombre y su nuera, calificándolas de incestuosas y castigándolas con la muerte. El pasaje de Génesis 38, se sitúa en contraste con la codificación posterior, que ya no admite tales uniones. Esta divergencia pone de relieve que la tradición bíblica no se limitó a reproducir modelos jurídicos orientales, sino que los reelaboró conforme a sus propias creencias teológicas y morales.

1.4.2. Las Leyes Asirias Medias

Las Leyes Asirias Medias fueron descubiertas a comienzos del siglo XX durante las excavaciones alemanas en Assur (actual Irak). Están redactadas en dialecto asirio de la lengua acadia, en escritura cuneiforme, sobre varias tablillas de arcilla, actualmente conservadas en el Museum de Berlín. A diferencia del CH, no constituyen un código unitario con prólogo y epílogo, sino una serie de tablillas independientes (designadas como AO) y recogen disposiciones jurídicas de carácter casuístico. Se considera que estas leyes eran una serie de modificaciones e interpolaciones de leyes anteriores. Su estructura carece de introducción político-religiosa y se limita a la formulación directa de preceptos, generalmente introducidos por la partícula acadia *šumma* ("si")[101]. Las copias conservadas datan del siglo XI a. C., aunque reproducen textos originales del período asirio medio (siglo XIV- XIII a. C.), es probable que entre los reinados de Ašur-nirāri II y Tukulti-Ninurta I (1450-1225 a.C.)[102]. La tablilla mejor conservada (MAL A) contiene cincuenta y nueve disposiciones y tratan mayoritariamente de situaciones en las que las mujeres aparecen como sujetos activos o como víctimas. Entre las materias reguladas figuran el matrimonio, los bienes conyugales, la herencia, el aborto, y

[100] Helen Jacobus, "Slave Wives and Transgressive Unions in Biblical and Ancient Near Eastern Laws and Literature". *Leviticus and Numbers* (2013): pp. 56-69; J. W. Welch, "A Structural Comparison of Hittite Laws 187–200, Leviticus 18:6–23, and Leviticus 20:1–21", ponencia presentada en la reunión de la Society of Biblical Literature, Londres, julio de 2010; J. Berman, "Law Code as Story Line: Deuteronomy 24:16–25:10 and LH 1–5 as Literary Templates in Biblical and Mesopotamian Tradition", ponencia presentada en la reunión de la Society of Biblical Literature, Londres, julio de 2010.
[101] Godfrey. R. Driver y John C. Miles, *The Assyrian Laws* (Oxford: Clarendon Press, 1935), p. 4.
[102] Driver y Miles, *The Assyrian Laws,* pp. 17 y ss.

diversos delitos sexuales[103]. El hecho de que una tablilla esté dedicada casi exclusivamente a cuestiones sobre mujeres casadas constituye una novedad dentro del panorama jurídico mesopotámico[104]. Un pasaje del §41 regula el estatus de las concubinas y de sus hijos, mostrando como se aseguraba la descendencia en caso de que la esposa no pudiera dar hijos.

Si un hombre tiene la intención de poner un velo a su concubina, deberá reunir a cinco o seis de sus compañeros, y ponerle el velo en presencia de ellos y declarar: «Ella es mi *assutu*--esposa»; ella es su esposa. La concubina que no lleve velo en presencia de la gente, cuyo esposo no declare: «Ella es mi *assutu*-esposa», no es una *assutu*-esposa, sino concubina. Si un hombre ha muerto y no hay hijos de su esposa velada, los hijos de las concubinas son hijos; cada uno de ellos recibirá una parte de la herencia[105].

Este precepto pone de relieve que, si un hombre deseaba dar a su concubina el estatus de *assutu*, es decir, de esposa secundaria reconocida, debía velarla ante cinco o seis testigos y declararla como tal. En la antigua Asiria, el velo era un signo de estatus reservado a las esposas legítimas. La concubina que no fuese velada públicamente mantenía una posición inferior, con menos derechos, tanto para ella como para sus hijos. Al igual que en otras legislaciones mesopotámicas, la distinción entre esposa principal y concubina resultaba decisiva para determinar los derechos hereditarios y la posición de la mujer dentro del hogar. Cuando el esposo fallecía sin descendencia de su esposa de primer rango, los hijos de una concubina o esclava podían ser reconocidos como legítimos herederos, asegurando así la transmisión patrimonial y la continuidad del linaje.

La comparación con otros cuerpos legales, incluidos aquellos que integran la llamada Ley Mosaica, entre ellos el Código de la Alianza (Éxodo, 21-23), el Código de Santidad (Levítico 17-26) y las disposiciones del Deuteronomio (12-26)[106] sitúan estas normas dentro de una tradición normativa compartida en materia de matrimonio, filiación y sucesión. En este

[103] Victor H. Matthews y Don C. Benjamin, *Old Testament Parallels: Laws and Stories from the Ancient Near East*, 3rd ed., rev. and expanded *(*New York, Paulist Press, 1997): p. 114.
[104] Leyes Asirias Medias, Tabla A, §1- 59. Driver y Miles, *The Assyrian Laws,* pp. 380-425.
[105] MAL, §41. Driver y Miles, *The Assyrian Laws,* pp. 409-411; Matthews y Benjamin, *Old Testament Parallels,* p. 120; Marten Stol, *Women in the Ancient Near East* (Berlin: De Gruyter, 2016), pp. 197, 676–677. Traducción propia de la versión inglesa.
[106] Matthews y Benjamin, *Old Testament Parallels,* p. 114.

contexto, las coincidencias con las legislaciones asirias no deben entenderse como dependencias directas, sino como manifestaciones de una cultura jurídica común.

Si bien estos textos bíblicos no regulan expresamente una práctica equivalente a la sustitución reproductiva femenina en los términos conocidos en la legislación mesopotámica, sí incorporan mecanismos para asegurar la continuidad del clan. Entre ellos destaca la institución del levirato (Deuteronomio 25, 5–10), cuya lógica responde al mismo problema: la falta de descendencia masculina. Esta cuestión será examinada con mayor detenimiento más adelante.

1.4.3. Las Leyes Neobabilónicas

Tras la caída de la dinastía babilónica de Hammurabi, Babilonia quedo bajo la dominación asiria durante varios siglos. Sin embargo, hacia finales del siglo VII a.C., las fuerzas babilonias y medias derrotaron a los asirios y se instauró la dinastía neobabilónica (625-539 a.C.) Sus primeros soberanos, Nabopolasar y Nabucodonosor II, buscaron recuperar el prestigio y los logros atribuidos a Hammurabi en la arquitectura, la ciencia, la literatura y la organización normativa, más de un milenio después. De este periodo se conservan únicamente quince disposiciones legales, carentes de prólogo ni epílogo identificables. La tablilla preservada parece corresponder a una copia de un original incompleto o una compilación fragmentaria[107].

No obstante, lo más significativo de esta época no son las leyes en sentido estricto, sino los contratos matrimoniales, que constituyen una valiosa fuente para el estudio práctico del derecho de familia. Estos contratos escritos y en presencia de testigos, al igual que las Tablas Capadocias, incluían una declaración de intenciones de las partes y un resumen de las condiciones pactadas, generalmente sobre la dote, el divorcio y la descendencia[108]. Hasta la fecha se han documentado alrededor de unas sesenta capitulaciones matrimoniales. Entre ellas destaca un contrato que omite la mención de la dote, circunstancia excepcional dado que esta solía constituir un elemento esencial del matrimonio, al implicar la transmisión de bienes muebles e inmuebles a la hija, y a su futura descendencia, y a la vez, servía como base económica del nuevo hogar. La ausencia de dote en este caso explica por qué se trataba de un

[107] Roth, *Law Collections,* pp. 143-144.
[108] Caroline Waerzeggers, "Changing Marriage Practices in Babylonia from the Late Assyrian to the Persian Period", *Journal of Ancient Near Eastern History*, 7, n. º 2 (2020): p. 103.

matrimonio bígamo**,** en el que la segunda esposa ingresaba en un hogar sin hijos con el objetivo de asegurar la descendencia masculina[109].

El contrato no solo autorizaba la unión, sino que regulaba el estatus jurídico de los hijos para evitar conflictos sucesorios. El texto dispone que la segunda mujer debía engendrar hijos varones para el matrimonio principal sin descendencia. Asimismo, incluía disposiciones relativas a los derechos hereditarios de los futuros hijos, nacidos en el marco de esta unión. Aunque del documento solo se conserva una parte, consta la presencia de al menos un juez como testigo, lo que confirma su validez jurídica y su carácter formal, más allá de un simple acuerdo privado.

En este contexto, la segunda esposa no desempeñaba un papel conyugal convencional, sino que asumía una función reproductiva. La ausencia de dote refuerza la idea de que su incorporación al matrimonio no implicaba derechos económicos propios ni expectativas sucesoras autónomas, sino obligaciones vinculadas a la procreación. Desde esta perspectiva, la infertilidad femenina era percibida como un problema grave, pues la finalidad del matrimonio era procrear. Si la esposa de primer rango no podía, la segunda esposa intervenía para cumplir ese cometido, aunque los hijos fueran legalmente reconocidos como descendientes de la primera esposa. Esta situación presenta analogías con el relato bíblico de Sara y Agar (Genesis 16), que se examinará más adelante.

Loa contratos neobabilónicos se realizaron dentro de una sociedad patriarcal, en la que la progenie y la herencia constituían la base de la estabilidad familiar. En este marco, se identifica una práctica, que, salvando diferencias históricas y conceptuales, responde a la misma idea que subyace en la gestación por sustitución: el recurso de una segunda mujer para lograr descendencia. A los hijos nacidos de estas uniones se les incluía en la línea sucesoria del matrimonio principal.

En las fuentes neobabilónicas el derecho de familia evolucionó desde las grandes proclamaciones legislativas hacia una práctica contractual cada vez más detallada. La

[109] La novia ha de engendrar hijos varones para una pareja casada sin hijos. El contrato incluye disposiciones sobre los derechos de herencia de los futuros hijos nacidos dentro de este matrimonio bígamo. Solo se conserva una pequeña parte del contrato. Al menos un juez estuvo presente como testigo. Traducción propia de la version inglesa. Waerzeggers, "Changing Marriage Practices, p.115, citando el contrato *BMA 3* en Martha T. Roth, *The Neo-Babylonian Marriage Contract Corpus* (PhD diss., University of Chicago, 1989).

regulación escrita del matrimonio y de la filiación manifiesta una preocupación constante por la seguridad jurídica y la organización sucesoria, así como una adaptación pragmática a situaciones de falta de descendencia dentro del sistema patriarcal de la época. Con ello, el período neobabilónico confirma la continuidad de las soluciones jurídicas no a través de códigos solemnes, sino mediante instrumentos privados formales y dotados de eficacia legal.

1.5. La Ley Mosaica

Tras el análisis de las recopilaciones mesopotámicas, es necesario examinar la denominada Ley Mosaica dentro del mismo horizonte cultural, a fin de valorar sus convergencias y divergencias con los sistemas normativos del Antiguo Próximo Oriente. Durante siglos se sostuvo que Moisés fue el primer legislador de la humanidad y que el Pentateuco constituía la primera codificación conocida. Sin embargo, el descubrimiento de los grandes cuerpos normativos del Antiguo Próximo Oriente[110] demostró que la legislación bíblica no fue la primera manifestación escrita del derecho, sino más bien una formulación posterior que se insertó en una tradición jurídica mucho más antigua, lo que justifica su inclusión en este apartado.

Antes de examinar las correspondencias entre ellos, conviene distinguir entre el Pentateuco y la Ley Mosaica. El Pentateuco comprende los cinco primeros libros de la Biblia, Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio, pero no constituye un código unitario en sentido técnico. Se trata de una compilación compleja de tradiciones narrativas y secciones legislativas elaboradas en distintos momentos históricos. En su interior pueden identificarse diversos cuerpos normativos, como el Código de la Alianza, el Código Deuteronomio, el Código de Santidad y el Código Sacerdotal, entre otros, que presentan una evolución jurídica a lo largo de varios siglos[111], mientas que la Ley Mosaica es la parte normativa (legal-religiosa) contenida dentro de esos libros.

También en Israel se desarrollaron normas relativas al matrimonio, la propiedad y la sucesión. No obstante, la diferencia fundamental radica en que mientras los códigos orientales

[110] También conocidos por el nombre de “códigos orientales" y ya analizados en este capítulo son: el Código de Ur-Namma, las Leyes de Lipit-Ishtar, las Leyes de Eshnunna, las Leyes Asirias Medias, y el Código de Hammurabi.

[111] Molina corrobora la existencia de estos textos que pueden considerarse incluidos en esta tradición de códigos como son las leyes bíblicas ya que siguen una misma línea; el Código de la Alianza (Éxodo 20, 22-23, 33), el Código Deuteronomio (Deuteronomio 15-25): y posiblemente el Código de Santidad (Levítico 17-26). A este tipo de códigos también incluye dos códigos griegos el de Dracón y del Gortyn y las XII Tablas romanas. Molina, *La Ley más antigua,* p. 17.

presentaban una formulación predominantemente civil y casuística, en Israel la norma jurídica se integró en un marco religioso en el que la ley se concebía como un mandato divino. La transgresión no implicaba únicamente responsabilidad civil o penal, sino también una dimensión moral y teológica[112]. Diversos autores han comparado el CH con la Ley Mosaica, destacando semejanzas en diversas materias y estableciendo la inmediata dependencia de esta última respecto a la babilónica[113]. Las coincidencias entre Mesopotamia e Israel no se limitan al ámbito jurídico, pues varios pasajes bíblicos reelaboran narrativas sumerias: como la creación del universo y del hombre, la descripción del Paraíso[114], el Diluvio universal, la rivalidad entre Caín y Abel o la Torre de Babel[115]. Asimismo, se ha señalado parecidos de esta tradición con la Ley de las XII Tablas [116].

En el ámbito jurídico los ejemplos son varios[117], pero cabe destacar la ya referida ley del talión, que se encuentra también en el Código de la Alianza (Éxodo 21, 23-25): "Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie,

---

[112] Vegas Montaner, *La ley en el Antiguo Israel,* pp. 135 y ss.

[113] La Biblia hebrea, particularmente el Pentateuco (los cinco primeros libros): contiene también normas legales, como las leyes del Éxodo: el Levítico o el Deuteronomio, que presentan similitudes notables con los códigos mesopotámicos, tanto en la forma como en el contenido. Estas similitudes han llevado a muchos estudiosos a afirmar que la legislación bíblica formó parte de la tradición jurídica del Antiguo Oriente, aunque con rasgos teológicos y éticos distintivos. Por ejemplo, leyes sobre la restitución, la esclavitud o la responsabilidad por daños aparecen tanto en Hammurabi como en Éxodo 21.

[114] Kramer hace una comparativa entre un poema sumerio y un pasaje de la Biblia sobre el paraíso y la creación de Eva (Génesis 2, 6). El mito sumerio de Enki y Nin-ti una diosa cuyo nombre significa "Señora de la Costilla" y "Señora que da Vida" se basa en el doble sentido del término ti ("costilla/vida"). Este juego lingüístico ofrece un antecedente temático de la creación de Eva, donde ella es creada de la costilla de Adán y presentada como "madre de todos los vivientes". Aunque en hebreo se pierde la relación etimológica, este paralelismo revela un trasfondo cultural compartido en el Antiguo Próximo Oriente y sugiere una posible influencia sumeria en la configuración simbólica del relato bíblico. Kramer, *The Sumerians,* pp. 147-149 y 292-299.

[115] Kramer, *The Sumerians,* pp. 292-297.

[116] Para un análisis comparativo entre el CH y la legislación mosaica, véanse: M. A. Cook y Arthur Stanley, *The Laws of Moses and the Code of Hammurabi* (London: A & C Black, 1904); C. H. W. Johns, "Three New Books on the Code of Hammurabi, or Babylonian Law", *The Jewish Quarterly Review* 16, n.º 2 (1904): pp. 398–399; R. H. Pfeiffer, "An Analysis of the Hammurabi Code", *The American Journal of Semitic Languages and Literatures* 36, n.º 4 (1920): pp. 310–315.

[117] A continuación, numerosos ejemplos entre el CH, leyes mesopotámicas y la Biblia: La ley del talión (Éxodo, 21, 23-25; Levítico 24, 17-20; Deuteronomio 19, 21 y CH §196; §197; §200)- pena de muerte infligida al autor de un rapto (Éxodo 21, 16 y CH §14) - indemnización equivalente prevista cuando un pastor deja pacer su ganado en el campo de otro sin el acuerdo del propietario (Éxodo 22, 4 y CH §57) - liberación del esclavo tras varios años (Éxodo 21, 2 y Deuteronomio 15,12: tras seis años; CH §117: al cabo de tres años) - responsabilidad civil del agresor (Éxodo 21, 18-19, CH § 206 y LH §16); - restitución de un bien prestado, incluso si éste ha sido robado (Éxodo 22, 6-8 y CH §125) - aborto ocasionado por golpes (Éxodo 21, 22-23, CH §209-210, MAL 21.50 y LH §17); - magia (Éxodo 22, 17; Levítico 20, 27, etc., y MAL §47); - daños causados por el ganado (Éxodo 21,28-32, Ešn 54 y CH §§250-252); - juicio de Dios u ordalía (MAL, 17.22.24; cfr. UN §1). Sobre otros pasajes legales bíblicos que ofrecen semejanzas con el código de Hammurabi podemos citar: - falso testimonio (Deuteronomio 19, 16-19 y CH §§3-4); condena a muerte de la mujer adúltera y de su cómplice (Levítico 20,10; Deuteronomio 22, 22 y CH §129). Vegas Montaner en *la Ley en el Antiguo Israel,* p. 138. Giuseppe Ricciotti, *History of Israel,* (U.S.A.: The Bruce Publishing Company,1955): pp. 204-211.

quemadura por quemadura, herida por herida, y cardenal por cardenal"[118], y presenta un obvio antecedente en el CH donde el principio de proporcionalidad punitiva ya se encontraba sistemáticamente desarrollada.

1.5.1. Relatos bíblicos de sustitución reproductiva

En materia de procreación, los relatos bíblicos de Sara (Génesis 16), Raquel (Génesis 30, 1–6) y Lea (Génesis 30, 9–13) quienes entregaron sus esclavas a sus esposos para darles hijos, están relacionados con las disposiciones jurídicas sumerias y babilónicas. Por ejemplo, el CH, y las Leyes de Lipit-Ishtar, así como diversos contratos matrimoniales neobabilónicos[119]. Estos relatos pueden entenderse como una expresión narrativa de las normas mesopotámicas que regulaban la relación entre la esposa de primer rango y la segunda, esclava o concubina, cuando esta concebía un hijo. La Biblia no contiene una regulación explicita de la sustitución reproductiva. Ello puede explicarse porque los pasajes del Génesis se sitúan en un sistema patriarcal arcaico, en que tales prácticas formaban parte del orden social sin necesidad de codificación expresa. Como ha señalado Jacobus "aunque no se legislaba, si se contemplaba" .

El primer relato del Génesis 16, 1-2, narra la historia de Sara, esposa de Abraham, quien, al no poder concebir, entrega a su marido a su esclava egipcia Agar con la finalidad de obtener descendencia "por medio de ella":

> "Sara, la mujer de Abraham, no le había dado hijos, pero ella tenía una criada egipcia de nombre Agar. Sara dijo a Abraham: «Mira, el Señor me ha hecho estéril, llévate a mi esclava. Quizá yo pueda tener hijos por ella".

En el segundo relato del Génesis 30, 1-6, Raquel, quien, ante su imposibilidad de tener hijos, recurre a su sierva Bilha, bajo la fórmula simbólica de que dé a luz "sobre sus rodillas", gesto que expresa la apropiación jurídica del hijo:

> "Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacob.

---

[118] Díaz-Jiménez, "Arte y derecho, el código de Hammurabi", p .3.
[119] Julius Lewy, "On some institutions of the Old Assyrian empire". *Hebrew Union College Annual*, 27 (1956): pp. 1–79; Roy B. Zuck, *Precious in His Sight: Childhood and Children in the Bible* (Grand Rapids: Baker Books, 1996), p. 51.

> Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto, llamó su nombre Dan".

Por último, el tercero relato Genesis 30, 9-13, Lea, pese a haber concebido hijos, ofrece a su sierva Zilpa para asegurar una mayor descendencia:

> "Viendo Lea que había dejado de dar a luz, tomó a su sierva Zilpa y la dio por mujer a Jacob. Y Zilpa, sierva de Lea, dio a luz un hijo a Jacob. Y Lea dijo: ¡Cuán afortunada! Y le puso por nombre Gad. Después Zilpa, sierva de Lea, dio a luz un segundo hijo a Jacob. Y Lea dijo: Dichosa de mí; porque las mujeres me llamarán bienaventurada. Y le puso por nombre Ase".

En estos relatos se observa que la iniciativa parte de la esposa. Aunque el esposo podía tomar esclavas sin necesidad del consentimiento formal de la mujer, aquí el acuerdo aparece iniciado por la esposa de primer rango. Los hijos de las esclavas Agar, Bilha y Zilpa, no son adoptados, se consideran integrantes legítimos de la descendencia patriarcal. Abraham reconoció a Ismael como su hijo y se refiere a él como tal en varios pasajes, del mismo modo que Jacob consideró hijos propios a los nacidos de sus siervas[120].

En el primer ejemplo, Sara no pudiendo darle hijos a Abraham le ofrece a su esclava egipcia Agar para que conciba en su lugar. Aunque el hijo, Ismael, era biológicamente de Agar, Sara lo asume como propio. Este patrón coincide con lo establecido en los §§145 a 147 del CH donde, si una esposa es infértil puede entregar una esclava a su esposo para darle hijos. Sin embargo, si la esclava pretende equipararse en estatus con la esposa legítima, esta tiene derecho a degradarla o venderla, siempre y cuando todavía no hubiese concebido. La tensión entre Sara y Agar[121] se entiende mejor a la luz del §146 CH:

---

[120] En la Biblia, Abraham se refiere a Ismael como "mi hijo". En Génesis 17, 18, Abraham habla con Dios y le dice "Ojalá Ismael viva delante de ti". Aunque no usa la expresión "mi hijo", Abraham está intercediendo por Ismael con un profundo sentimiento paternal. Él lo considera su hijo y desea que tenga un lugar en el plan divino. También en Génesis 21, cuando Sara pide que expulse a Agar e Ismael, "Este dicho pareció grave en gran manera a Abraham a causa de su hijo". (Génesis 21, 11). En el texto hebreo usa "בְּנֹו" (benó): que significa "su hijo", refiriéndose a Ismael. Jacob también se refiere a sus hijos engendrados por sus siervas como hijos propios en Génesis 46, 18; 46, 25, cuando se enumeran los descendientes de Jacob que fueron a Egipto, se incluye a los hijos de Bilha y Zilpa como parte de los "hijos de Jacob": Y en Génesis 49 en su lecho de muerte, Jacob bendice a todos sus hijos, incluyendo: a Gad y Aser (hijos de Zilpa) y Dan y Neftalí (hijos de Bilha). Zuck, *Precious in His Sight,* p. 97.

[121] "Entonces Sara dijo a Abraham: Mi afrenta sea sobre ti; yo te di mi sierva por mujer, y viéndose encinta, me mira con desprecio. Juzgue Jehová entre tú y yo. Y respondió Abraham a Sara: He aquí, tu sierva está en tu mano; haz con ella lo que bien te parezca. Y como Sara la afligía, ella huyó de su presencia". Génesis 16:5-,6b, 9.

Si el hombre se casa con una nadïtu y ella le ofrece una esclava a su esposo y (la esclava) tiene hijos, en el caso que la esclava aspira a tener el mismo estatus de su ama por haber engendrado hijos, su ama no la venderá, sino que la marcará como esclava y la contará entre sus esclavas[122].

El mismo patrón se repite en el caso de Raquel y Bilha. Es importante destacar que, tanto en los textos bíblicos como en las leyes mesopotámicas, este acto no se consideraba adulterio, ni transgresión moral, sino una práctica legítima y socialmente aceptada para preservar el linaje familiar.

En el tercer relato, aunque Lea ya había concebido hijos, recurre a su esclava Zilpa a fin de asegurar una mayor descendencia. Aunque esta situación esta menos documentada, se aproxima a los contratos matrimoniales neobabilónicos, que, como se vio, regulaban la incorporación de una segunda esposa o concubina para garantizar la procreación.

Estas narraciones son una forma primitiva de gestación por sustitución tradicional, integrada en un marco legal y social de reemplazo reproductivo, en el que la esposa infértil conservaba su estatus de esposa legítima y madre legal, mientras que la esclava actuaba como "útero sustituto"[123], sin derechos sobre el hijo.

Estos ejemplos no deben entenderse como casos aislados o meramente narrativos, sino como testimonios de prácticas jurídicas ampliamente compartidas en el Antiguo Próximo Oriente. En estas sociedades, la infertilidad femenina no se concibe únicamente como una tragedia personal, sino como un problema socio importante. La necesidad de asegurar descendencia era clave para la familia, lo que dio lugar a soluciones que pueden interpretarse como formas tempranas de gestación por sustitución.

---

[122] CH, §146. Roth, *Law Collections,* p. 108. Traducción propia.

[123] Cuando una sirvienta quedaba embarazada, como en el caso bíblico de Agar, se creía que los poderes de fertilidad se transmitían a la esposa. Para que el efecto surtiera resultado, la sierva daba a luz sobre las rodillas de su ama (Génesis 30, 3). Esta práctica debe interpretarse desde una perspectiva sociológica más que mágica, ya que la sirvienta sustituía a la esposa en su función reproductiva. Raphael Patai, *Sex and Family in the Bible and the Middle East* (Garden City, NY: Doubleday, 1959), pp. 1–2. Esta práctica ancestral ha sido relaborada en la ficción contemporánea en la novela distopíca *The Handmaid's Tale* (conocida en español como "El cuento de la criada"), donde la criada mantenía relaciones sexuales con el esposo de su ama y daba a luz sobre las rodillas de ella como representación simbólica de la transmisión de la maternidad. Véase Margaret Atwood, *The Handmaid's Tale* (Toronto: McClelland and Stewart, 1985). En dicho contexto, la infertilidad de las esposas obliga a recurrir a mujeres fértiles para asegurar la reproducción social. La analogía pone de relieve la continuidad estructural entre determinadas soluciones reproductivas del pasado y su reinterpretación literaria en clave futurista, evidenciando que no se trata de una invención puramente ficticia, sino de una reelaboración de prácticas históricas documentadas.

Como se ha puesto de manifiesto, la Biblia, lejos de constituir un cuerpo legislativo autónomo, reelaboró tradiciones mesopotámicas preexistentes, adaptándolas a su propio marco religioso. De este modo, la reproducción por sustitución en el Antiguo Testamento puede entenderse como una institución de amplia difusión en la región, reinterpretada dentro de la narrativa bíblica para subrayar la intervención divina.

1.5.2. La Ley del Levirato

En los textos bíblicos es importante analizar el pasaje de Deuteronomio 25, 5-10, perteneciente al Pentateuco, que regula la Ley del Levirato, una antigua práctica vinculada al matrimonio y a la descendencia.

La palabra levirato proviene del término *levir*[124] que significa "cuñado" y la costumbre consistía en que, si un hombre fallecía sin descendencia, su hermano debía casarse con la viuda para engendrar un hijo que fuese considerado heredero del difunto. De este modo se aseguraba la continuidad de la tribu y la sucesión. En ausencia de hermanos, el suegro o incluso otro pariente próximo podía asumir esta función. La negativa a cumplir con esta obligación estaba socialmente sancionada: el hermano que rehusaba ejercer el levirato era deshonrado públicamente, se le descalzaba una sandalia y su familia quedaba marcada como "la familia del descalzo".

Un precedente de esta institución se encuentra en la historia de Judas y Tamar (Génesis 38). Tras la muerte de Er, esposo de Tamar sin descendencia, su hermano Onan debía cumplir con esta costumbre, pero rehusó casarse con Tamar, por lo que Dios le castigó con la muerte. Judas, suegro de Tamar, temeroso de perder también a su tercer hijo Selá, no quiso entregarlo en matrimonio. Finalmente, Tamar engañó a Judas y tuvo sus mellizos, cumpliendo así con la ley. El principio fundamental del levirato es la prohibición de que los hijos sean procreados fuera del clan familiar[125].

---

[124] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, s. v. "levirato".

[125] Ejemplo de ello se recoge en Tobías 4,12: "Guárdate, hijo mío, de toda fornicación, y escoge por mujer, entre la descendencia de tus padres; no tomes mujer extranjera, que no sea de la tribu de tu padre, porque nosotros somos hijos de los profetas. Noé, Abraham, Isaac y Jacob, nuestros padres desde el principio, todos tomaron mujeres de su parentela, y fueron bendecidos en sus hijos, y su descendencia poseerá la tierra". Y en 36, 6-8:" Esto es lo que ha mandado Jehová acerca de las hijas de Zelofehad, diciendo: Cásense como a ellas les plazca,

Según Ruiz Morell[126], el levirato puede relacionarse con patrones culturales más amplios, como la poliandria fraterna, en la que todos los hermanos de una familia se unían a una misma mujer, de modo que los hijos eran considerados propiedad de la comunidad familiar[127]. La autora también menciona la idea de la telegonía, como la pervivencia simbólica del difunto a través de los hijos concebidos por el hermano, bajo la creencia de que el alma y la esencia vital del fallecido fecundaba a la viuda a través de otro hombre[128]. En estas sociedades patriarcales se establecía un derecho de propiedad sobre la mujer, siendo la esposa un bien más del esposo fallecido, un activo de su herencia que era trasmitida como posesión. Este modelo familiar se fundamenta en el derecho de propiedad y en la finalidad procreativa de la mujer. De este modo, cuando la viuda tenía un hijo con su cuñado, este llevaba el nombre del hermano muerto y era considerado hijo biológico "subrogado" y heredero póstumo[129].

La práctica del levirato no fue exclusiva de Israel. Se documenta también en otros ordenamientos del Antiguo Próximo Oriente, como se ha comprobado en las Leyes Hititas y Asirias Medias[130] así como en el sistema legal del Imperio iranio (Persia), donde existían practicas matrimoniales similares[131]. En estos sistemas, cuando una mujer quedaba viuda o su

---

pero en la familia de la tribu de su padre se casarán. Para que la heredad de los hijos de Israel no sea traspasada de tribu en tribu; porque cada uno de los hijos de Israel estará ligado a la heredad de la tribu de sus padres. Y cualquiera hija que posea heredad en las tribus de los hijos de Israel, con alguno de la familia de la tribu de su padre se casará, para que los hijos de Israel posean cada uno la heredad de sus padres".

[126] Olga Ruiz Morell, "El levirato: del mundo bíblico al judaísmo clásico", *Miscelánea De Estudios Árabes Y Hebraicos. Sección Hebreo* (Universidad de Granada, 2008): pp. 214 y ss.

[127] E. Martín López, Textos de sociología de la familia: Una relectura de los clásicos (Linton, Tönnies, Weber y Simmel) (Madrid, 1993), pp. 78 y ss.

[128] Ruiz Morell, "El levirato", p. 215.

[129] Miguel Ángel Tabet, *Introducción al Antiguo Testamento. I. Pentateuco y Libros Históricos* (Madrid: Ed. Palabra, 2008), p. 368; A. Beleña López, *Sociopolítica del hecho religioso* (Madrid: Ed. Rialp, 2007), p. 120.

[130] LH, §193: Si un hombre tiene esposa y el hombre muere, su hermano tomará a su viuda por esposa. (Si el hermano muere,) su padre la tomará. Cuando el padre muera, su hermano (del padre) tomará a la mujer que él tenía. Roth, *Law Collections*, p. 236. MAL §30: Si un padre ha entregado el regalo nupcial de matrimonio y lo ha presentado en la casa del padre de la futura esposa de su hijo, pero la mujer aún no ha sido entregada a su hijo, y otro de sus hijos, cuya esposa aún vive en casa de su propio padre, muere, entonces deberá entregar a la esposa del hijo fallecido al hogar del segundo hijo, es decir, al hijo para quien ya había entregado el regalo nupcial a su futuro suegro. Si el padre de la hija decide no entregar a su hija en matrimonio debido a este cambio de circunstancias, entonces el padre podrá, si así lo desea, tomar a su nuera (la viuda del hijo fallecido) y casarla con su otro hijo. Y si así lo prefiere, podrá recuperar los bienes entregados, plomo, plata, oro y cualquier otra cosa que no sea comestible, en las cantidades originalmente dadas. No podrá reclamar nada de lo que fuera comestible. Driver y Miles, *The Assyrian Laws,* pp. 399-40. Traducción propia.

[131] Ruiz Morell, "El levirato", p. 216; Julio Mangas Manjarrés, dir., *Akal historia del mundo antiguo.* (Madrid: Ed. Akal, 1991), p. 16; Katarzyna Maksymiuk, "Marriage and Divorce Law in Pre-Islamic Persia: Legal Status of the Sassanid Woman (224–651 AD)", *Cogent Arts & Humanities* 6 (2019): 1703430 (article ID) ; David Powers, "From Nuzi to Medina: Q. 4:12b, Revisited", en *Structures of Power: Law and Gender Across the Ancient Near East and Beyond,* ed. Peled Ilan (Chicago: The Oriental Institute of the University of Chicago, 2015), pp. 200-202; Daniel. T. Potts, *Aspects of Kinship in Ancient Iran* (Oakland: University of California Press, 2023), pp. 45–46,

esposo era estéril, podía volver a casarse, pero seguía legalmente vinculada a su primer esposo. El motivo de este segundo matrimonio era concebir con otro hombre hijos que pertenecerían al primer esposo, vivo o muerto[132]. No se trataba de una disolución plena del vínculo previo, sino de una fórmula legal destinada a suplir la ausencia de descendencia legítima. Algunas fuentes incluso mencionan matrimonios simbólicos con jóvenes difuntos sin descendencia, en los que la mujer concebía con otro hombre, y el hijo era legalmente atribuido al muerto[133], reforzando la idea que la filiación podía construirse legalmente al margen de la estricta paternidad biológica.

Esta fórmula irania presenta analogías con el levirato bíblico, en cuanto ambas perseguían preservar el nombre y la herencia del difunto. También puede compararse, con matices, con la práctica romana de la cesión temporal de la esposa, que será analizada en el capítulo sobre Roma. En el caso romano, el objetivo era de un carácter más patrimonial o de alianzas entre varones vivos, mientras que en el levirato y en ciertos modelos iranios el acento recae sobre la continuidad simbólica y jurídica del esposo ausente y fallecido.

En el marco del derecho y la cultura del Antiguo Próximo Oriente, el levirato, tal como se describe en Deuteronomio 25, 5-6, constituye una institución destinada a preservar el nombre del difunto dentro del grupo familiar:

> 5. Cuando hermanos habitaren juntos, y muriere alguno de ellos, y no tuviere hijo, la mujer del muerto no se casará fuera con hombre extraño; su cuñado se llegará a ella, y la tomará por su mujer, y hará con ella parentesco. 6. Y el primogénito que ella diere a luz sucederá en el nombre de su hermano muerto, para que el nombre de este no sea borrado de Israel[134].

Este pasaje puede interpretarse, en términos comparativos, como una forma primitiva de sustitución reproductiva en clave masculina, pues en él se aprecia una disociación entre paternidad biológica y paternidad jurídica: quien engendra no es, en sentido pleno, el titular de la filiación. El levirato constituía una solución destinada a resolver el mismo problema social:

---

[132] Maria Macuch, "The Function of Temporary Marriage in the Context of Sasanian Family Law", en *Proceedings of the Fifth Conference of the Societas Iranologica Europe Held in Ravenna, October 6–11, 2003*, vol. 1, *Ancient and Middle Iranian Studies*, ed. A. Panaino y A. Piras (Milano: Mimesis, 2006), pp. 585–597.
[133] Maria Macuch, "The Pahlavi Model Marriage Contract in the Light of Sasanian Family Law", en *Iranian Languages and Texts from Iran and Turan: Ronald E. Emmerick Memorial Volume*, ed. M. Macuch, M. Maggi y W. Sundermann (Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2007), pp. 183–204.
[134] Deuteronomio 25, 5–6.

la falta de varones en sociedades patriarcales y el riesgo que ello implicaba para la continuidad familiar. En ambos casos, la progenie dependía de la intervención de un tercero que asumía la función generativa. Ahora bien, mientras en la sustitución reproductiva femenina otra mujer gestaba el hijo destinado a la esposa principal, en el levirato la intervención recaía en el hermano del difunto que actuaba únicamente como generador biológico. En estos supuestos, la biología queda subordinada a la construcción social y jurídica de la filiación. Tanto el levirato como la utilización de otra mujer para concebir pueden considerarse, modalidades antiguas funcionalmente análogas, con las debidas diferencias históricas a la gestación por sustitución contemporánea. La diferencia fundamental es que, en el primer caso se recurre a la capacidad reproductiva masculina y en el segundo al útero femenino. Así, el levirato puede entenderse, como una forma masculina de sustitutiva reproductiva: un mecanismo culturalmente regulado por el que la capacidad procreadora de un varón se pone al servicio de otro, con el fin de asegurar descendencia y preservar el nombre del difunto.

Con todo, las divergencias entre ambas prácticas no se encuentran en la finalidad que persiguen como en el marco cultural y jurídico en que se insertan. La sustitución materna que aparece en los relatos patriarcales opera como respuesta a la infertilidad femenina, pero no llega a configurarse como precepto jurídico dentro de la legislación mosaica. El levirato, en cambio, sí recibe formulación normativa expresa en Deuteronomio 25, 5–10 además de un posterior desarrollo interpretativo en la tradición hebrea. Es decir, en los episodios en los que una esclava concibe en lugar de la esposa principal, estas situaciones se transmiten en clave narrativa y no como disposiciones legales. De este modo la sustitución reproductiva permanece en el ámbito del relato reflejando prácticas familiares propias de un horizonte social anterior, cuya legalización no aparece sistematizada en el cuerpo legislativo del Pentateuco. El levirato, en cambio, sí se integra en el sistema jurídico israelita como institución normativa. La diferencia no radica únicamente en el género de quien asume la función reproductiva, sino también en el plano en que cada practica se articula: en un caso, como obligación codificada; en el otro, como práctica narrada. No será hasta siglos más tarde y en un contexto completamente distinto, que la sustitución reproductiva femenina vuelva a recibir reconocimiento legal en Israel con el desarrollo de la biomedicina y de la regulación contemporánea de la reproducción asistida.

1.6. Otras civilizaciones de la antigüedad

El análisis de la sustitución reproductiva no se agota en las civilizaciones mesopotámicas ni en la tradición bíblica. Otras culturas del Mediterráneo antiguo, como Egipto o Esparta, desarrollaron también mecanismos destinados a garantizar la descendencia, aunque con enfoques distintos: más centrados en prácticas sociales y religiosas que en formulaciones jurídicas sistemáticas. Su estudio permite ampliar el marco comparativo y confirmar que la preocupación por la descendencia y las soluciones articuladas para suplir la falta de hijos constituyen una constante transversal en las civilizaciones antiguas.

1.6.1. Antiguo Egipto

A diferencia de Mesopotamia, Egipto, no desarrolló un cuerpo legislativo comparable a los grandes códigos orientales que regulara la sustitución reproductiva. Sin embargo, la documentación privada muestra como las familias buscaban soluciones para asegurar la descendencia. En el Antiguo Egipto, las prácticas matrimoniales y reproductivas también estaban vinculadas al linaje. Cuando un matrimonio no tenía descendencia, el esposo, con el consentimiento de su esposa, podía tener hijos con otra mujer, y estos, se consideraban legítimos tras la muerte del padre[135]. No existe constancia de una institución codificada, pero, al igual que en civilizaciones anteriores, se observan métodos para asegurar la continuidad familiar mediante esposas secundarias, concubinas o esclavas, cuyos hijos eran *a posteriori,* reconocidos o adoptados por la esposa principal.

Diodoro Sículo, historiador griego del siglo I a. C., describe estas costumbres en su Biblioteca Histórica (1.6)[136]. Señala que, mientras los sacerdotes solo podían tener una esposa, el resto de los hombres podían tomar varias, ya que había un deber cívico de aumentar la población. Añade que ningún niño era considerado bastardo, incluso si nacía de una esclava, pues la paternidad determinaba la filiación, mientras que la madre proporcionaba únicamente el espacio y el sustento para la gestación.

Durante el periodo faraónico, era costumbre en la realeza los matrimonios consanguíneos entre hermanos e incluso entre padres e hijas. Diversas inscripciones muestran que las esposas del

[135] Westbrook, "The Character of Ancient"., p. 52; Panos D. Bardis, "Marriage and Family Customs in Ancient Egypt: An Interdisciplinary Study: Part I", *Social Science* 41, n. º 4 (1966): p. 233.
[136] Diodoro Siculo, *The Historical Library of Diodorus the Sicilian*, trans. G. Booth (London: W. M'Dowall for J. Davis, 1814), p. 82.

faraón recibían el título de "hermana"[137]. La razón de tal conducta incestuosa respondía a la creencia de que el linaje real se transmitía por vía femenina y que sus uniones debían realizarse con mujeres pertenecientes a la propia familia. Esta endogamia respondía a la necesidad de mantener la pureza de la sangre divina del heredero y evitar mezclas con estirpes externas[138]. Amenhotep I y su sucesor Tutmosis II, contrajeron matrimonio con sus hermanas, mientras que Ramsés II lo hizo con alguna de sus hijas. La consecuencia era la elevada mortalidad materna e infantil que reducía la descendencia real a un número muy limitado[139].

La poligamia también estaba permitida, y en la corte, junto a la esposa principal coexistían mujeres de rango inferior que podían engendrar los hijos del faraón. Estos hijos podían ser integrados en la familia y reconocidos dentro de la jerarquía sucesoria, aunque con menos opciones de acceder al trono en caso de existir un heredero nacido de la unión principal[140].

En este contexto destaca el llamado Papiro de Adopción[141] fechado en el reinado de Ramsés XI (c. 1126 a 1108 a. C.). El documento conserva dos memorandos redactados en momentos distintos. El primero recoge la declaración formal de un esposo llamado Nebnefer que adopta a su esposa Rennefer, para asegurar sus derechos sobre el patrimonio común y así excluir a los parientes consanguíneos de futuras reclamaciones[142]. El segundo, fechado dieciocho años más tarde, describe la compra conjunta de los esposos de una esclava que dio a luz tres hijos. La

---

[137] Jaroslav Černý, "Consanguineous Marriages in Pharaonic Egypt", *The Journal of Egyptian Archaeology* 40 (1954): pp. 23–29; Gay Robins, *Women in Ancient Egypt* (London: British Museum Press, 1998), pp. 26-27, 29.

[138] Russell Middleton, "Brother-Sister and Father-Daughter Marriage in Ancient Egypt", *American Sociological Review* 27, n.º 5 (1962): pp. 603–611; Betsy M. Bryan, "In Women Good and Bad Fortune Are on Earth", en *Mistress of the House, Mistress of Heaven: Women in Ancient Egypt,* ed. Anne K. Capel y Glenn Markoe (New York: Hudson Hills Press, 1996), pp. 26-27,29, 31-32.

[139] Esto se ha demostrado a través de las inscripciones, jeroglíficos y objetos depositados en las tumbas de los faraones y familias pertenecientes a la alta sociedad. Keith Hopkins, "Brother-Sister Marriage in Roman Egypt", *Comparative Studies in Society and History* 22, nº 3 (1980): p. 305

[140] Robins, *Women in Ancient Egypt,* pp. 27-28, 64-67; Panos D. Bardis, "Marriage and Family Customs in Ancient Egypt: An Interdisciplinary Study: Part I". *Social Science*, 41, nº 4 (1966): pp. 232–233.

[141] El llamado Papiro de Adopción (dinastía XX, reinado de Ramsés XI) constituye uno de los documentos privados más interesantes para el estudio del derecho de familia en el Antiguo Egipto. Un mecanismo privado de reconfiguración de la filiación que, aun sin constituir una institución regulada de gestación por sustitución, revela una concepción flexible de la maternidad jurídica en el Egipto faraónico Este papiro de adopción se conserva en el Museo Ashmolean (Universidad de Oxford). Alan H. Gardiner, "Adoption Extraordinary", *The Journal of Egyptian Archaeology,* 26 (1940): pp. 23–29, cit., C. J. Eyre, "The Adoption Papyrus in Social Context", *The Journal of Egyptian Archaeology,*78 (1992): pp. 207–21; Jacobus, *Slave wives,* pp. 70-71; Eugene Cruz-Uribe, "A New Look at the Adoption Papyrus", *The Journal of Egyptian Archaeology* 74 (1988): pp. 220–223.

[142] P. Ashmolean Museum 1945.96, rto. II, 3-4, "mi marido... él me hizo su hija", cit., por Eyre, "The Adoption Papyrus in Social Context" pp. 207–21.

esposa declara haberlos criado, manumitido, integrado en la herencia familiar, y protegido de cualquier reclamación por parte de su familia biológica.

Aunque el Papiro no menciona de forma explícita la infertilidad de la esposa como causa para adquirir a la esclava, el hecho que el matrimonio declarase no tener hijos permite considerar la hipótesis que la compra estuviera orientada a su función reproductiva. En Egipto, la falta de descendencia tenía importantes implicaciones, ya que la continuidad familiar constituía el pilar del orden social.

Diversos estudios han señalado que este tipo de acuerdo puede interpretarse como solución para evitar el divorcio de una esposa sin hijos, protegiendo su posición económica y social mediante la incorporación de otra mujer destinada a la producción de herederos[143]. En este sentido la compra de la esclava y el reconocimiento posterior de los hijos no resultarían hechos fortuitos, sino parte de una estrategia doméstica orientada a preservar el linaje sin alterar el estatus de la esposa principal y la sucesión. No se trataría de una sustitución reproductiva institucionalizada, sino de una función orientada a producir herederos. La posterior adopción y manumisión de los hijos muestra que la filiación en el Egipto faraónico podía redefinirse por vía formal más allá del vínculo biológico. El resultado es análogo al observado en otras culturas del Antiguo Próximo Oriente: asegurar descendencia mediante una mujer distinta de la esposa principal.

La comparación con Mesopotamia permite comprender mejor el alcance del caso egipcio y situarlo dentro de una cultura más extensa. En los códigos mesopotámicos especialmente en el CH y las Leyes de Lipit-Ishtar, la falta de descendencia se formula de manera expresa como un problema jurídico. Cuando la esposa no proporciona hijos, se contempla la posibilidad de que el marido tenga descendencia con otra mujer. El Derecho regula la jerarquía entre la esposa principal y la mujer gestante, así como el estatuto jurídico de los hijos nacidos de esa unión. Son soluciones normativamente previstas, redactadas en forma condicional y acompañadas de consecuencias precisas en materia de filiación y herencia.

En el ámbito bíblico, aunque no encontramos una formulación legislativa comparable, los relatos patriarcales reproducen esa misma lógica. Cuando la esposa principal no puede concebir, se recurren a la esclava para asegurar descendencia, integrados a los hijos nacidos de

---

[143] Robins, *Women in Ancient Egypt,* pp. 62-63.

estas uniones como legítimos. La práctica aparece narrada, no codificada, pero responde al mismo principio: preservar el linaje y garantizar la transmisión patrimonial. La biología, de nuevo, queda subordinada a la filiación.

El caso egipcio, por su parte, no ofrece una regulación codificada de este mecanismo, pero el Papiro de Adopción muestra una solución privada que alcanza un resultado similar. Así, mientras Mesopotamia legisla la solución, y la tradición bíblica la narra, Egipto la formaliza en un documento privado. Las tres tradiciones revelan una misma preocupación: la continuidad de la estirpe como fundamento del orden familiar y patrimonial. La diferencia no reside en la finalidad perseguida, sino en el grado de explicitación normativa.

Desde esta perspectiva, el Antiguo Egipto no ofrece una institución autónoma de sustitución reproductiva, pero sí confirma que, en el marco cultural del Antiguo Próximo Oriente, existían soluciones destinadas a producir herederos mediante mujeres subordinadas, e incluyendo a los hijos en la casa del matrimonio principal.

1.6.2. La poliandria en Esparta

En el contexto de la civilización griega, y pese a su papel esencial en la configuración del pensamiento jurídico occidental, las fuentes conservadas no ofrecen una regulación normativa de la reproducción y filiación comparable a la mesopotámica. Las referencias disponibles proceden, fundamentalmente, de las fuentes literarias[144] y la historiografía más que de disposiciones organizadas. No obstante, su análisis es clave para comprender cómo otras culturas de la Antigüedad gestionaron, los problemas asociados a la reproducción y la filiación[145]. En este sentido, el modelo espartano constituye un ejemplo de prácticas reproductivas próximas a la poliandria.

A diferencia del levirato, regulado en textos jurídicos como el Pentateuco, las prácticas espartanas de corte poliándrico no se encuentran recogidas en normas, sino que se conocen a través de autores como Plutarco o Jenofonte. Estas costumbres no fueron homogéneas en el mundo griego: mientras que en Atenas predominaba un modelo monógamo estricto, en Esparta

[144] La literatura trágica como Andrómaca o Ion de Eurípides ilustran preocupaciones en torno a la infertilidad, la legitimidad y la sucesión, pero no constituyen fuentes jurídicas en sentido estricto.
[145] Nick Hopwood, Rebecca Flemming y Lauren Kassell, *Reproduction: Antiquity to the Present Day* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 81-94.

se desarrolló modelos orientados a asegurar una descendencia que sirviera a los intereses de la *polis*.

En Atenas, la prioridad era la preservación del patrimonio familiar (*oikos*). Ante la ausencia de herederos varones[146], se recurría a la figura de la hija epíclera[147]: si un hombre fallecía dejando solo hijas, una de ellas debía unirse al pariente varón más cercano del padre, incluso si ya estaba casada, de manera que el primer hijo nacido de dicha unión fuera considerado legalmente descendiente del difunto y, por tanto, su heredero. Esta práctica ha sido interpretada como una forma de adopción póstuma[148], cuyo objetivo era preservar la línea familiar masculina y presenta claras analogías funcionales con el levirato.

Por el contrario, en Esparta, la reproducción se subordinaba a la eugenesia y la fortaleza del cuerpo social. Las fuentes clásicas señalan que, en determinados casos, se permitía a una mujer casada mantener relaciones con otros hombres con el consentimiento de su esposo, especialmente si se consideraba que ello favorecía una descendencia más apta. Asimismo, era común la poliandria fraternal, donde una mujer podía estar unida a varios hermanos[149] para evitar la fragmentación de las tierras familiares. Incluso, hombres de edad avanzada podían autorizar que su esposa se uniera a un varón más joven y vigoroso con el fin de procrear.

La poliandria[150] no es un fenómeno exclusivamente antiguo. En la actualidad, estudios antropológicos como los de K. Starkweather y R. Hames[151], identifica más de cincuenta grupos humanos que practican formas de poliandria, especialmente en su variante fraternal. Estas

---

[146] Plutarco, *Solón,* 20, 2, "da facultad a la huérfana que heredaba, si el que era ya su dueño y su marido según la ley había antes caído en impotencia, de ayuntarse con los parientes de éste... siendo asimismo muy bien dispuesto que no con cualquiera sino con un pariente se ayuntase la huérfana, para que los hijos fuesen de la misma casa y linaje". Esto significaba que si una heredera en el caso de que el hombre bajo cuyo poder se encuentre no pueda esposarse con ella por ser impotente se case con uno de sus parientes más próximos. *Vidas paralelas*, trad. Antonio Ranz Romanillos (Madrid: Imprenta Real, 1821).

[147] Jesús Cepeda, "Transmisión hereditaria a través de la mujer en la Grecia clásica", *Espacio, Tiempo y Forma. Serie II, Historia Antigua* 13 (2000): pp. 172-174.

[148] Panos D. Bardis, "The Ancient Greek Family", *Social Science* 39, nº 3 (1964): p. 171

[149] Polibio, *Historias. Libros V–XV*, trad. Manuel Balasch Recort (Madrid: Gredos, 1997), p. 410.

[150] Según la Real Academia Española, *poliandria* es el "estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres". *Diccionario de la lengua española*, s.v. "poliandria".

[151] K.E. Starkweather y R. Hames, analizan cómo la poliandria, aunque rara, se presenta en diferentes culturas y desafía las teorías tradicionales sobre las relaciones y la evolución humana. Los autores exploran las razones económicas, sociales y ecológicas que pueden influir en la existencia de estos matrimonios poliándricos, destacando su importancia en la diversidad de prácticas matrimoniales humanas. Según los autores la poliandria se practica en varias sociedades, como algunas comunidades en el Himalaya, partes de la Polinesia, y entre los pueblos indígenas de América del Sur. K.E. Starkweather y R. Hames, "A Survey of Non-Classical Polyandry", *Human Nature* 23, n. º 2 (2012): pp. 149–172.

estructuras suelen responder a factores ecológicos y económicos, como la necesidad de mantener la tierra dentro de la familia o gestionar recursos limitados.

En conclusión, estas prácticas, reflejan una preocupación persistente por la preservación del linaje y el patrimonio mediante estrategias reproductivas que se apartan del modelo monógamo convencional. En estas sociedades, la reproducción no se concebía como una cuestión privada, sino como un elemento clave en la organización social, donde la función reproductiva femenina quedaba subordinada a intereses familiares, patrimoniales o colectivos. Así, la poliandria constituye una manifestación de cómo las normas culturales han condicionado históricamente la maternidad y el uso del cuerpo femenino.

1.7. De Oriente a Roma: continuidad de modelos familiares y reproductivos

El análisis de la legislación del Antiguo Próximo Oriente constata una notable pervivencia de sus sistemas jurídicos a lo largo de los siglos. A diferencia de la volatilidad del derecho contemporáneo que evoluciona con rapidez al compás de los avances tecnológicos e ideológicos, las estructuras legales de la Antigüedad conservaron una estabilidad prolongada de sus principios básicos durante varios períodos históricos. Las primeras leyes escritas surgieron en comunidades muy organizadas y con una tradición consolidada, y pese a los conflictos bélicos y los cambios dinásticos, su base jurídica permaneció estable durante más de tres milenios[152]. En este proceso, la invención de la escritura fue decisiva, pues hizo posible codificar y preservar un derecho que, aunque arraigado en la costumbre, hallo en el texto escrito un instrumento de consolidación de las normas y facilitó su transmisión [153].

El vasto corpus de tablillas cuneiformes procedentes de distintas ciudades y épocas confirma la solidez del derecho mesopotámico. Contratos, capitulaciones matrimoniales, testamentos y recopilaciones legales muestran una continuidad sorprendente, hasta el punto de que normas de los primeros documentos sumerios reaparecen, con mínimas variaciones en legislaciones muy posteriores. Los distintos cuerpos normativos redactados con siglos de diferencia tienen

[152] Westbrook, "The Character of Ancient", p. 22.
[153] Michael Jursa, 'Cuneiform Writing in Neo-Babylonian Temple Communities', en *The Oxford Handbook of Cuneiform Culture,* ed. Karen Radner y Eleanor Robson (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 184-186.

reglas y prácticas muy parecidas, e incluso algunas cláusulas que, tras desaparecer, vuelven a aparecer en otros contextos sin conexión directa aparente[154].

Esta cultura jurídica no se limitó al entorno mesopotámico, sino que se expandió hacia otras regiones donde, aun con diferencias lingüísticas y culturales, se adaptaron principios comunes. La persistencia de fórmulas y soluciones análogas confirma la existencia de una herencia legal compartida, y resalta el papel central del derecho como vehículo de cohesión en estas civilizaciones[155].

A lo largo de este capítulo se ha observado como estas sociedades desarrollaron estrategias para gestionar la falta de descendencia y garantizar la continuidad del linaje. Entre ellas destacan las prácticas relacionadas con la fertilidad, la procreación como finalidad del matrimonio y las soluciones ante la falta de hijos, tales como el divorcio, las segundas nupcias o la intervención reproductiva de terceras personas. Asimismo, se ha examinado la posición jurídica de la prole y la distinción entre filiación legítima y no legítima, todo ello bajo un modelo patriarcal donde la autoridad masculina y la necesidad de garantizar la sucesión moldeaba la organización familiar.

Un aspecto central es la sustitución reproductiva, fenómeno que, aunque no siempre fue objeto de codificación expresa, constituyo una praxis real y recurrente. La persistencia de sus principios en ordenamientos posteriores indica que respondía a necesidades sociales reales que transcendían la norma escrita. La transmisión de estas tradiciones de generación en generación

---

[154] Un ejemplo significativo es la reaparición en Nuzi, en el segundo milenio, de una cláusula penal ya documentada en el tercer milenio sumerio. Véase Jo Ann Hackett y John Huehnergard, "On Breaking Teeth". *Harvard Theological Review* 77, no. 3–4 (1984): p. 265.

[155] La persistencia de fórmulas como "su corazón está satisfecho", presente en contratos de distintas épocas y áreas culturales, confirma la transmisión de modelos jurídicos estandarizados que superaron fronteras lingüísticas y cronológicas. Véase Raymond Westbrook y Bruce Wells, *Everyday Law in Biblical Israel: An Introduction*, (Louisville, KY: Westminster John Knox Press, 2009), pp. 2-4, 20-34. La traducción de un contrato matrimonial de la antigua Babilonia fechada en la época de Samsuiluna, el hijo de Hammurabi, en Sippar. «Bashtum, la hija de Belizunu, la sacerdotisa del templo del dios Shamash, ha tomado a Rimun, el hijo de Shamkhatum, para hacer vida conyugal. (...) siclos de plata como su tirkha tum ha recibido anteriormente. Su corazón está satisfecho. Si Bashtum dice a Rimun, su marido: "no eres tú mi marido", Klíma, *Sociedad y cultura*, pp., 200-201. En el libro de Muffs y Baruch vemos la conexión de este término cuando comenta "se ha dado prioridad al término *fyb /bby* también porque, de las tres frases, es probablemente la más adecuada para un análisis jurídico comparativo. Tiene análogos reconocidos en el babilonio antiguo *libbaSu tab* «su corazón (el del vendedor) está satisfecho» y el demótico *dj. k-mtj h3tj (. i)* «Tú (el comprador) has satisfecho mi corazón»!) Aunque la relación entre los términos arameos y los demóticos no está del todo clara, casi todos están de acuerdo en que estos últimos términos se derivan en última instancia del modelo cuneiforme más antiguo". Yochanan Muffs y Baruch A Levine, *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine* (Leiden: Brill, 2003), pp. 24-25 y 150-151.

reforzó la estabilidad de unas sociedades cuyas bases jurídicas descansaban en fundamentos compartidos[156].

En consecuencia, las practicas examinadas en este capítulo no deben ser tratadas como fenómenos aislados ni como curiosidades históricas, sino como precedentes jurídicos de larga duración que ayudan a comprender mejor la evolución posterior del derecho de familia. La comparación realizada muestra que en ellas ya estaban presentes elementos que después reaparecerán en el derecho romano: la procreación como causa o finalidad del matrimonio, la preocupación por la legitimidad de los hijos, la intervención de terceros en la obtención de descendencia y la necesidad de preservar la continuidad del grupo familiar. Desde esta perspectiva, el análisis del derecho romano que se estudia en el capítulo siguiente no constituye una ruptura, sino un desarrollo ulterior de problemas jurídicos ya planteados en los ordenamientos más remotos de la Antigüedad.

1.7.1. Los códigos mesopotámicos y su influencia en el Derecho Romano.

La continuidad jurídica descrita en el epígrafe anterior encuentra su expresión más clara en la relación entre el CH y la posterior Ley de las XII Tablas. El tratamiento del derecho de familia en el CH revela el alto grado de elaboración técnica alcanzado en Mesopotamia y acredita la existencia de compilaciones escritas muchos siglos antes de la Ley de las XII Tablas. Ambos ordenamientos se basaban sobre un fondo consuetudinario, pero, mientras los romanos procedieron a su formulación en el siglo V a.C., las civilizaciones mesopotámicas habían desarrollado ya corpus jurídicos complejos. En este sentido, el CH testimonia la capacidad legislativa de la civilización babilónica, anticipándose al derecho romano en cerca de dos milenios.

Raymond Westbrook[157] ha defendido que las XII Tablas deben situarse dentro de una tradición normativa común, iniciada en el Antiguo Próximo Oriente y que las afinidades con los "códigos" mesopotámicos se aprecian tanto en la forma como en el contenido. En esa misma línea, Escobar Córdoba[158], recoge esta interpretación al subrayar la relevancia histórica del

---

[156] Kramer*, The Sumerians,* p. 289.
[157] Raymond Westbrook, "The Nature and Origins of the Twelve Tables", en *Law from the Tigris to the Tiber: The Writings of Raymond Westbrook*, eds. F. Rachel Magdalene and Bruce Wells (University Park: Penn State University Press, 2009), pp. 21-72.
[158] Federico Escobar-Córdoba, "La esquiva definición del derecho, a la luz de los códigos mesopotámicos",, *Universitas* 57, n.º 117 (julio-diciembre 2008): p. 82.

derecho mesopotámico, y recuerda, además, la posición de Lara Peinado[159], quien formula también, en términos generales, la idea de una influencia del CH sobre la Ley de las Xll Tablas. Por su parte, Klima[160] sostiene que el CH continúa siendo una de las obras monumentales de derecho del Antiguo Próximo Oriente, cuyo grado de extensión y sistematización solo fue superada siglos después por el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (s. VI d. C) que culminó el proceso de compilación del derecho romano.

La cuestión gira en torno a la naturaleza de las fuentes de producción normativa antiguas[161] y su pertenencia a un mismo género literario[162]. La existencia de varios códigos cuneiformes, junto con los preceptos bíblicos (Éxodo 21, 2-22,6 y Deuteronomio 21, 1 -25.11) y la propia Ley de las XII Tablas, indica que todos ellos forman parte de una tradición jurídica compartida, lo que impide concebir la formación del derecho romano como un proceso aislado o desvinculado de antecedentes institucionales ya consolidados.

La notable similitud estructural y temática entre los distintos cuerpos de leyes mesopotámicos los hace parte de una misma tradición jurídica y literaria. Yoffree recuerda que fueron redactados en al menos tres lenguas distintas y abarcaron un periodo cercano a los dos mil años, desde las Leyes de Ur-Namma (ca. 2100 a.C.) hasta las Leyes neobabilónicas[163] (siglo VI a.C.). lo que indica la persistencia de un modelo de justicia común adaptado a contextos históricos cambiantes.

La opinión académica dominante, respaldada por Drapkin, sostiene que el CH no solo compilaba disposiciones anteriores al tiempo que introducía elementos innovadores propios. En este sentido, "no es exagerado afirmar que las disposiciones legales y las procesales de los sumerios sirven de base importante para las legislaciones modernas en materia civil, criminal y mercantil y aun, en menor proporción, al Derecho internacional"[164]. Westbrook, va más allá y destaca que el derecho mesopotámico desempeño un papel fundamental en el desarrollo de

[159] Federico Lara Peinado. *Código de Hammurabi*. (Madrid: Tecnos, 1992), p. 58.
[160] Josef Klíma, *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia*, trad. Matilde Moreno, 4.ª ed. (Madrid: Akal, 1995), p. 188.
[161] Westbrook, "The Character of Ancient", pp. 1-4.
[162] Westbrook, *Studies in Biblical*, pp. 1-2.
[163] Norman Yoffee, "Context and Authority in Early Mesopotamian Law", en *State Formation and Political Legitimacy*, eds. Ronald Cohen y Judith D. Toland (New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1988), pp. 95-108.
[164] Drapkin", Los Códigos pre-hamurábicos*",* p. 339.

las dos principales tradiciones jurídicas occidentales posteriores: el *common law* y el derecho civil.

CAPÍTULO 2. MATRIMONIO, FAMILIA Y PROCREACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

A pesar de no contar con un repertorio completo de fuentes, se puede comprobar que numerosas costumbres y prácticas de la Antigüedad fueron transmitidas a civilizaciones posteriores. A lo largo de la Historia, las sociedades difundieron sus normas a través del derecho consuetudinario, lo que explica la escasa conservación de textos escritos. Entre estos preceptos, se encuentra la sustitución reproductiva, documentada en el Código de Hammurabi, donde sí aparece regulada. En cambio, no se conserva ninguna ley romana escrita que regule de forma específica esta práctica. Sin embargo, diversas fuentes literarias sugieren que se trataba de una costumbre socialmente arraigada, aunque nunca llegó a codificarse. Esta ausencia normativa no implica su inexistencia, sino que indica su integración en un sistema jurídico en el que la tradición y la autoridad familiar tenían más peso que la legislación escrita.

Antes de la promulgación de las XII Tablas (450 a. C.), el derecho romano carecía de un cuerpo legal escrito y sistemático. Durante la monarquía, las fuentes del derecho emanaban de los *mores maiorum*[165] y de las disposiciones de base religiosa dictadas por el monarca[166], posteriormente denominadas *leges regiae*. Según la tradición recogida por Pomponio, Sexto Papirio habría compilado estas normas en las denominadas *leges Papirianae*, no obstante, más que un código sistemático, se trataba de una recopilación fragmentaria cuyo contenido exacto es desconocido[167].

Tras la expulsión del último rey etrusco y la llegada de la República (509 a. C.), el sistema romano volvió a regirse por usos y costumbres no escritos. Los comicios curiados[168] mantenían la *lex curiata de imperium,* un acto de investidura de carácter formal y político, más que una

[165] Costumbres y usos tenidos como reglas de conducta por los antepasados; constituyen una de las fuentes del derecho. Véase *mores* y *consuetudo* en F. Gutiérrez Alviz, *Diccionario de Derecho Romano* (Madrid: Reus,1982).
[166] Según la tradición, existen discrepancias sobre la verdadera figura fundadora de Roma: mientras que ésta lo atribuye a Rómulo (753 a.C.), otras teorías apuntan a reyes como Tarquinio Prisco. Véase Gonzalo Bravo, *Historia de la Roma antigua* (Madrid: Alianza, 1998), pp. 13–19.
[167] D. 1.2.2.2 (Pompon, *l. s. ench)*: Quae omnes conscriptae exstant in libro sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.
[168] Los *comitia curiata* eran una asamblea del pueblo romano organizada por curias, de origen monárquico, que en época histórica conservó, entre otras, funciones relacionadas con la *adrogatio*, el testamento comicial y la *lex curiata de imperio*. Véase Gutiérrez-Alviz, *Diccionario de Derecho romano*, voz "comitia curiata".

norma de contenido material, lo que perpetuo un escenario de inseguridad jurídica y arbitrariedad en la aplicación del derecho por parte del colegio pontifical.

Esta coyuntura, marcada por las tensiones estamentales entre patricios y plebeyos, motivó el nombramiento del colegio de los *decemviri legibus scribundis*[169] encargados de redactar un cuerpo legal sistemático que culminó en la *Lex duodecim tabularum* (Ley de las XII Tablas), considerada la primera codificación oficial del derecho romano. El origen, y alcance de esta ley ha sido objeto de varios estudios e interpretaciones y aunque se ha debatido su existencia, resulta plausible respaldar que, en sintonía con otros sistemas legales del Mediterráneo y el Antiguo Próximo Oriente[170], las Xll Tablas no fueron una creación *ex novo*, sino una cristalización de tradiciones precedentes y soluciones prácticas ya ensayadas por la comunidad.

La finalidad de esta codificación fue múltiple: ofrecer soluciones a los conflictos sociales surgidos entre patricios y plebeyos, promover la paz y establecer un cuerpo legal que permitiera resolver disputas tanto económicas, familiares o sucesorias. La redacción de estas leyes supuso un paso decisivo hacia la unificación jurídica y social del pueblo romano, ya que introdujo un principio de igualdad ante una ley escrita y accesible para todos los ciudadanos, sin distinción de clase.

Como se ha visto en apartados anteriores, los romanos no solo se nutrieron del derecho de sus vecinos griegos, sino también de otros sistemas más antiguos. Así, los decenviros recogieron y adaptaron usos y costumbres propios del pueblo romano que, en muchos casos, coincidían con prácticas de otras civilizaciones del entorno mediterráneo. Autores como Gayo (jurista siglo II d.C.), Aulo Gelio (escritor 128 d.C.) y Sexto Aurelio Víctor (historiador y político siglo IV), coinciden en señalar que varias normas recogidas en las Xll Tablas derivaban al menos parcialmente, de la legislación de Solón[171], y Pomponio constata que los romanos enviaron una comisión de sabios a Grecia para estudiar su legislación antes de redactar las XII Tablas[172].

---

[169] Cada uno de los diez magistrados extraordinarios que recibió el encargo de redactar las doce tablas *legibus scribundis* por ello también se llama ley decenviral.
[170] Los primeros cuerpos normativos escritos de la Antigüedad, como el Código de Hammurabi o el Código de Lipit-Ishtar, constituyen precedentes fundamentales en la evolución del derecho escrito.
[171] D. 10.1.13 (Gai, *ad. Lex XII T.*): "*Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse*" (Se ha de saber que en la acción de deslinde se ha de observar lo que se halla escrito, en cierta manera, a imitación de la ley que se estableció por Solón en Atenas).
[172] D. 1.2.2.4 (*Pompon, l. s. ench*).

En efecto, la codificación griega ya se había desarrollado en el siglo VII a.C., con Licurgo en Esparta y con las leyes de Gortina en Creta. Sin embargo, Bartol[173] comenta que, a diferencia del modelo griego, donde la ley era fruto de la acción de un único legislador y que se presentaban como un compendio normativo, en Roma las XII Tablas fueron el resultado de un proceso colectivo y consensuado. La ley romana constituía el germen de un verdadero sistema jurídico en torno al proceso y leyes emanadas del pueblo (*populus*). Tito Livio dijo,

> ¿"*nemo eorum duodecim tabulas legit? nnemo id ius esse, ¿quod postremo populus iussisset? ¿sciit?"*[174].

La diferencia entre ambos también radica en la situación social: en Roma, la elaboración de las XII Tablas se enmarca en un conflicto de clases que buscaba equilibrar el poder, y ello exigía la transición de los *mores maiorum* al derecho escrito. Ahora bien, según Guarino[175], los decenviros no se limitaron a transcribir fielmente las costumbres ancestrales, sino que las interpretaron y modificaron, dejando fuera muchas prácticas. Tesis seguida por otros autores considerándose incluso que se omitieron deliberadamente algunos usos y costumbres[176]. Estas discrepancias muestran las lagunas existentes en la codificación, especialmente en lo que respecta a prácticas sociales consolidadas, pero no incluidas en el texto.

El contenido exacto de las XII Tablas es irrecuperable, según la tradición, fueron destruidas durante el saqueo galo de Roma. Livio narra que, tras la reconquista de la ciudad, se intentó restaurarlas, pero nunca se recopilaron de nuevo, aunque su vigencia se mantuvo por usanza y referencia[177]. Lo que se conoce de ellas proviene de citas de juristas y escritores posteriores.

---

[173] Francisco Bartol, "La *Lex XII Tabularum ex Cicerone*," *Revista de Derecho de la UNED* (RDUNED), n.º 1 (2006): p. 385.

[174] "¿Es que ninguno de ellos leyó las Doce Tablas? ¿Ninguno sabía que es ley lo que el pueblo refrenda al final?". Tito Livio, *Historia de Roma*, 9. 34, (*Ab Urbe Condita),* trad. José A. Villar Vidal, intr. Á. Sierra de Cózar (2021).

[175] Antonio Guarino, *Storia del diritto romano*, 10ª ed. (Napoli: Jovene, 1994), p. 143.

[176] José Guillen, "El latín de las XII Tablas", *Revista Helmántica* 20, núms. 61-63. (1969): p. 78.

[177] Tito Livio, *Historia de Roma,* 6. 1*: Res cum vetustate nimia obscuras velut quae magno ex intervallo loci vix cernuntur, tum quod parvae et rarae per eadem tempora litterae fuere, una custodia fidelis memoriae rerum gestarum, et quod, etiam si quae in commentariis pontificum aliisque publicis privatisque erant monumentis, iincensa urbe pleraequ interiere. [3] clariora deinceps certioraque ab secunda origine velut ab stirpibus laetius feraciusque renatae urbis gesta domi militiaeque exponentur. In primis foedera ac leges— erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges—conquiri, quae compararent, iusserunt. alia ex eis edita etiam in volgus: quae autem ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime ut religione obstrictos haberent multitudinis animos suppress.* (Acontecimientos oscurecidos, en parte, por su excesiva lejanía en el tiempo, como cuando se vislumbra con dificultad algo que está muy distante en el espacio, y en parte, porque durante aquel período eran escasos los testimonios escritos, únicos guardianes fieles de los hechos históricos; por otro lado, porque, si bien algunos estaban recogidos en los Comentarios de los pontífices y en otros documentos públicos y privados, la

Además, estas no constituían la única fuente de derecho de la época, sino que existían usos y costumbres que no fueron recogidos en las XII Tablas, como, por ejemplo, parte del derecho público. Es ahí donde los pontífices desempeñaban un papel central, pues interpretaban y transmitían el derecho en su vínculo con lo divino.

En la Roma arcaica, la ley escrita y la costumbre convivían en armonía. La costumbre, era una práctica reiterada y aceptada por la comunidad y transmitida de generación en generación, adaptándose a los cambios sociales. La importancia de las XII Tablas se establece en las continuas referencias que juristas, oradores y autores clásicos hacen de ellas[178]. Su reconstrucción (*palingenesia*) se debe precisamente a estas citas. Como señala Guillen, "Podemos creer que es posible que no exista ni uno de los principios de derecho romano derivado de las XII Tablas cuyo origen no lo tengamos atestiguado expresamente por los textos, ya que los romanos tenían la costumbre de referirse, siempre que había lugar a ello, a su vieja ley"[179].

Uno de los factores que podría explicar la pérdida de gran parte de la tradición jurídica, es la propia labor selectiva del emperador Justiniano al compilar el *Corpus Iuris Civilis*. En su intento de sistematizar el derecho vigente, excluyó un vasto conjunto de leyes antiguas, lo que pudo contribuir a su desaparición.

En última instancia, la razón de detenerse en todo este recorrido histórico y metodológico no es demostrar que Roma legislara o no sobre la sustitución reproductiva, sino probar que la ausencia de una norma escrita no equivale a un vacío social o jurídico. La transmisión fragmentaria del derecho antiguo, unida a la pérdida selectiva de textos y a la propia naturaleza consuetudinaria del sistema, obliga a trabajar con silencios, lagunas y reconstrucciones. Por eso es plausible que determinadas prácticas, como la cesión del vientre o acuerdos familiares sobre la filiación, tuvieron cabida en un marco normativo que no siempre dejó huella

---

mayoría de ellos se perdieron en el incendio de la ciudad. A partir de ahora se expondrá con mayor claridad y seguridad la historia civil y militar de la Urbe, renacida a partir de sus segundos orígenes con mayor lozanía y fecundidad, como el brote nuevo de un tronco. En primer lugar, mandaron buscar los tratados y las leyes que se pudiese encontrar —se trataba de las Doce Tablas y algunas leyes reales; algunas de ellas fueron, pero concernientes al ámbito religioso fueron ocultadas por divulgadas incluso entre la masa, los pontífices, sobre todo con el objeto de tener sujetas las mentes de la multitud por medio de la religión).

[178] Las citas de las XII Tablas se conservan en diversos autores latinos y griegos, como Plauto, Terencio, Ennio, Lucilio, Afranio, Varrón, Cicerón, Livio, Tácito, Plinio, Diodoro, Estrabón, Dionisio de Halicarnaso o Floro, así como en los juristas clásicos.

[179] Guillén, "El latín de las XII Tablas," p. 84.

documental. Lo que hoy no se puede verificar no deja de ser parte de una herencia jurídica más amplia, en la que Roma heredó, adaptó y transformó. Precisamente esta incertidumbre es lo que hace necesario el análisis: comprender que lo no conservado también forma parte de la historia del derecho, aunque nunca se pueda recuperar por completo

2.1. Estructura de la familia romana

La evolución de la familia romana y los roles asignados a cada uno de sus miembros constituyen un factor fundamental del orden social desde los orígenes míticos de la ciudad. Llama la atención que en la leyenda fundacional de Roma no se destaque la figura materna.

Según la tradición, Rómulo y Remo fueron abandonados a orillas del río Tíber y amamantados por una loba, animal que representa una figura sustitutiva de la madre. A diferencia de la omisión a la madre biológica, el padre, Marte, aparece claramente mencionado, como divinidad masculina, dios de la guerra que encarna los valores de una sociedad patriarcal[180], es la figura del *paterfamilias* quien se erige como piedra angular del orden jurídico y social romano.

En las épocas más antiguas de la historia de Roma, el concepto de familia tenía un alcance mucho más amplio que el actual. No se trataba únicamente de un núcleo doméstico basado en vínculos afectivos, sino de una institución que abarcaba la religión, la economía, la política y el derecho. La familia estaba integrada por miembros emparentados por lazos agnaticios[181] y consanguíneos y organizada bajo la potestad del *paterfamilias*, el padre y cabeza de la *domus* (hogar). El nexo que unía a la familia romana era el parentesco agnaticio que solo se transmitía por línea masculina (*virilis sexus*) y se extinguía con la emancipación. Por ello, la sangre no era condición necesaria, ni suficiente, para pertenecer al clan; un hijo adoptado se consideraba

---

[180] Dolores Molas Font, "La maternidad usurpada en leyenda sobre los orígenes de Roma," en *Madre y maternidades: Construcciones culturales en la civilización clásica*, ed. Rosa María Cid López (Oviedo: KRK Ed. 2009), pp. 138-154.

[181] D. 50.16.195.2 pr. (*Ulp., 46 ad Ed.): Communi iure familiam dicimus ómnium agnatorum; nam et si paterfamilias mortuno singuli singulas familias habent, tamen omnen, qui sub unius potestate fuerunt, recta eiusdem familiae appellabuntur, qui (4) ex eadem domo et gente proditi sunt.* (Por derecho común decimos familia la de todos los agnados; porque, aunque muerto el padre de familia cada uno tiene familia propia, sin embargo, todos los que estuvieron bajo la potestad de uno solo serán con razón llamados de la misma familia los cuales fueron dados a luz de la misma casa y progenie".). La agnación (*adgnatio*) es el vínculo jurídico que deriva de la autoridad del paterfamilias que une a los miembros de una familia civil. Según Ulpiano es familia civil -proprio iure- (el conjunto de personas sujetas a la autoridad de un mismo paterfamilias, por naturaleza o derecho -*aut natura aut iure*-. Su fundamento es la sujeción a una misma potestad familiar y al solo poder ejercerla el hombre, solo por él puede transmitirse". Véase Ricardo Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, 5ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), p. 238.

parte de ella, mientras que un hijo consanguíneo emancipado quedaba excluido[182]. En este sistema, la mujer quedaba al margen de la transmisión del parentesco, siendo considerada *caput et finis familiae suae*[183], sin capacidad para ejercer autoridad y reservándose el término *materfamilias* a la mujer casada. La *domus* estaba gobernada por el *paterfamilias*, también denominado *dominus*, figura que desempeñó un papel decisivo en la ordenación y transmisión de los modelos familiares que han perdurado hasta nuestros días[184]. La influencia de este modelo se aprecia en Jenofonte, quien desarrolló una concepción de *oikos*[185] que más tarde fue traducida al latín por Cicerón y tomada por autores como Varrón, Columela, Plinio y Tertuliano. Esta organización, de carácter jerárquico y patriarcal se convirtió en un referente constante en la forma de entender el hogar y las relaciones familiares en la Antigüedad[186].

El *paterfamilias* como centro del poder doméstico ejercía la autoridad absoluta sobre todos sus miembros, incluidos los esclavos[187]. La *patria potestas* (poder paternal), le otorgaba dominio sobre sus hijos, su esposa (*manus*), y demás personas dependientes (*alieni iuris)*[188], lo que le permitía decidir entre la vida y la muerte de sus integrantes[189], así como controlar y disponer

---

[182] Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, pp. 236-237.
[183] D. 50. 16.195.5 (*Ulp.* 46 *ad Ed.*): *Muller autem familiae suae et caput, et finis est*. "(La mujer es cabeza y fin de su propia familia).
[184] Beryl Rawson, *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*. (Canberra: Humanities Research Centre, 1996), p. 29.
[185] El *oíkos* es la unidad fundamental de la vida económica, social y moral en la *polis* griega. No solo se refiere a la casa sino a toda una unidad doméstica y los bienes para la subsistencia y el bienestar. El esposo es el señor de la casa y debe gestionarlo todo, El *oíkos* es también el espacio donde se educan los miembros de la familia en la virtud, el orden y la obediencia, especialmente las mujeres y los sirvientes. Véase Jenofonte, *Económico*, ed., trad. y notas de Juan Gil (Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1967).
[186] María Dolores Mirón Pérez, "Oíkos y oikonomía: el análisis de las unidades domésticas de producción y reproducción en el estudio de la economía antigua", *Gerión. Revista de Historia Antigua* 21 (2003): p. 65.
[187] D. 50.16.195.1 (Ulp., 46 *ad Ed.*): *"Familiae" apellatio qualiter accipatur, videamus; et quide, varie accepta est, nam et in res, et in personas diducitur;(*veamos de qué manera se entiende la palabra "familia" y ciertamente esta admitida con variedad, porque se aplica a las cosas y a las personas...).
[188] Gayo, *Inst.* I, 55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum eest; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. idque diuus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, sigr;ificauit. nec me praeterit Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse*. (Del mismo modo se encuentran sometidos a nuestra autoridad (*in potestae nostra*) los hijos de legitimas nupcias; derecho que es propio de los ciudadanos romanos, pues casi no existe ningún pueblo que tenga sobre sus hijos la misma autoridad que nosotros. y así lo expresó el emperador Adriano en el edicto promulgado con motivo de los que pedían para sí y sus hijos el derecho de ciudadanía romana. Sin embargo, no se me oculta que la nación de los Gálatas cree que los hijos están bajo la potestad paterna).
[189] El *ius vitae necisque* (derecho sobre la vida / muerte) o el *ius exponendi* (derecho a abandonarlo a su suerte) junto con el *ius vendendi*, (derecho a vender al hijo) y el *ius noxae dandi* (derecho a dar el cuerpo del hijo al perjudicado en reparación de un delito), completan el elenco de los primitivos poderes del paterfamilias. Este "poder", ejercido originariamente en interés del propio *pater,* terminará configurándose como un verdadero "deber" en interés de los sometidos a la *patria potestas.* Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, p. 142.

del patrimonio familiar[190]. Las leyes romanas atribuían derechos y deberes principalmente a los hombres basándose en la primacía masculina. La mujer, por su parte, se encontraba en una posición de subordinación, sometida primero a la autoridad del padre, después a la del esposo, y, en caso de enviudar, a la de un pariente varón. En esta sociedad, el hombre era el principal proveedor y fuente de riqueza, mientras que la mujer asumía funciones ligadas al hogar. Su labor se centraba en el cuidado doméstico y no tenía capacidad de crear patrimonio propio[191], quedando siempre bajo la *manus* del esposo. No obstante, a partir de la segunda mitad de la República[192], la mujer romana consigue su emancipación.

2.2. El matrimonio (*Iustae Nuptiae*)

Desde la fundación de Roma, se destaca la importancia del derecho de familia, y en particular del matrimonio, que es un pilar fundamental en la organización de la *civitas* y del derecho. En una sociedad patriarcal como la romana, la familia y el matrimonio legítimo, (*iustum matrimonium o iustae nuptiae)* celebrado conforme al *ius civile*[193], garantizaban la filiación de los hijos *(liberi*) quienes como ciudadanos romanos aseguraban la continuidad familiar, sus valores y la transmisión del patrimonio.

Para comprender la estructura y la evolución del matrimonio romano, es importante recordar que en la compilación justinianea había normas relativas a dos modelos distintos de matrimonio. Por un lado, se recoge el matrimonio propio de la época pagana; por otro, el nuevo matrimonio cristiano, que comenzó a aplicarse entre los siglos IV y V y se fue incorporando de manera gradual. Los textos que regulan el matrimonio pagano se encuentran principalmente en el Digesto y en las fuentes anteriores a Teodosio, mientras que las disposiciones relativas al matrimonio cristiano aparecen en el Código Teodosiano, en las Novelas posteriores, en el Código Justinianeo y en las Novelas de Justiniano.

---

[190] Rawson, *Marriage, Divorce,* p. 115.
[191] María José Hidalgo comenta que la domesticación de las mujeres "llega a ser el prototipo de la armonía marital romana" todo esto para conseguir la lealtad del pueblo romano y volver a esos ideales tradicionales de moralidad y responsabilidad reproductora. María José Hidalgo de la Vega, *Las emperatrices romanas: Sueños de púrpura y poder oculto* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012), p. 124.
[192] Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, pp. 264-266.
[193] Como señala Ricardo Panero Gutiérrez, siguiendo la definición clásica de Gayo, el *ius civile* constituye el derecho propio de la ciudad (*ius proprium civitatis*), es decir, el conjunto de normas que cada comunidad política establece para sí (*quod quisque populus ipse sibi constituit*), caracterizado, en el caso romano, por su carácter rígido, formalista, patriarcal y exclusivista. Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, p. 51

La importancia del matrimonio era tal que Modestino lo define como: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* ("Las nupcias son la unión del varón y la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano")[194].

De las palabras del jurista cabe destacar, en primer lugar, la *coniunctio maris et feminae,* es decir, la convivencia estable y duradera entre hombre y mujer, para tener hijos, aunque no necesariamente indisoluble, ya que el matrimonio podía disolverse si desaparecía la voluntad de permanecer juntos (*affectio maritalis)*. En segundo lugar, *el consortium omnis vitae,* indica que se trata de una comunidad de vida[195]; y, finalmente, la *divini et humani iuris communicatio*, la comunicación entre el derecho divino y humano, que refleja la doble dimensión jurídica y religiosa de la institución matrimonial. Esta definición no alude a contratos ni a pactos entre las partes, sino que pone el acento en la comunidad de vida y en la unión reconocida por el derecho, tanto civil como religioso.

Para que el matrimonio pueda ser calificado como legítimo (*iustum matrimonium o iustae nuptiae*) los contrayentes debían cumplir ciertos requisitos recogidos por Ulpiano, primero alcanzar la edad mínima legal, es decir, ser púber, el varón haber cumplido los catorce años y la mujer los doce[196]; segundo, gozar del *ius connubi*, la facultad de tomar esposa regulado por el *ius civile*; si eran *sui iuris*[197], prestar su consentimiento libre y sin vicios, o en caso de ser *alieni iuris*, contar con la autorización del *paterfamilias*[198] y, por último, la ausencia de

---

[194] D. 23.2.1 (*Mod.,* 1 *Reg.)*. La definición se completa con I.1.9.1 de Justiniano*: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens* (Las nupcias son la unión conyugal del varón y de la mujer con el propósito de vivir en comunidad).

[195] La noción de matrimonio en el derecho romano se estructura como una comunidad de vida no necesariamente perpetua, sino basada en la voluntad continuada de los cónyuges.

[196] El requisito de edad viene dado por la capacidad natural para procrear. Es decir que la mujer debía haber cumplido los doce años, pues a partir de esta edad se considera que ha llegado a la pubertad y puede tener hijos, es núbil.

[197] Se denomina *sui iuris* a la persona que no está sometida a la autoridad de otro, es decir, jurídicamente independiente; por el contrario, el *alieni iuris* se encuentra bajo la *potestas* del *paterfamilias*, aun siendo adulto.

[198]*Epitome* Ulp., 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* (El matrimonio es legítimo si entre aquellos que contraen nupcias hay conubio, y que tanto el varón sea púber como la mujer núbil, y que ambos consientan en caso de que sean jurídicamente independientes, o también sus padres, si están bajo potestad). P.F. Girard &F. Senn, *Textes de droit romain,* I (París:1967), pp. 414-449, nº 1.

impedimentos legales, como la bigamia o grado de parentesco cercano, entre otros [199], algunos de los cuales todavía hoy perduran[200].

Estos requisitos se completan con un elemento subjetivo o interno, y otro objetivo o externo. El elemento subjetivo es el *consensus,* que se manifiesta en la *affectio maritalis*[201], es decir, la voluntad continua de los cónyuges de vivir juntos como esposos. Si esta voluntad desaparecía, el matrimonio se consideraba disuelto, ya que se trata de un *consensus* inicial[202], al menos en las primeras épocas, y el elemento objetivo era la convivencia, el *honor matrimonii*[203], que implica que los cónyuges se guarden la consideración y el respeto debidos.

A todo esto, la mujer romana casada debía ser fértil[204], y es aquí cuando la expresión *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* adquiere pleno sentido al relacionarla con la descendencia. En el marco del *ius civile*, únicamente los hijos nacidos dentro de un matrimonio gozaban de *legitimatio*, es decir, eran considerados herederos y miembros de la familia del padre[205], quedando sometidos a su patria potestad. Como se ha puesto de manifiesto, y conviene recordar, la filiación seguía la línea paterna: era el padre quien establece el vínculo jurídico de

[199] El término "impedimentos" no pertenece al derecho romano clásico, aunque sí existían barreras legales al *iustum matrimonium* (como la falta de *conubium* o el parentesco). Fue en el derecho canónico medieval donde se desarrolla el concepto de "impedimento", especialmente a partir del *Decretum Gratiani* (siglo XII), que sistematizó los llamados *impedimenta dirimentia*. Véase: Peter Landau, "Gratian and the Development of the Canon Law of Marriage: From Sacrament to Contract," *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 73 (1987): pp. 258–280; James A. Brundage, *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), pp. 233–254.

[200] Código Civil español arts. 46 y 47: "No pueden contraer matrimonio: 1° Los menores de edad no emancipados. 2° Los que estén ligados con vínculo matrimonial, y el artículo 47: Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2. Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado".

[201] Es la intención reciproca de los contrayentes de tenerse por marido y mujer y que no bastará en principio, con ser inicial sino deberá renovarse día a día. Panero Gutiérrez. *Derecho Romano*, p. 275.

[202] Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, pp. 274-275.

[203] La convivencia conyugal entendida no en un sentido material, sino ético. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, pp. 274-275.

[204] Angela Hug, "Chapter 1. The Place of Marriage and Children in Roman Society," en *Fertility, Ideology, and the Cultural Politics of Reproduction at Rome*, 1.ª ed. (Leiden: Brill, 2023), p. 12.

[205] El concepto de familia *proprio iure* designa el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un mismo *paterfamilias*.

pertenencia familiar[206]. Por el contrario, los hijos nacidos fuera del matrimonio legítimo[207] o en las uniones con concubinas seguían la condición de la madre[208] y se consideraban *spurii o vulgo concepti*[209]*,* es decir, ilegítimos y socialmente inferiores.

A este respecto, las fuentes jurídicas romanas son claras: *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), y el hijo legítimo pertenece a la familia del padre ya que se presume que el esposo de la madre es el padre biológico, mientras que el ilegítimo no. En el derecho romano, se entendía que la maternidad era indudable, al estar vinculada directamente con el hecho verificable del embarazo y del parto, mientras que la paternidad requería prueba mediante el vínculo matrimonial. Así, el padre era cierto en virtud de las nupcias, no de la biología. Este principio, fundamental para el establecimiento de la filiación, recogido por Paulo, ha dejado una huella persistente en muchos sistemas jurídicos modernos:

> *D. 2.4.5* (*Paul. 4. com. Ed.): Quia semper certa est, etiem vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*[210].

Para sostener esta afirmación, el derecho romano estableció *praesumptiones iuris tantum* respecto al padre. Así, se consideraba hijo legítimo aquel nacido al menos 182 días después de

---

[206] Gayo, *Inst.*, 1, 56–57: 56 *Hahent autem in potestate liberos cines Romani * si cines Romanas uxores duxerint, uel etiam Latinas peregrinasue cum quibus conubium habeant. cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non (solum) cines Romani fiant, set in potestate patris sint. 57- Vnde et ueteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum bis Latinis peregrinisue, quas primas post missionem uxores duxerint. et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cines Romani. et in potestate pareni•.um fiunt.* (56 "Los ciudadanos romanos tienen dependientes de su autoridad (potestas) a los hijos, ya escogieren por esposas ciudadanas romanas, ya latinas o extranjeras con quienes tengan el conubium; porque siendo efecto de este que los hijos sigan la condición del padre, resulta que aquellos no solo nacen ciudadanos romanos, sino sujetos a la patria potestad. 57- De aquí es que las constituciones más notables suelen conceder á los veteranos el conubium con las latinas o extranjeras a quienes primero hayan tomado por mujeres después de licenciados; y los hijos nacidos de este matrimonio son ciudadanos romanos, y están sujetos a la patria potestad).

[207] En Roma se consideraban *non iustae nuptiae* los matrimonios sin *conubium* (entre ciudadanos y peregrinos, con esclavos o libertos prohibidos), los afectados por impedimentos legales —parentesco prohibido, infamia o restricciones sociales—, los celebrados sin consentimiento válido (del *paterfamilias*, por coacción o entre impúberes), los contraídos por personas incapaces de casarse (soldados en servicio, ciertos funcionarios o mujeres consagradas), los de quien ya estaba casado y aquellos sin *affectio maritalis.* Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, pp. 277-279.

[208] D. 1.5.19 (*Cel. 29 lib*.): *Quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntue; vulgo quaesitus matrem sequitur.* (Cuando se haya celebrado legitimas nupcias, los hijos siguen al padre, el concebido del vulgo sigue a la madre).

[209] *Epitome Ulp*., 4.2: *Qui matre cuidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur (Los nacidos de madre naturalmente cierta, pero de padre desconocido, se llaman espúreos).* Véase también *Epitome Ulp.* 5.8: *Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur; non interveniente conubio matris conditioni accedunt... (Si hay conubium*, los hijos siempre siguen (a su) padre; si no hay *conubium*, adoptan el estatus de la madre).

[210] D. 2.4.5 (*Paul. 4. com. Ed.*): (Porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias).

la celebración del matrimonio[211] o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. Sin embargo, si el nacimiento ocurría más allá de esos 300 días tras la muerte del esposo, el niño no era considerado legítimo[212].

Los hijos nacidos dentro del matrimonio se les consideraba *sui heredes*[213], con plenos derechos sucesorios en la sucesión intestada por hallarse bajo la *patria potestas* del padre. En cambio, los nacidos fuera de él carecían, en principio, de estos derechos, aunque a partir del siglo II se les reconocieron algunos en relación con sus madres[214].

Este esquema muestra una clara jerarquía entre los progenitores en relación con la filiación y pertenencia a la familia. En el derecho arcaico el parentesco era agnaticio[215]: la familia se representaba y transmitía por el varón, mientras que la mujer, pese a su rol biológico, carecía

---

[211] D. 38.16.3.12 *(Ulp. 14 ad. Sab.): De eo autem, ui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore "— deri natum, nec videri in servntute (3) conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.* (Más respecto al que nació a los ciento ochenta y dos días, escribió Hipócrates, y respondió por rescripto a los pontífices el Divino Pio, que se considera que nació en tiempo legitimo; y que no se considera que fue concebido en esclavitud, porque su madre hubiese sido manumitida antes de los ciento ochenta y dos días).

[212] D. 38.16.3.11 *(Ulp. 14 ad. Sab.): Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. (El nacido después de diez meses de la muerte no sera admitido en la herencia legitima). D. 1.6.6 (Ulp. 29 ad ed.): Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.* (Llamamos hijo al que nace de un hombre y su esposa. Pero si suponemos que el marido estuvo ausente, por ejemplo, durante diez años, y al regresar encuentra en su casa a un niño de un año, nos parece correcta la opinión de Juliano, que sostiene que ese no es hijo del marido. Sin embargo, Juliano también dice que no se debe permitir que un hombre, que ha vivido de forma continua con su esposa, se niegue a reconocer como hijo a quien lo es, alegando que no le pertenece. Pero a mí me parece —y también lo aprueba Escévola— que, si queda demostrado que el marido no tuvo relaciones con su esposa durante algún tiempo debido a una enfermedad u otra causa, o si el padre de familia se encontraba en tal estado de salud que no podía engendrar, ese niño nacido en su casa, aunque sea con conocimiento de los vecinos, no debe ser considerado su hijo).

[213] D. 38.16.2 (*Ulp. 13 ad Sab*.): *Suos heredes accipere debemus filios, filias, sive naturales, sive adoptivos*. (Debemos entender que son herederos suyos los hijos y las hijas, ya naturales, ya adoptados).

[214] *Senatus Consultum Tertullianum (*año 117 d.C.), en el cual se otorga por primera vez a la madre ciudadana romana el derecho a heredar de sus hijos *ab intestato* (sin testamento), siempre que tuviera tres hijos *(ius trium liberorum*). El objetivo era fomentar la natalidad, reforzando el papel jurídico de la maternidad. El *Senatus Consultum Orfitianum* (año 178 d.C.) era otro decreto que permitió que los hijos heredaran de su madre *intestato* (es decir, cuando la madre moría sin testamento), en igualdad de condiciones que otros parientes, incluso desplazando a ascendientes maternos como abuelos o hermanos. Se consolidó así la línea de sucesión entre madre e hijos, tanto en sentido ascendente como descendente. D. 38.17.1 (*Ulp. 12 com. Sab*.).

[215] D. 50.16.195.1 *(Ulp. 46 ad Ed.)*: *...ut puta in lege duodecim Tabularum his verbis: adgnatus proximus familiam habeto...* (…como en la ley de las Doce Tablas en estas palabras: el próximo agnado tenga la familia...).

de autoridad sobre los hijos,[216] y era considerada cabeza y fin de su propia familia. En la evolución del derecho romano, se acabó imponiendo el parentesco consanguíneo, y la madre adquirió una cierta posición jurídica, aunque sin llegar a ejercer la patria potestad, que continuó en manos del padre hasta llegar a nuestros días cuando es ahora ejercida por ambos progenitores[217].

En definitiva, la maternidad en Roma se concebía como una función secundaria. No era la determinación biológica, sino el reconocimiento por parte del *paterfamilias*, lo que otorgaba legitimidad al hijo. La madre paria, criaba y educaba, pero la pertenencia familiar y la transmisión de derechos dependían exclusivamente del padre[218]. Si un matrimonio se divorciaba, la mujer sufría las consecuencias. Aunque esto no se menciona explícitamente en los textos jurídicos[219], el padre se quedaba con los hijos porque ostentaba la patria potestad[220].

2.2.1. Su finalidad: El principio de *liberorum quaerendorum causa*

Si la función principal del matrimonio era la procreación, unido a la idea de que la familia es uno de los pilares fundamentales en la creación de la *civitas,* es necesario analizar el mito del rapto de las Sabinas, narrado por Tito Livio, que ilustra y conecta ambas ideas. Según el relato, Roma, poblada inicialmente solo por hombres, se enfrentaba a la imposibilidad de perpetuarse sin mujeres. Livio escribe:

---

[216] D. 50.16.196.1 (*Gai, 16 ad ed prov.): Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur, patris, non matris (1) familiam sequuntur*. (Es evidente que los hijos de hembras no están en la familia de ellas, porque los que nacen siguen a la familia del padre, no a la de la madre...).

[217] En el Derecho romano, la patria potestad fue siempre una potestad exclusiva del *paterfamilias* y no se reconoció legalmente a la madre ninguna forma equivalente. No fue hasta el desarrollo del Derecho moderno y las reformas jurídicas contemporáneas, especialmente en los siglos XIX y XX, que se reconoció a las madres la capacidad legal de ejercer patria potestad junto al padre o en su ausencia.

[218] Rawson, *Marriage, Divorce*, pp. 26–27.

[219] D. 43.30.3.5 (*Ulp. 72 com. Ed.): ...obtinuit enim mater ob nequibusdam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam flilus moretur*. (...solo en caso de que el padre actuase con maldad, el hijo podía permanecer con la madre sin disminución de la patria potestad del padre). En las fuentes literarias, Tácito, *Anales,* 2.86, da a entender que la candidata para ser una vestal está bajo la custodia de su padre quien está divorciado de su esposa. Dión Casio, *Historia Romana,* 48.44.5, relata que los hijos de Livia estaban bajo la custodia de su exesposo hasta su muerte y después fueron a vivir con ella y Augusto. Dión Casio, *Historia romana* 48.44.5, en *Historia romana. Libros XLVI–XLIX*, trad. Juan Pedro Oliver Segura (Madrid: Editorial Gredos, 2011).

[220] Rawson, *Marriage, Divorce*, p. 3; Beryl Rawson, "The Roman Family" en *The Family in Ancient Rome: New Perspectives* (London: Routledge, 1992), pp. 35-36; Tim G. Bradley, "Dislocation in the Roman Family," *Historical Reflections / Réflexions historiques*, vol. 14, n º1 (1987) pp. 33–62.

> *lam res Romana adeo erat ualida, ut cuilibet finitimarum ciuitatum bello par esset; aetatem duratura magnitudo erat, quippe sed penuria mulierum hominis quibus nec domi spes prolis nec cum finitimis conubia essent*[221].

Tras el rechazo de los pueblos vecinos a entregar a sus hijas en matrimonio, Rómulo ideó un plan para obtener esposas raptando a las mujeres sabinas durante unos juegos en honor al dios Neptuno Ecuestre. Estas, tras ser llevadas a Roma y unirse a los romanos por la fuerza, acabarían desempeñando un papel decisivo en la reconciliación entre su pueblo y sus nuevos esposos, gracias al nacimiento de hijos comunes.

Este mito, lejos de ser un simple relato legendario, remarca la función instrumental del matrimonio y de la mujer en la consolidación del orden cívico. El relato también destaca la actividad mediadora de las mujeres en la alianza entre pueblos enfrentados[222]. Al abandonar su familia natal para integrarse en la del esposo, las sabinas simbolizan el paso de la mujer de un grupo de parentesco a otro, actuando como objeto de intercambio y garantía de continuidad social[223]. Aquí se ve la idea del matrimonio como unión política, más que una unión sentimental[224].

Por lo tanto, desde el principio de la historia de Roma, la función reproductiva del matrimonio era incuestionable. Aunque los textos jurídicos no siempre expresan de forma explícita esta finalidad, la simple lectura de las fuentes deja entrever que se refieren a ello de manera implícita; la noción de que el matrimonio tenía por objetivo principal la generación de

---

[221] Tito Livio, *Historia de Roma,* 1.9: (Roma era ya tan fuerte, que su potencial bélico estaba a la altura del de cualquiera de los Estados vecinos; pero, debido a la falta de mujeres, su grandeza estaba abocada a durar una generación, al no tener en sí posibilidad de perpetuarse ni existir matrimonios con los pueblos del entorno).

[222] Livio narra como las mujeres poniéndose en peligro entre los dos pueblos enfrentados, con apasionadas palabras, consiguen que los hombres formen lazos por el nacimiento de sus hijos. Los niños son los hijos de los romanos, los nietos de los sabinos, y las mujeres suplican a ambos bandos que no carguen a los niños con un derramamiento de sangre. Por otro lado, la descripción que hace Ovidio en sus *Fastos* del secuestro y posterior reconciliación de las sabinas va aún más lejos. Lo hace con un dramatismo mayor que Livio, relatando cómo las mujeres corren a enfrentarse a sus maridos y padres, apretando contra su pecho a sus hijos recién nacidos, sus "amadas promesas" (*pignora cara*). Sin miedo, ponen a los niños directamente en peligro. Esta obra, de tono heroico, se acerca más a la épica y la historia, pues en ella se narran los orígenes de distintas celebraciones romanas. Además, Ovidio incorporó diez relatos sobre raptos mitológicos, entre los cuales se encuentra el que nos ocupa: el rapto de las sabinas (*Fastos*, IV, pp. 629 ss.). Véase Publio Ovidio Nasón, *Fastos IV-VI,* introd., versión rítmica y notas de José Quiñones Melgoza (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios Clásicos, Dirección General de Publicaciones, 1985).

[223] Claude Lévi-Strauss, *The Elementary Structures of Kinship* (Boston: Beacon Press, 1969), pp.480- 481. Véase también la lectura que ofrece Maureen McAuley en *Reproducing Rome: Motherhood in Virgil, Ovid, Seneca, and Statius* (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 214.

[224] Leonor Pérez Gómez, "Entre comedia, amor y tragedia. Mujer y matrimonio en Roma," en *Ideas de mujer: Facetas de lo femenino en la Antigüedad*, eds. Rosario López Gregoris y Luis Unceta Gómez (Alicante: Universidad de Alicante, 2011), p. 220.

herederos aparece de forma constante en múltiples discursos jurídicos, filosóficos y literarios. Cicerón sostiene que la primera forma de comunidad humana es el matrimonio, la segunda la familia y la tercera la ciudad, señalando que la procreación es el fin natural del matrimonio[225] y, en consecuencia, un mandato acorde con la *lex naturalis*[226]. Además, señala que el hombre sabio para poder vivir conforme a la naturaleza quiera unirse también a una esposa y tener hijos de ella[227]. Juvenal, por su parte resaltó que "el hombre es más querido a los dioses que él a sí mismo. Nosotros, llevados por el impulso del espíritu y un deseo ciego y descomunal aspiramos al matrimonio y al parto de una esposa, ellos, en cambio, conocen qué niños vamos a tener y cómo será la esposa"[228]. La observación de Juvenal matiza esta misma idea, pues muestra que los romanos concebían el matrimonio como un camino natural hacia la procreación, al señalar que los hombres buscan la unión conyugal precisamente por el deseo de tener hijos.

Esta relación entre matrimonio y procreación es plasmada por diversos juristas, entre ellos Ulpiano, quien extiende este principio natural no solo al ser humano, sino a todas las especies vivientes, incluidos los animales[229]. Esta idea perdurará en el tiempo ya que oradores posteriores, como Quintiliano, destacan lo mismo expresándolo con la frase:

---

[225] Cicerón, *Acerca de los deberes,* 1, 17.54: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.* (Ya que es común por naturaleza a todos los seres animados tener el deseo de procrear, la primera forma de sociedad se encuentra en el propio matrimonio, la siguiente en los hijos, luego en una casa común y bienes compartidos; y eso es el principio de la ciudad y como un semillero de la República). *De Officiis ad Marcum Filium Libro I. Acerca de los deberes*, introducción, versión y notas de Rubén Bonifaz Nuño (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009).

[226] Cicerón, *De los fines de los bienes y los males,* l, 3–5: *Cum autem ad tuendos conservandosque homines hominem natum esse videamus, consentaneum est huic naturae ut sapiens velit gerere et administrare rem publicam atque, ut e natura vivat, uxorem adiungere et velle ex ea liberos*. (Y puesto que vemos que el hombre ha nacido para proteger y conservar a los hombres, es acorde a esta inclinación natural que el sabio quiera gobernar y administrar la república y, para vivir conforme a la naturaleza, unirse a una esposa y querer tener hijos de ella). De los fines de los bienes y los males Libro I, Introducción, traducción y notas de Julio Pimentel Álvarez (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003).

[227] Cicerón, *De los fines de los bienes y los males*, l, 2.68: *Sapiens velit... ut e natura vivat, uxorem adiungere et velle ex ea liberos*. (El sabio desea vivir conforme a la naturaleza, unirse en matrimonio y querer tener hijos de esa unión),

[228] Juvenal, *Sátiras*, 10, vv. 351–352: *Carior est illis homo quam sibi. Nos animorum impulsu et caeca magnaque cupidine ducti coniugium petimus partumque uxoris, at illis notum qui pueri qualisque futura sit uxor.* trad. Bartolomé Segura Ramos (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996).

[229] D. 1.1.1.3 (*Ulp. 1, Inst*.): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: ...hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*. (La ley natural es la que la naturaleza ha enseñado a todos los animales...De ella se deriva la unión del macho y la hembra, que llamamos matrimonio, de ella se deriva la procreación de los hijos, de ella su crianza...).

Cupidus liberorum, et propter hoc duxit uxorem[230].

La doctrina romanista también subraya el carácter procreativo que definía el matrimonio en la antigua Roma. Las fuentes que mejor reflejan esta finalidad proceden sobre todo de las familias de la élite[231], cuyas prácticas quedaron mejor documentadas. Las mujeres de clase alta contraían matrimonio a una edad temprana[232] y a menudo no tenían voz en la elección de su esposo. Si enviudaban o se divorciaban se volvían a casar para así tener más hijos. Del mismo modo, las mujeres cuya fertilidad estaba probada podían ser requeridas en segundos o sucesivos matrimonios por hombres sin descendencia.

Aunque la estructura domestica romana era heterogénea, especialmente, en las elites donde las uniones podían obedecer a intereses políticos, la facilidad para disolver el vínculo, la elevada mortalidad y la frecuente celebración de nuevas nupcias generaban entramados de parentesco complejos, más allá de lo que hoy se conoce como familia nuclear. Este dinamismo no debilitaba la función reproductiva del matrimonio, sino que la reforzaba: la sociedad romana concebía la unión conyugal y la generación de descendencia como obligaciones, que como decisiones estrictamente individuales[233].

El matrimonio no respondía a una lógica sentimental ni a un ideal romántico como en la actualidad. Se trataba de un acuerdo destinado a la legitimidad y la continuidad. Lejos de constituir la culminación de un vínculo afectivo, se erigía como una institución de utilidad pública: orientada a garantizar el relevo generacional de la ciudadanía y la estabilidad de la *res pública*. Bajo este prisma, no resulta extraño que muchos matrimonios en Roma fueran pactados, sin que el amor tuviera un papel central. En el caso de existir, era considerado un elemento secundario. Aunque la falta de amor podía ser una causa de divorcio y de nuevas

---

[230] (En un tiempo deseoso de tener hijos por esa razón se casó con una esposa). Quintiliano, *Declamaciones Menores,* 338, 11, (*The Lesser Declamations*), ed. y trad. D. R. Shackleton Bailey, Loeb Classical Library 500 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

[231] Hug, "The Place of Marriage and Children", pp. 11-51.

[232] D. 23. 1. 9 (*Ulp. 35 ad Ed*.): "Preguntase Juliano, si haya esponsales antes del duodécimo año, si se hubieren concertado las nupcias. Y siempre aprobé la opinión de Labeón, que cree, que, si verdaderamente hubieren precedido los esponsales, subsisten estos, aunque la mujer haya comenzado a estar en la casa en capacidad de casada, pero que, si no hubieren precedido, por esto mismo, porque fue llevada a la casa, no se consideran contraídos los esponsales; cuya opinión aprueba también Papiniano". Aquí la convierte en una simple novia de su marido y D. 23. 2. 4 (*Pomp. 3 ad Sab*.): "La casada menor de doce años será mujer legitima cuando haya cumplido los doce años en poder del varón". Existen documentos epigráficos en los cuales había niñas que se unían en matrimonio de los siete a doce años. Véase M.K. Hopkins, "The Age of Roman Girls at Marriage". *Population Studies*, 18, nº 3 (1965): p. 313.

[233] Keith Bradley, *Discovering the Roman Family: Studies in Roman Social History* (New York y Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 171.

nupcias, los romanos priorizaban la contribución ciudadana al crecimiento demográfico. Esta distinción permitía que la estabilidad institucional coexistiera con relaciones extramatrimoniales o concubinatos[234], siempre que se preservara la jerarquía de la unión principal. La estabilidad y la función social del matrimonio parecían ser más determinantes que el sentimiento amoroso, valorándose la idea de la *bene concordantia matrimonia*, esto es, matrimonios en buena armonía[235]. Esto indica que, si la relación era estable y productiva, es decir, si no había conflictos graves y además había hijos, se consideraba que había razones suficientes para mantener la vigencia del compromiso[236].

En otro orden, el matrimonio no se constituía mediante un acto formal, ya fuera una ceremonia religiosa ante un sacerdote o un procedimiento civil ante un magistrado. Se trataba, más bien, de una situación de hecho, una convivencia reconocida socialmente como *matrimonium* en virtud de ciertos elementos sustanciales, entre los cuales destacaban el consentimiento y la finalidad de procrear. En ese sentido, el matrimonio romano puede asimilarse en ciertos aspectos a la figura contemporánea de la "pareja de hecho". Sin embargo, esta informalidad constitutiva no impidió que, en la práctica, se desarrollaran ciertos actos rituales o jurídicos que marcaban el inicio de las *nuptiae*, con un carácter más simbólico y social que estrictamente normativo.

---

[234] Aulio Gelio, *Noches Áticas*, 4, 3; *Paelicem autem appellatam probrosamque habitam quae iuncta consuetaque esset cum eo in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur quam Numae regis fuisse accepimus:* (Que era llamada *paelex* y considerada infame la que se había unido y cohabitaba con alguien en cuya manus y propiedad estuviese otra mujer en razón de un matrimonio, lo muestra una antiquísima ley que hemos sabido que fue del rey Numa: no toque la concubina el templo de Juno; si lo toca, que con los cabellos sueltos sacrifique la mujer un cordero a Juno). Ernst Walde explica que los términos latinos *paelex* y *pellex* derivan del griego *πάλλαξ* y *παλλακίς*, este último con el sentido de "esclava joven", como préstamos del hebreo-fenicio *pillegesh*, "concubina". La forma *pellex* se debe a una etimología popular que la asocia con *pellicio*, "seducir". Véase Ernst Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, s.v. "paelex".

[235] D. 43.30.1.5 *(Ulp. l. 71 ad Ed.): Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, ¿velit dissolvere? Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.* (Si alguien desea llevarse consigo o exigir que le sea presentada su hija, que está casada conmigo, ¿debería otorgarse una excepción contra el interdicto, en caso de que el padre desee disolver un matrimonio armonioso y, quizá, con hijos? Y empleamos una norma segura: que los matrimonios bien avenidos no sean perturbados por el derecho de la patria potestad. No obstante, esto debe aplicarse de tal forma que se persuada al padre a no ejercer con dureza su autoridad).

[236] Esto refleja la visión pragmática del matrimonio en la antigua Roma, donde la alianza familiar y el cumplimiento de roles dentro de la sociedad pesaban más que los lazos afectivos. En este sentido, el derecho romano protegía el matrimonio cuando era funcional y beneficioso para la estructura familiar y social, y aunque el padre tenía un poder absoluto sobre sus hijos, conocido como *patria potestas*, con el que podía decidir sobre la vida de su hija, incluso después de su matrimonio, Ulpiano sugiere un límite a ese poder: si el matrimonio es armonioso y ha dado lugar a hijos, el derecho del padre no debe interferir en la unión conyugal.

Entre estos actos, cabe destacar las *testationes* o declaraciones solemnes realizadas por el futuro esposo ante los censores u otras autoridades. En ellas el varón manifestaba su compromiso de convivir con una mujer en calidad de esposa *(iustum matrimonium*) bajo la explícita declaración de tener hijos: es decir, *liberorum quaerendorum causa.* Esta expresión resumía dicha voluntad: el esposo declaraba que tomaba esposa con el propósito de procrear, y no se trata de un simple acto formal del *ius civile*, sino una afirmación con implicaciones, que establecía el fin esencial del matrimonio: la reproducción legítima, propósito que se encuentra ampliamente documentado en las fuentes[237].

Así, por ejemplo, Suetonio, comenta que Julio César quiso promulgar hacia el año 44 a.C., una ley matrimonial que le facilitara contraer nupcias las veces que quisiera invocando este motivo, lo que revela hasta qué punto se había consolidado dicha formula como cimiento del vínculo. Con esta locución, el hombre es quien asume el papel activo en la formulación de la unión al "tomar" a la mujer:

> *...uxores liberorum quarendorum causa quas et quot uellet ducere liceret*[238].

Esta realidad se corrobora en múltiples pasajes de la literatura latina. Valerio Máximo relata que el emperador Augusto disolvió el matrimonio de una madura Septicia, unida al anciano Publicio, debido a la imposibilidad biológica de concebir. Para justificar la ausencia de la causa procreativa, se apeló a la citada expresión *liberorum quarendorum (procreandorum) causa*[239]. En este supuesto, la unión se consideraba de "falsa naturaleza" dado que contravenía la finalidad esencial del *matrimonium iustum*. La avanzada edad de ambos hacia inviable este propósito, dejando al vinculo vacío de contenido jurídico y carente de su función social legítima.

Asimismo, Aulo Gelio, narra el caso de Espurio Carvilio Ruga, quien, a pesar de amar a su esposa, se vio obligado a divorciarse de ella por no haber tenido hijos. Su devoción y afecto

---

[237] La frase latina *uxorem liberorum quaerendorum causa* se traduce "casarse para tener hijos". Ya puesto de manifiesto, en autores como Cicerón en *Acerca de los deberes*, 1, 17; Valerio Máximo, *Hechos y Dichos memorables,* 2.1.4. trad. José Guillén, (Madrid: Editorial Gredos, 2000); Plauto, *Los cautivos*, v. 889 *"liberorum quaerundorum causa ei uxor data est"*, en *Comedias*, vol. II, traducción de Eduardo Valentí Fiol (Madrid: Gredos, 1993), p. 267.

[238] Suetonio, *Julio César,* 52.3 (tomar esposas con el fin de tener hijos), en *Los doce césares*, cap. trad. y notas Jaime Arnal (Barcelona Editorial Iberia, 1962).

[239] Valerio Máximo, *Hechos y Dichos memorables*,7.7.4.

hacia la esposa eran insuficientes para mantener el lazo conyugal, pues el juramento prestado ante los censores comprometía el objetivo que prevalecía sobre el afecto. La prioridad del interés público sobre el privado queda, así, patente, siendo el primer caso de divorcio recogido en las fuentes:

Uxorem se liberorum quaerundorum causa habiturum[240].

Esta concepción es refrendada por el jurista Calistrato quien remarca que los cónyuges legítimos son aquellos *qui liberorum procreadorum animo et voto uxores ducunt* (quienes toman esposa con el ánimo y deseo de procrear hijos) [241].

Además, la inexistencia de un registro de nacimientos hasta la época clásica exigía al *paterfamilias* una declaración que convivía con la mujer *liberorum quarendorum causa*, para probar así las *iustae nuptiae.* Solo así podía legitimar a los hijos, que eran inscritos en las listas del censo elaboradas cada cinco años. En esta línea, el discurso del censor Metelo Macedónico en el año 131 a.C., relatado por Livio, dispuso la obligatoriedad de contraer matrimonio con este fin: *Q. Metellus censor censuit, ut cogerentur omnes ducere uxores liberorum creandorum causa*[242]. Posteriormente en la conocida *Lex Iulia de maritandis ordinibus* de Augusto también retomaría esta terminología, la cual sería finalmente integrada por la doctrina cristiana primitiva[243].

En la antigua Roma era importante manifestar el deseo de tener prole legítima por varias razones; colmaba las expectativas sociales, garantizaba la continuidad del linaje, aseguraba la transmisión del patrimonio y la sucesión. La descendencia se percibía como un signo de

---

[240] Aulo Gelio*, Noches Áticas*, 4.3.2, también relatado por Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables,* 2.1.4.
[241] D. 50.16.220.3 *(Cal. 2 Quest.):* P*raeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus***.** (Además de todo esto, la naturaleza también nos enseña que los padres amorosos, que toman esposa con el ánimo y deseo de procrear hijos, incluyen bajo la denominación de hijos a todos los que descienden de nosotros; pues no podemos llamar con un nombre más dulce a nuestros nietos que hijos. De hecho, engendramos y criamos hijos e hijas para que, a través de su descendencia y longevidad, nos dejen memoria para siempre).
[242] Tito Livio, *Periocas,* 59.8: (El censor Quinto Metelo decretó para todos, la obligación de casarse para tener hijos legítimos). 9: *Extat oratio eius, quam Augustus Caesar, cum de maritandis ordinibus ageret, velut in haec tempora scriptam in senatu recitavit* (se conserva su discurso, al que César Augusto dio lectura en el senado, cuando trató la cuestión del matrimonio entre las clases sociales superiores, como si hubiera sido escrito para los tiempos actuales.), Tito Livio. *Periócas, Periócas De Oxirrinco*; Julio Obsecuente. *Libro De Los Prodigios,* introducción, traducción y notas de José Antonio Villar Vidal (Madrid: Editorial Gredos 2008).
[243] Agustín de Hipona, *La bondad del matrimonio*, 6, y *La ciudad de Dios,*14,8, Ed. y preparada por Fr. José Morán OSA. Madrid; BAC, 1958).

respetabilidad y una herramienta de consolidación política y alianza. Era simultáneamente un cumplimiento de los deberes religiosos y morales, además de satisfacer las aspiraciones personales de paternidad, y una contribución a las preocupaciones demográficas del Estado[244].

Todo ello permite concluir que la expresión *uxorem liberorum quaerendorum causa* define el estatuto jurídico y social de la mujer dentro del matrimonio: la unión al esposo tiene ese fin específico. Este objetivo dotaba de sentido y validez a la institución y condicionaba otros aspectos como los impedimentos, el divorcio e incluso el estatus de la filiación.

En consecuencia, la relación entre el *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae* y esta fórmula es esencial para comprender la naturaleza de la familia romana: el primero define el marco legal dentro del cual debía desarrollarse la unión conyugal; el segundo establece la finalidad que le otorga contenido. No bastaba la cohabitación ni el afecto mutuo: lo que legitimaba el reconocimiento del matrimonio era su utilidad para el mantenimiento del orden social mediante la descendencia. Este modelo tenía implicaciones en el derecho sucesorio, en la transmisión del estatus *civitatis*, del *nomen* y del patrimonio familiar. Es importante destacar que esta concepción reproductiva del matrimonio trascendió el derecho romano clásico y perduró en la tradición jurídica occidental, siendo adoptada por el Derecho Canónico medieval y, posteriormente, por las legislaciones civiles europeas. La idea del matrimonio como una institución destinada a la procreación legítima constituye uno de los legados más duraderos del pensamiento jurídico romano.

2.2.2. La Legislación de Augusto: Políticas demográficas y sanciones al celibato

Con la llegada del Principado, Augusto promulgó entre los años 18 a.C. y 8 d.C. una serie de leyes destinadas a implementar una política de reforma moral y social destinada a restaurar las costumbres tradicionales romanas y a fortalecer la estructura familiar. Su finalidad era incentivar el matrimonio entre los ciudadanos romanos y la procreación de hijos legítimos, penalizando el celibato y premiando a quienes tuvieran más descendencia[245]. Augusto basó su política matrimonial en tres leyes: la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), que promovía

---

[244] Hug, "The Place of Marriage and Children", p. 30.

[245] El objetivo principal era asegurar la continuidad del orden senatorial y ecuestre y aumentar la población romana de sangre legítima, considerada esencial para la estabilidad del imperio. Estas leyes también regulaban el adulterio y elevaban la moralidad pública al categorizar ciertas conductas como delitos contra el Estado. Véase Thomas A. J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (New York: Oxford University Press, 2003), esp. cap. "The *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis".*

matrimonios entre la misma clase social, prohibiendo uniones con mujeres "de mala vida" (actrices, prostitutas, alcahuetas etc.); la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 a.C.), que penalizaba a solteros y casados sin descendencia con un sistema de castigos y recompensas para fomentar la procreación[246]; y una ley complementaria, la *Lex Iulia de adulteriis coercendis,* publicada posiblemente entre las anteriores, contra el adulterio, que controlaba la promiscuidad porque atentaba contra el honor de la familia y las buenas costumbres de la sociedad romana[247]. El incumplimiento de este marco normativo acarreaba severas sanciones para la ciudadanía. Los hombres de entre 25 y 60 años, y las mujeres de entre 20 y 50 años, que permanecieran solteros (*caelebes*) o carecieran de descendencia eran penalizados con multas pecuniarias, o la perdida de sus derechos sucesorios.

Asimismo, la legislación imponía una férrea disciplina sobre la viudez y el divorcio. Si una mujer quedaba viuda o se divorciaba encontrándose aún en edad fértil, se le exigía contraer nuevas nupcias dentro de los plazos legales establecidos[248] para evitar ser sancionada. Además, el derecho de la época procedió a invalidar la *condictio viduitatis*[249], es decir, aquellas clausulas testamentarias que prohibían al cónyuge supérstite volver a contraer matrimonio, bajo amenaza de perder la herencia, obligándole a permanecer en estado de viudedad. Esta invalidación se aplicaba siempre que el supérstite jurara contraer nuevas nupcias *quaerendorum liberorum causa,* lo que permita incluso omitir restricciones del año de luto *(tempus lugendi)* en favor de la procreación. Esta medida subraya, una vez más, que para el Estado romano la finalidad de regenerar el cuerpo social mediante la procreación legítima prevalecía sobre las convenciones sociales de duelo o las disposiciones testamentarias privadas.

En este punto, existe una cierta incoherencia interna del sistema. La *lex Iulia Miscella*, de fecha incierta y no siempre claramente conectada con la *lex Papia Poppaea*, admitía, al parecer, que la viuda conservara la herencia sujeta al compromiso de no volver a contraer matrimonio, en

---

[246] Hugo Hanisch, "Historia de la doctrina y legislación del matrimonio", *Revista Chilena de Derecho* 7, núms. 1–6 (1980), p. 486; McGinn, *Prostitution, Sexuality,* "The Lex Iulia et Papia", pp. 72 y ss.

[247] El propio Augusto, en *Las Hazañas del Divino Augusto,* 8.1.5, trad. Antonio Alvar Ezquerra, (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid,1981), dijo que sus leyes revivían muchas antiguas prácticas ejemplares con la finalidad de aumentar la población demográfica. McGinn, *Prostitution, Sexuality,* pp. 72 y ss.

[248] Si la mujer era viuda 1 año y si la mujer estaba divorciada 6 meses. Más tarde con la *lex Papia Poppaea* estos plazos se extendieron de 2 a 3 años para las viudas y 18 meses para las divorciadas.

[249] Esta falta de poder adquirir -*capere*- (*incapacitas*) no se aplica a ciertas personas -*exceptae personae*-, cognados del causante dentro del sexto grado y afines próximos según refieren los *Frag. Vat.,* 158 y 214 a 219 *Fragmenta Vaticana*, Mommsen, *Iuris anteiustiniani fragmena quae dicuntur Vaticana, en Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III (Berlín: 1890), pp. 1-116.

conexión con la llamada *cautio Muciana*[250]. Se trataba, por tanto, de un mecanismo patrimonial que podía operar en sentido opuesto a la política augustea favorable a las segundas nupcias. La contradicción fue percibida por Justiniano, que abolió este juramento[251], afirmando que resultaba inhumano que las mismas leyes que castigaban el perjurio abrieran a la vez el camino para cometerlo y declarando, además, que el interés público exigía favorecer el aumento de la población pues consideraba que cualquier traba al nuevo matrimonio contravenía el destino natural de la mujer, como el mismo indica en C. 6.40.2.1

> *Cum enim mulieres ad hoc natura progenuit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta est... 2. Augeri etenim magis nostram rem publicam et multis hominibus progenitis frequentari…*[252]

En cuanto a los herederos en edad de procrear que carecieran de hijos, estos perdían la *capacitas*, para *capere* (adquirir) los bienes hereditarios, quedando legalmente incapacitados para suceder Esta normativa se integraba en las denominadas *leges caducariae*[253], en alusión a que aquellos que no las cumplían con los requisitos legales "dejaban caer", sus bienes, es decir, perdían sus bienes en favor de quienes sí tenían descendencia o, en su defecto, del Erario. En contrapartida, quienes cumplían con las leyes de Augusto recibían diversos beneficios: los hombres con un número determinado de hijos legítimos gozaban de privilegios en el acceso a las magistraturas, mientras que las mujeres podían adquirir el *ius liberorum*[254], un derecho que

---

[250] La *cautio Muciana* era, en origen, una caución o garantía utilizada en derecho sucesorio para hacer efectivas ciertas condiciones negativas impuestas por el testador. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, p. 664.

[251] Ramón Faus Esteve señala que : "en Roma y el código justinianeo, que derogó la Ley Julia Misela, se dice en las Leyes II y III del Título XL, Libro VI lo siguiente: "Séales lícito a las mujeres, aun habiendo menospreciado la conminación de sus maridos que les imponen la viudez y sin haber prestado juramento de haber de procesar hijos, pasar esto, no obstante, a segundas nupcias, dejando de tener lugar semejante pena, ora tengan hijos, ora no, porque habiendo creado la naturaleza a las mujeres para esto, para dar a luz hijos, y consistiendo en esto su más vivo deseo, queremos que nuestra República se aumente y se pueble con muchos hombres legítimamente procreados". El mismo autor añade que estas disposiciones fueron derogadas por los capítulos 43 y 44 de la Novela 22. Ramón Faus Esteve, *La vida licenciosa del cónyuge viudo y sus consecuencias jurídicas. Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander (septiembre 1950)* (Madrid: Colegio Notarial, 1959), pp. 26-27.

[252] (Puesto que la naturaleza ha producido a las mujeres con el fin de que den a luz, y en esto se ha establecido su mayor deseo…2. En verdad es necesario que nuestra república aumente y se frecuente con el nacimiento de muchos hombres).

[253] María Isabel Núñez Paz, "Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater semper certa est,*" *e-Legal History Review*, n.º 28 (2018).

[254] El *ius trium liberorum* («derecho de los tres hijos). Otorgaba beneficios a las ciudadanas romanas que tuvieran tres hijos en el caso de las mujeres libres (*ingenuae*) y cuatro para las libertas, consistente en la liberación de la tutela masculina (*tutela mulierum*), permitiéndoles administrar sus bienes y heredar de sus hijos. Estas medidas buscaban fomentar la natalidad entre las clases altas romanas y reforzar las estructuras familiares tradicionales. Véase también Susan Treggiari, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*

les permitía, entre otras prerrogativas, quedar exentas de la tutela masculina, tras haber tenido tres hijos si eran ingenuas o cuatro hijos si eran libertas, o heredar directamente de sus descendientes en caso de sucesión intestada[255].

Dión Casio, en su *Historia Romana,* recoge un discurso atribuido al propio Augusto en el que exhorta a los ciudadanos a la procreación[256]. En él, establece que la reproducción no solo fortalece a la unidad familiar, sino que garantiza la supervivencia del Estado mediante la producción de nuevos ciudadanos y soldados[257].

La necesidad imperiosa de tener hijos biológicos para eludir estas penalizaciones impuestas por las leyes de Augusto condujo a que algunos ciudadanos optaran por estrategias fraudulentas. Según relata Tácito en sus *Anales,* se extendió la "perversa costumbre" de las adopciones ficticias entre ciertos candidatos sin hijos, quienes poco antes de una elección o al reparto de provincias adoptaban nominalmente a un niño con el fin de eludir la *Lex Papia Poppaea*, la cual otorgaba preferencia a los *paterfamilias* con descendencia frente a sus competidores sin hijos. Una vez conseguido el cargo, los adoptantes emancipaban al hijo adoptivo. Ante las protestas de los que padres reales, el Senado promulgó un decreto que invalidaba estas adopciones simuladas a efectos políticos y restringía el acceso a herencias o legados en ausencia de hijos verdaderos[258]. Existían, por tanto, diversas tácticas para evitar la sanción; desde el matrimonio legítimo hasta alternativas en caso de esterilidad, como la

(Oxford: Clarendon Press, 1991), pp. 74–78; Jane F. Gardner, *Women in Roman Law and Society* (Bloomington: Indiana University Press, 1986), pp. 34–36. En el entorno rural, este ideal natalista se encuentra en Columela, quien señala "A las mujeres más fecundas que tuvieran cierto número de hijos se les debe también dar premio: nosotros las hemos dispensado algunas veces de trabajar y aún les hemos dado la libertad. Lo primero, a la que tenía tres hijos y lo segundo a la que tenía más. Pues esta justicia y este cuidado del padre de familia contribuyen mucho a aumentar su patrimonio". Este pasaje muestra no solo el reconocimiento privado a la fecundidad femenina, sino también la influencia de políticas públicas como el *ius trium liberorum*, Columela, *Los XII Libros de Agricultura*, I .8, *Los XII Libros de Agricultura*, tomo I, trad. Vicente Tinajero (Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1879).

[255] Gayo *Inst*., I, 157 y 171.

[256] Dión Casio, *Historia Romana*, 56, 1–10, trad. Juan Manuel Cortés Copete, en *Historia romana. Libros L–LX,* trad. Juan Manuel Cortés Copete, (Madrid: Editorial Gredos, 2011).

[257] He aquí un extracto: "Porque si no hubiera sido por los hijos, la vida misma no habría existido para nosotros ni habría sobrevivido a nosotros; y si nosotros también nos desanimamos de la procreación, las ciudades, las tierras y el mar, aunque estuvieran llenos de todo tipo de bienes, y de flores, sin embargo, serían desolados y desprovistos de toda compañía humana, y no habría habido ningún placer en ellos para nadie, puesto que no habría habido hombres que pudieran disfrutarlos".

[258] Tácito, *Anales*, 50.15.19, trad. Beatriz Antón Martínez (Madrid: Ediciones Akal, 2007), y Alejandro Tofiño Padrino, *Matrimonio, prohibiciones matrimoniales y concubinato en derecho romano* (Madrid: Dykinson, 2021), pp. 233-234.

adopción, el divorcio para contraer nupcias con mujeres de fertilidad probada o, incluso, la cesión de la propia esposa a terceros, fenómeno que se analizara en este capítulo.

En resumen, en el Derecho romano, la finalidad primordial del matrimonio era la procreación de hijos legítimos (*liberorum quaerendorum causa*). Este objetivo tenía implicaciones tanto privadas como públicas. En el ámbito familiar, garantizaba la transmisión del patrimonio y la continuidad a través de los herederos; desde la perspectiva del Estado, aseguraba el crecimiento demográfico y la estabilidad social, como se evidencia en la legislación augusta, especialmente en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*. Juristas como Ulpiano y Gayo insisten en que el matrimonio legítimo (*iustae nuptiae*) tiene por fin "tener hijos y educarlos para la República", consolidando la extensión cívica de este vínculo. Todo ello no hace más que afirmar la importancia de la figura de la mujer en su capacidad procreativa. En la práctica jurídica, el lenguaje latino ratifica esta idea a través de expresiones como *in matrimonium ducere*[259] (conducir al matrimonio), donde el varón "toma" a la mujer quien es entregada (*in matrimonium dare o collocare*[260]) por su familia para ser incorporada a la familia del marido (*in matrimonium habere*[261]), donde la recibe (*accipere*).

En este contexto, la función de la mujer se limitaba al ámbito doméstico y reproductivo. La cultura romana valoraba la virtud, la modestia y la obediencia siendo el ideal de mujer romana aquella que se dedicaban a su hogar. El derecho romano la definía como *mater* o *matrona* con la expectativa implícita de que llegará a ser madre[262]. La mitología y la religión romanas

---

[259] Suetonio, *Julio César,* 52.3:*...uxores liberorum quaerendorum causa quas et quot uellet ducere liceret...* (tomar esposas con el fin de tener hijos). Esta expresión implica que el hombre es quien inicia activamente el matrimonio al tomar una esposa.

[260] Cicerón, *Sobre la adivinación*, 1.104 (*De divinatione*): "…*cum diceret Caeciliam Metelli, cum vellet sororis suae filiam in matrimonium collocare* (Normalmente el padre o tutor de la mujer da a una hija en matrimonio; describe el acto legal de transferir a la mujer al marido. Implica la aprobación social y jurídica de la unión, muchas veces con el objetivo de fundar una familia), trad. y notas de Julio Pimentel Álvarez (México: UNAM, 1991).

[261] Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 4.3.2…*uxorem se liberorum quaerundorum causa habere*… (tener una esposa con el fin de tener hijos). Al relatar el primer divorcio conocido, el de Espurio Carviglio Ruga, motivado por la falta de hijos.

[262] Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 18.6: "En efecto, parece mucho más probable lo que han escrito los intérpretes competentes de los términos antiguos, que «matrona» se aplicaba propiamente a la que había contraído matrimonio con un hombre, mientras permaneciera en ese estado, aunque aún no les nacieran hijos; y que se llamaba así por la palabra *mater*, o «madre», estado que aún no había alcanzado, pero que tenía la esperanza y la promesa de alcanzar más tarde. *Matrimonium* mismo, o «matrimonio», tiene la misma derivación; pero sólo se llama «madre de familia» a la mujer que está en poder y posesión de su marido, o en poder y posesión de aquel bajo cuya autoridad está su marido; puesto que había llegado, no sólo a un estado de matrimonio, sino también a la familia de su marido y a la posición de su heredero). Aulo Gelio, *Noches Áticas,* vol. II, traducido al inglés por John C. Rolfe (Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd., 1927). Traducción propia al español.

también corroboraron estos roles de género tradicionales: las diosas femeninas y las figuras mitológicas a menudo representaban aspectos del hogar y la fertilidad, mientras que los dioses masculinos personificaban el poder, la guerra y la autoridad.

Tras la legislación matrimonial de Augusto, no se produjo un nuevo cuerpo normativo de igual alcance, sino una evolución en su aplicación y en la práctica. Aunque las leyes augustas permanecieron formalmente vigentes, emperadores como Tiberio y Claudio suavizaron su empleo mediante dispensas y excepciones. Con el paso del tiempo, la presión para casarse y procrear perdió intensidad, y el matrimonio volvió a concebirse progresivamente como un acuerdo privado más que como un deber cívico. Finalmente, a partir del siglo IV, bajo la influencia de los emperadores cristianos como Constantino y Teodosio, el enfoque jurídico y moral del matrimonio experimentó un giro decisivo: la preocupación por la natalidad, característica de épocas anteriores fue sustituida por una atención creciente a la indisolubilidad, la fidelidad y la regulación moral de la vida conyugal por la influencia del cristianismo. Sin embargo, la procreación no desapareció del horizonte matrimonial: en el marco cristiano continuó siendo un fin esencial, aunque dejó de entenderse como un deber impuesto por el Estado para convertirse en uno de los bienes espirituales del matrimonio definidos por la moral cristiana[263].

2.3. Esterilidad: estigma social y responsabilidad reproductiva

La mujer romana se encontraba sometida a una fuerte presión social para cumplir con su función reproductiva. La esterilidad femenina, real o atribuida, no solo amenazaba la estabilidad del matrimonio, sino también su posición personal dentro de la sociedad. El hecho de que la reproducción fuese considerada el destino natural y deseable de la mujer, incluso en época de Justiniano, implicaba que la falta de hijos podía percibirse como una forma de exclusión o fracaso. Ante esta realidad, muchas mujeres se veían obligadas a buscar alternativas para responder a esta expectativa central, lo que permite comprender mejor el tratamiento de la incapacidad de procrear en el ámbito matrimonial romano.

2.3.1. La incapacidad de procrear en el matrimonio romano

[263] Véase, entre otros: Treggiari, *Roman Marriage*, pp. 60–85; Max. Kaser, *Derecho privado romano* (Madrid: Reus, 1999), pp. 73–78; Peter Brown, *El cuerpo y la sociedad* (Madrid: Muchnik, 1993), pp. 105–150; Kyle Harper, *From Shame to Sin* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013), cap. 2.

En la sociedad romana la virtud máxima de la mujer era su fecundidad[264] entendida como la capacidad de concebir, gestar y alumbrar hijos sanos, preferentemente varones, que alcanzaran la edad adulta[265]. El éxito de una esposa no solo se medía por el número de hijos que podía tener, sino que además sobrevivieran y que fueran íntegros. Se esperaba que la matrona participara activamente en su formación, inculcando valores como la *pudicitia* y la *pietas*[266] pilares éticos de los futuros ciudadanos romanos[267]. Si los hijos resultaban decepcionantes o inmorales la responsabilidad social solía recaer sobre la figura materna.

Al no percibiste la procreación como un asunto privado, sino como una cuestión de Estado, se ha comprobado que Roma implementó numerosas políticas para fomentar el crecimiento demográfico, desde las leyes matrimoniales de Augusto hasta los planes de alimentos *(alimenta)* del emperador Trajano, para apoyar la crianza infantil[268]. De este modo, la

---

[264] La fecundidad se refiere a la capacidad biológica potencial de un individuo o población para reproducirse, es decir, la habilidad fisiológica para concebir y engendrar descendencia bajo condiciones ideales. En cambio, la fertilidad es la realización práctica de esa capacidad, el número real de nacimientos en una población o individuo, que puede verse afectado por factores sociales, culturales y económicos. Esta distinción es fundamental en estudios demográficos y médicos. Véase John Bongaarts, "Fertility and Reproductive Health", en *International Encyclopedia of Public Health*, ed. W. H. Heggenhougen (San Diego: Academic Press, 2008): pp. 392–399; Melissa Smarr, Kathrine J. Sapra, Allison Gemmill, et al., "Is Human Fecundity Changing? A Discussion of Research and Data Gaps Precluding Us from Having an Answer", *Human Reproduction* 32, n º 3 (2017): pp. 499–504.

[265] Jean Noel Robert afirma que la mujer era concebida como "un instrumento de procreación para que el ciudadano pudiera garantizar su descendencia en beneficio del Estado". Jean Noel Robert, *Eros romano: sexo y moral en la Antigua Roma* (Madrid: Editorial Complutense, 1999), p. 103.

[266] *Pudicitia* y *pietas* son dos virtudes fundamentales del ideal femenino (y ciudadano) romano. Ambas se exaltaban como cualidades esenciales en mujeres y hombres, pero especialmente en las matronas, como madres y formadoras de futuros ciudadanos. La *pudicitia* debe ser entendida como castidad. La *Lex Iulia de Adulteriis* también se llama *de pudicitia,* al refiriere a los delitos contra la castidad. Sobre el término *pietas* recuerda Papiniano en D. 28.7.15 (*Pap. Lib. XVI Quaes*t.): *...nam quae facta laedunt pietatem, existmationem, vercundiam nostram, et, ut, generaliter doxerim, contra bonos mores fiunt*… (no podemos cometer actos que lesionen nuestra conducta obediente (*pietas*), nuestra reputación {*estimatio*), nuestra forma moral de pensar, y en general, sean contrarios a las buenas costumbres). Cicerón también aborda la función reproductiva y social de la mujer en *Sobre las leyes,* 3, 3.7, trad. y notas de Baldomero Estrada Morán, intr. de Antonio Gómez Robledo (Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1948), mientras que Valerio Máximo menciona ejemplos de virtud femenina relacionados con la maternidad en *Hechos y Dichos memorables,* 2. 9.1.

[267] Propercio, *Elegias,* 4.11, vv. 69-72: *mihi cumba volenti / soluitur aucturis tot mea fata meis… / haec est feminei merces extrema triumphi* (se me anuda la nave, en mi deseo de continuar mi linaje… esa es la última recompensa del triunfo femenino). Propertius. *Elegies*, trad. H.E. Butler (London: Heinemann, 1912), pp. 102-103. Sobre Cornelia, madre de los Gracos. Aquí la voz de Cornelia glorifica la muerte de sus hijos destacando la fecundidad como una virtud celebrada públicamente, vinculada al honor familiar y al deber cívico, y que se compara con un triunfo, símbolo del rol moral que se espera de una madre romana.

[268] A*limenta* fue un sistema estatal de asistencia social fundado por Nerva (98–117 d. C.) y ampliado por Trajano, consistente en la concesión de ayudas económicas y alimentarias a menores con el objetivo de sostener la población ciudadana. Véase Richard Duncan-Jones, "The Purpose and Organisation of the Alimenta", *Papers of the British School at Rome* 32 (1964), pp. 123–146. Además de este programa, el Imperio contó con otras medidas de hoy diríamos, bienestar social, como las *congiaria* (distribuciones de alimentos o dinero), el sistema estatal de aprovisionamiento *annona,* y subsidios al matrimonio o la natalidad ligados a la *Lex Papia Poppaea*. Véase Tácito, *Anales*, 12.43; Suetonio, *Augusto*, 34 y Fergus Millar, *The Emperor in the Roman World (31 BC–AD 337)* (London: Duckworth, 1992), pp. 318–322.

fecundidad femenina se erigía en un indicador de la salud, fuerza y continuidad de la nación. Otro ejemplo de acción institucional era la celebración anual de las festividades romanas asociadas a la fertilidad, la reproducción y el crecimiento de la población, con un interés religioso y político por favorecer la natalidad y el bienestar del pueblo. Una de las más conocidas era Lupercalia[269] (15 de febrero) la fiesta de la purificación y fertilidad, vinculada a los orígenes míticos de Roma.

El deseo de expansión de Roma estaba ligado a la necesidad constante de aumentar el número de ciudadanos, aunque no a cualquier precio. Esta política incluía la integración de extranjeros y la concesión de la ciudadanía a libertos, mediante disposiciones como la *lex Aelia Sentia* (año 4 d. C.). Esta ley formaba parte de la estrategia de Augusto para restringir las manumisiones y atenuar sus efectos, pero había excepciones. Según Gayo, la *manumissiones vel causae probatione* concedía la ciudadanía basada en la capacidad reproductiva y la demanda estatal de incrementar la población[270].

La literatura también afianza este ideal materno. Valerio Máximo narra la célebre anécdota de Cornelia**,** madre de los Gracos, quienes presentaba a sus hijos como sus "mejores joyas", el mayor ornamento que podía ostentar una matrona[271]. Si los hijos se consideraban la mejor joya de una matrona, una esposa fértil era el accesorio más prestigioso de un hombre, tener una descendencia numerosa, como los siete hijos del general romano Quinto Cecilio Metelo era motivo de orgullo público[272].

La fecundidad de las mujeres imperiales también se utilizó para hacer valer las pretensiones de estabilidad y sucesión dinástica. Las emperatrices servían como modelo para que otras mujeres siguieran su ejemplo. Un emperador con una esposa fecunda era un defensor de los valores romanos tradicionales y de las expectativas sociales, el creador de un entorno en el que sus súbditos podían sentirse seguros para reproducirse y repoblar. Tácito, en *Anales* 1.40–45, narra

---

[269] En esta festividad se procedía al sacrificio de cabras y flagelación simbólica de mujeres por los "Luperci" para favorecer la concepción. Plutarco, *Vida de Rómulo*, 21, Plutarco, *Vidas paralelas*, *Vol. I,* trad. Antonio Ranz Romanillos, (Madrid: Imprenta Real, 1821).

[270] Gayo*, Inst.,* I 29. Este beneficio también fue recogido en la *Lex Iunia Norbana* y extendido por un senadoconsulto en el reinado de Vespasiano.

[271] Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables,* 4.4. praef.; *Maxima ornamenta esse matronis liberos, nemo dubitat* (Nadie duda de que los hijos son el mayor adorno para las matronas).

[272] Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables,* 7.1.1: eodem tempore tres filios consulares, unum etiam censorium et triumphalem, quartum praetorium videret utque tres filias nuptum daret earumque subolem sinu suo exciperet (al mismo tiempo contemplaba a tres hijos consulares, uno de ellos también censor y triunfador, y a un cuarto de rango pretorio, y daba en matrimonio a tres hijas, acogiendo en su regazo a la descendencia de estas).

cómo Agripina la Mayor apareció con sus seis hijos durante la sublevación en el Rin, frenándola con su presencia digna y maternal. Aunque no se nombran a los seis, fuentes genealógicas coinciden en que, de sus nueve hijos con Germánico, seis de ellos sobrevivieron en la infancia, lo que dio solidez a su fecundidad como modelo ejemplar. En la iconografía dinástica, esta virtud se representaba mediante la figura alegórica de *Fecunditas,* personificación romana de la fertilidad, acompañada de niños y asociada a la continuidad imperial[273]. Un ejemplo lo ofrece un denario de Faustina la Menor, acuñado entre 161 y 176 d.C., donde aparece la inscripción *FECVNDITAS* junto a una figura femenina que sostiene un niño, evocando la imagen idealizada de la emperatriz como madre del futuro imperio.

Por el contrario, la falta de fertilidad en la mujer era un verdadero estigma social que podía afectar a su matrimonio y la familia. El Digesto recoge textos que indican que una mujer no era apta para tener hijos si daba a luz a niños muertos, tenía polimenorrea, amenorrea menstrual o una pelvis estrecha[274]. No existen datos estadísticos sobre la infertilidad de los matrimonios en aquella época, pero las fuentes literarias, jurídicas y médicas del periodo republicano y alto imperial, expresaban una gran preocupación por la falta de hijos[275]. Cuando no se lograba tener descendencia tras años de matrimonio, se asumía que la causa residía en la mujer. Esta idea fue fomentada por la legislación augusta que vinculaba la fecundidad femenina a la maternidad, sin tener en cuenta, inicialmente, la posibilidad de la infertilidad o esterilidad masculina. Si la esposa no podía concebir esto podía derivar en el repudio del esposo, la vergüenza social y la búsqueda de alternativas para tener hijos.

---

[273] Faustina la Menor (Faustina II, esposa de Marco Aurelio, 161–175 d.C.), Lucilla (hija de Marco Aurelio y Faustina la Joven, como *Augustae*, 164–182 d.C.), Julia *Mamaea* (madre de Septimio Severo, 222–235 d.C.), Salonina (esposa de Galieno, c. 253–268 d.C.).

[274] D. 21. 1. 14 pr. (*Ulp. 1 Ed. Aed. Curul.*): *Quaeritur de ea muliere, quae semper mortuos parit, an morbosa sit: et ait Sabinus, si vulvae vitio hoc contingit, morbosam esse* (se pregunta si es enferma la esclava que siempre da a luz a criaturas muertas, y Sabino dice que, si es por defecto de la vulva, es enferma). *2. Puerperam quoque sanam esse, si modo nihil extrinsecus accidit, quod corpus eius in aliquam valetudinem immitteret* (asimismo, en el puerperio se considera sana a la mujer, siempre que nada extraño acontezca que le provoque una enfermedad corporal); D. 21.1.14.7 (*Ulp. 1 Ed. Aed. Curul.) Mulierem ita arctam, ut, mulier fierinon possit sanam non videri constat.* (consta que no es considerada sana mujer de tal modo estrecha, que no puede hacerse mujer); D. 21. 1. 15 (*Paul.11 Sab.): Quae bis in mense purgatur, sana non est, item quae non purgatur, nisi per aetatem accidit* (la que menstrúa dos veces al mes no es sana, como tampoco la que no menstrúa, salvo que esto se deba a la edad).

[275] Véanse, entre otras fuentes: Columela, *Los XII Libros de Agricultura*, I. 8, donde se valora la fecundidad femenina como atributo deseable en el contexto rural, lo que revela la funcionalización de la mujer como garante de la continuidad doméstica; y Sorano de Éfeso, *Ginecología*, especialmente en los libros I y II, donde se trata la infertilidad femenina desde una perspectiva médica, distinguiendo entre causas naturales y adquiridas, y proponiendo tratamientos para corregirla. Aunque no se menciona explícitamente como estigma, ambas obras reflejan la presión social sobre la mujer romana para cumplir con su rol reproductivo.

Las fuentes narran episodios sobre la esterilidad de las mujeres casadas; Apiano relata en *Guerras Civiles*, I.20, la historia de una mujer romana Sempronia, casada con Escipión Emiliano que no fue querida ni correspondida con afecto alguno, debido a su fealdad y su esterilidad: *Et ipsa nec amabatur nec amabat, quod deformis erat et sterili*[276]. La frase es breve pero poderosa, ya que conecta dos aspectos fundamentales de las expectativas sociales hacia la mujer romana: la belleza física como valor conyugal, y la fertilidad como criterio determinante del matrimonio, sobre todo en las clases altas, donde la descendencia era vital para la continuidad del poder.

Otro ejemplo es el citado primer caso de divorcio documentado en Roma de Espurio Carvilio Ruga, quien se divorció de su esposa debido a su esterilidad, a pesar de amarla. Valerio Máximo relata que Carvilio había jurado ante los censores que tomaba esposa con el propósito de tener hijos[277] por lo que la ausencia de descendencia se interpretó como una falta atribuible a la mujer[278].

En otras sociedades antiguas también se desarrollaron diversas estrategias para asegurar la continuidad familiar si la mujer no era fecunda. Goody[279] en un estudio comparativo sobre producción y reproducción en Eurasia y África, señala que muchas culturas recurrían a la poligamia para tener herederos, pero existían otras alternativas como: continuar con la esposa estéril y adoptar un heredero; divorciarse y casarse con una mujer fértil que ya hubiera tenido hijos o estuviera embarazada; o introducir concubinas (policoito)[280] o segundas esposas en el hogar.

---

[276] Apiano, *Guerras Civiles*, 1.20: La causa de su fealdad y esterilidad, ni era amada ni amaba, *Historia Romana II: Guerras Civiles (Libros I–II)*, trad. Antonio Sancho Royo (Madrid: Editorial Gredos, 1985).

[277] Aulo Gelio, *Noches Áticas,* 4.20.1-3, en el que describen ejemplos de la severidad de los censores, incluyendo el juramento ritual sobre las esposas.

[278] Valerio Máximo, Hechos y dichos memorables, 2.1.4, también relata el divorcio de Espurio Carvilio Ruga: : Spurius Carvilius, vir nobilis, uxorem, quam eximie dilexit, repudiavit, quod ex ea propter corporis vitium liberi non nascerentur (Espurio Carvilio, un hombre noble, repudió a su esposa, a quien amaba profundamente, porque debido a un defecto de su cuerpo no le nacían hijos); Cicerón, Sobre las leyes, 3, 7: Matrimonia propter liberorum procreationem instituta sunt, ut res publica perpetua sit (los matrimonios se establecieron para la procreación de hijos, para que el estado perdure). Enfatiza que el matrimonio debe servir a la procreación para la estabilidad del estado.

[279] Jack Goody, *Production and Reproduction: A Comparative Study of the Domestic Domain* (Cambridge; Cambridge University Press, 1976), pp. 41-65.

[280] El término "polycoity", usado en estudios médicos antiguos, puede traducirse como "policoito" o "copulación múltiple", y designa la práctica de mantener relaciones sexuales con varios hombres. En contextos romanos, se asocia a la prostitución o a la crítica moral de la promiscuidad femenina. Goody, *Production and Reproduction,* p. 42.

Roma desarrollo practicas análogas para asegurar la descendencia de la *domus*. Si bien la monogamia era el modelo oficial, había alternativas toleradas como las expuestas por Goody: el repudio o divorcio de la esposa estéril para contraer nuevas nupcias con una mujer fértil, la adopción, o tener hijos con una concubina.

El repudio de la mujer estéril se vincula con aquellas formas de disolución del matrimonio que la doctrina ha relacionado con el *divortium ex bona gratia* justinianeo, es decir, supuestos en los que el vínculo podía disolverse sin atribución de culpa a ninguno de los cónyuges. No obstante, no existe una base clara en las fuentes que permita afirmar que la esterilidad femenina se configurara como una causa autónoma de divorcio. Con todo, la falta de descendencia favorecía en la práctica la disolución del matrimonio y la celebración de nuevas nupcias.

En el Digesto se contemplaba la posibilidad de realizar donaciones entre cónyuges por causa de divorcio, cuando este se producía por motivos como el sacerdocio o la esterilidad (D. 24.1.60.1)[281]. La expresión "entre marido y mujer" indica que la ley permitía estas donaciones en el contexto matrimonial, sin especificar un sentido único de quién da y quién recibe. Sin embargo, en la práctica jurídica romana, estas donaciones solían provenir del esposo hacia la esposa, como forma de compensación por la ruptura del vínculo, especialmente cuando la causa del divorcio no implicaba culpa e impedían la convivencia.

En el segundo caso, la adopción en Roma era una vía reconocida para incorporar a un hijo en la familia y garantizar la transmisión patrimonial y el mantenimiento de la *domus*[282]. El adoptado pasaba a ocupar el lugar de un hijo legítimo, gozando de todos los derechos sucesorios, aunque no siempre fue una opción preferida frente a la descendencia biológica[283].

En cuanto al concubinato esta funcionó como una opción socialmente aceptada si el matrimonio fallaba en su fin procreativo. Aunque carecía de regulación específica, se toleraba

[281] D. 24.1.60.1 (*Herm. 2 Ep*.): *Divortii causa donationes inter virum uxorem concessae sunt: saepe enim evenit, uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem* (están permitidas entre marido y mujer las donaciones por causa de divorcio, porque muchas veces sucede que por causa de sacerdocio o también por esterilidad).
[282] Goody, *Production and Reproduction,* pp. 69-71.
[283] Gayo, *Inst.,* I. 97–107.

para obtener descendencia sin disolver el vínculo matrimonial ni incurrir en adulterio. Ahora bien, la prole nacida de esta unión no adquiría automáticamente la condición de legítima[284].

En conclusión, estas soluciones, muestran una coincidencia entre el sistema romano y otros modelos que priorizaban la continuidad de la estirpe por encima de los vínculos afectivos o individuales, Goody ha señalado que tanto la poligamia como la existencia de "esposas secundarias", preservaban el vínculo del matrimonio principal; sin embargo, este esquema no era aplicable a Roma, donde la poligamia estaba prohibida y el concubinato, aunque permitido, no generaba hijos legítimos. Por ello, a diferencia de las sociedades descritas por Goody, en Roma el concubinato no constituía una alternativa totalmente válida para suplir la esterilidad de la esposa, cuando el objetivo era obtener un heredero legítimo, siendo el divorcio y la celebración de un nuevo matrimonio las vías más adecuadas.

Aunque la esterilidad se ha analizado principalmente desde la perspectiva femenina, también se ha de considerar, aunque con menor desarrollo en las fuentes, el supuesto de la esterilidad masculina, tradicionalmente asociada a la impotencia. Esta fue causa de disolución del matrimonio en el siglo VI d.C., cuando el emperador Justiniano limitó el divorcio y reguló el *divortium bona gratia*[285]*,* por impotencia, permitiendo así a la familia de la esposa recuperar la dote si el marido no podía consumar tras los dos primeros (luego tres) años de matrimonio[286].

En la época imperial, los hombres impotentes eran objeto de burla. Marcial, en sus *Epigramas*, ridiculizó a hombres como Fabulo por intentar obtener el *ius trium liberorum*, privilegio reservado a quienes habían tenido tres hijos, a pesar de su presunta impotencia:

> *Uxor cum tibi sit formosa, pudica, puella, / Quo tibi natorum iura, Fabulle, trium? / Quod petis a nostro supplex dominoque deoque, / Tu dabis ipse tibi, si potes arrigere*[287].

---

[284] Patricia Panero, "El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho," *Revista Internacional de Derecho Romano* (2010). Es a partir de la época justinianea cuando al equipararse el matrimonio y el concubinato, los hijos nacidos de estas uniones pueden legitimarse.

[285] Este tipo de divorcio se basa en motivos previstos por la ley, pero que no implican culpabilidad en el otro cónyuge, por lo que no cabe sanción alguna. Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, p. 283.

[286] C. 5.17.10 e I. 117.12.

[287] Marcial, *Epigramas*, 9. 66 (Teniendo como tienes una mujer hermosa, honesta, joven, ¿para qué necesitas, ¿Fabulo, los derechos de los tres hijos? Lo que pides suplicante a nuestro señor y dios te lo darás tú mismo, si eres capaz de arrechar). Martial, *Epigrams*, vol. I, transl. by Walter C. A. Ker (Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd., 1919), Traducción propia del inglés.

El poeta ironiza sobre la contradicción entre los requisitos de fecundidad y la realidad física del personaje, demostrando cómo la virilidad y la capacidad reproductiva se hallaban relacionadas a ciertos favores imperiales. En este contexto, Marcial sugiere con sarcasmo que Fabulo podría resolver su situación recurriendo a un sustituto que cumpliera por él[288]. El poema destaca la inversión de los roles sexuales tradicionales y se burla de la falta de virilidad, contraponiéndola a las expectativas sociales de la fertilidad masculina. Marcial también se burla de otro personaje, Filino, a quien acusa de haberse convertido en padre sin haber mantenido jamás relaciones sexuales:

> *"Qua factus ratione sit requiris, / Qui numquam futuit, pater Philinus? / Gaditanus, Avite, dicat istud, / Qui scribit nihil et tamen poeta est"*[289].

El poeta utiliza la paradoja para cuestionar la autenticidad de la paternidad. La respuesta irónica que propone es que lo explique un "gaditano", probablemente aludiendo a un bailarín o artista exótico de Gades (la actual Cádiz), ciudad asociada en la literatura romana a lo sensual y frívolo. Este personaje es descrito como alguien que no escribe nada, pero se hace llamar poeta, una comparación que insinúa, de forma mordaz, que, así como hay poetas que no componen versos, también puede haber padres que no engendran. La crítica de Marcial puede interpretarse como una sátira no solo de la impotencia o la hipocresía social sino también de ciertas prácticas como la adopción, la suplantación del rol paterno o los mecanismos para obtener beneficios legales sin cumplir los requisitos morales o biológicos**.** Si bien en el texto no se menciona, no hay duda de que se recurre a otro hombre para que fecunde a la esposa de Filino.

Lucrecio, por su parte, explica la imposibilidad de concebir a partir de causas físicas, alejándose de interpretaciones basadas en la voluntad de los dioses, buscando causas físicas en la infertilidad, atribuyéndola a la inadecuada mezcla entre el semen masculino y el femenino, ya sea por su excesiva fluidez o densidad, lo que impedía su correcta fijación o combinación[290].

---

[288] Marcial, *Epigramas*, 9, 91: *"Exornat pueros nitidissima curis / et Mauras aperit sibi pilenta togas, / inter femineas tunicas latitatque cucullus, / et miseram dubiae mentula portat heram. / Complentur pueri spadonibus, ipse nec ipse / concipit, et queritur Polla quod exta parit."* (Adorna con esmero a sus muchachos y se abre togas mauras, / entre túnicas femeninas se oculta su capucha, / y su miserable miembro sirve a una señora dudosa. / Posee un conjunto completo de eunucos y no se lo levanta él mismo; / y se queja porque Polla no da a luz.).

[289] Marcial, *Epigramas*, 10. 102: (¿Me preguntas, Avito, ¿cómo llegó a ser padre Fileno, él que nunca ha yacido con nadie? Gaditano puede decírtelo, él que, sin escribir nada, afirma ser poeta).

[290] Lucrecio, *De la naturaleza de las cosas,* 4.1233–1249: *Nec divina satum genitalem numina cuiquam absterrent, pater a gnatis ne dulcibus umquam appelletur et ut sterili Venere exigat aevom; quod plerumque putant et multo sanguine maesti conspergunt aras adolentque altaria donis, ut gravidas reddant uxores semine largo; ne quiquam*

Este enfoque es sorprendente por su modernidad, pues introduce la posibilidad de que la causa de la esterilidad no recaiga exclusivamente en la mujer, sino también en el varón. Además, sugiere que la concepción no depende solo de una aptitud individual, sino de la combinación entre los cuerpos de los progenitores, lo que apunta a una explicación basada en factores físicos y no en determinaciones absolutas.

Hoy en día, la esterilidad no siempre es un problema individual, sino que en muchos casos es un problema de pareja, condicionado por factores de compatibilidad biológica. Se han documentado situaciones en las que una pareja no logra concebir juntos, pese a no presentar alteraciones aparentes, mientras que sí pueden hacerlo con otras personas. Esta observación guarda relación con explicaciones antiguas, como la de Lucrecio, quien atribuía la concepción a la adecuada confluencia entre los cuerpos. Este planteamiento se ajusta a la realidad social romana, marcada por la frecuencia del divorcio y la viudez, donde el cambio de pareja podía ofrecer nuevas oportunidades reproductivas. Este dato es importante para comprender las cesiones de vientres entre amistades en Roma, tema que se desarrollara más adelante.

2.3.2. La homosexualidad y la obligación de descendencia

Conviene hacer una breve referencia a la homosexualidad en la sociedad romana para entender mejor la relación entre sexualidad y reproducción. En Roma, las relaciones entre hombres eran conocidas y, en determinados contextos, toleradas, aunque su valoración dependía del estatus social y del rol adoptado dentro de la relación. Incluso en aquellos casos en los que las relaciones entre hombres se desarrollaban al margen de la procreación, la descendencia seguía siendo un objetivo fundamental, que solo podía alcanzarse a través de una mujer. Esta idea establece una analogía con la actualidad, donde, pese al reconocimiento del matrimonio entre

---

divom numen sortisque fatigant; nam steriles nimium crasso sunt semine partim, et liquido praeter iustum tenuique vicissim. tenve locis quia non potis est adfigere adhaesum, liquitur extemplo et revocatum cedit abortu. crassius hinc porro quoniam concretius aequo mittitur, aut non tam prolixo provolat ictu aut penetrare locos aeque nequit aut penetratum aegre admiscetur muliebri semine semen.(No impiden a ninguno las deidades el propagar la especie, y que le llamen padre de sus dulces hijos; o que vivan en un perpetuo estéril himeneo, como lo creen muchos, y afligidos las aras bañan de copiosa sangre y llenan de presentes los altares para que con raudales de semilla empreñen sus mujeres: pero en vano a los dioses y oráculos fatigan. Estériles se quedan las mujeres cuando el semen es fluido o espeso con extremo: muy fluido no puede fijarse en los parajes destinados, se corre y se derrama en el momento; muy espeso, su misma consistencia no le deja saltar bastante lejos y penetrar los sitios igualmente, o penetrando en ellos con el semen de la mujer no es fácil se entrevere), trad. Abate Marchena (Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984).

personas del mismo sexo en muchos ordenamientos, las parejas masculinas continúan dependiendo de una mujer para tener hijos biológicos.

Había ciertas leyes como la *Lex Scantinia* que sancionaba determinadas conductas sexuales consideradas ilícitas (*stuprum)* especialmente aquellas contra personas libres*,* menores de edad y en las que los hombres adoptaban el rol pasivo sexual con otro varón[291]. No obstante, una cuestión eran las relaciones sexuales entre varones y otra muy distinta la posibilidad de contraer matrimonio, pues el derecho romano no lo contemplaba. Aunque las fuentes literarias mencionan la celebración de ceremonias entre hombres, estas no eran reconocidas por el derecho romano al no cumplir la finalidad de la procreación. Así lo refleja la definición de Modestino recogida en el *Digesto*, que ya se analizó y que describe el matrimonio como la *coniunctio maris et feminae,* como fundamento natural de este[292].

Juvenal y Marcial satirizaron este tipo de uniones, precisamente por su incapacidad natural para tener hijos. Juvenal, en una de sus sátiras, describe con ironía la ceremonia entre hombres, presentándola como un evento grotesco y carente de legitimidad[293]. A modo de premonición insinúa que, con el tiempo, estos acontecimientos acabarán por celebrarse abiertamente, aunque insiste que nunca podrán tener hijos. Juvenal se burlaba de los "aspirantes a novias" condenados a la infecundidad y, por tanto, incapaces de mantener el afecto de sus esposos mediante la descendencia. De nada les servía recurrir a remedios como el "botiquín de la hinchada Lyde[294]", ni extender las manos hacia los rituales simbólicos de fecundidad, como los azotes

---

[291] Craig A. Williams, *Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity* (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 114, 119-24, 194.

[292] D. 23. 2. 1. (*Mod.,* 1 *Reg.)*: "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et (1) consortium omnis vitae divini et human iuris communicatio.* "Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano".

[293] Juvenal, *Sátiras,* 2, 134-143: "*quae causa officii? " "quid quaeris? nubit amicus nee multos adhibet." liceat modo vivere, fient, 135 fient ista palam, cupient et in acta referri. interea tormentum ingens nubentibus haeret, quod nequeant parere et pairtu retinere maritos. sed melius, quod nil animis in corpora iuris natura indulget: steriles moriuntur, et illis turgida non prodest condita pyxide Lyde, nee prodest agili palmas praebere luperco.* (¿Cuál es el motivo de ese asunto? «¿Por qué me lo preguntas? Se casa con otro un amigo mío y no invita a muchos. Ojalá vivamos, y basta: esas cosas sucederán a la luz del día, sucederán, y querrán que las publiquen en las Actas de la Ciudad. Entretanto, las casadas se echan sobre sí una gran tortura, porque no pueden parir y retener con el parto a sus maridos, Pero mejor, porque la naturaleza no confiere al alma ningún derecho sobre el cuerpo: mueren estériles, y de nada les sirve la gorda de Lide con su cajita atiborrada de ungüentos, de nada les sirve presentar las palmas de la mano a un luperco habilidoso).

[294] Lide era una mujer que preparaba pócimas para parir.

de Luperco[295]. Para el, estos matrimonios estaban destinados al fracaso debido a un "problema fundamental": la imposibilidad de engendrar hijos y, con ello, de afianzar el vínculo conyugal.

Marcial, por su parte, también se burlaba de los matrimonios entre hombres[296] y, con ironía, interpelaba a sus lectores preguntando si acaso esperaban que la "novia" engendrara hijos, aunque admitía que estas uniones no eran infrecuentes, seguían siendo socialmente desaprobadas. Las críticas de ambos autores muestran un rechazo al matrimonio del mismo sexo y su retórica es similar a la hoy polémica xenófoba antigay.

Desde un punto de vista más reciente, Hersch interpreta estas ceremonias como intentos de reproducir simbólicamente el matrimonio tradicional. La inclusión de referencias a los hijos en estos contextos sugiere que quienes participaban en ellas aspiraban a una unión duradera y socialmente reconocida, similar a la de las parejas heterosexuales. El problema, según los valores de la época, no residía tanto en la relación en sí, sino en su formalización pública como matrimonio legítimo[297].

A pesar del rechazo social hacia este tipo de nupcias, los emperadores romanos no se avergonzaban de su orientación sexual y las fuentes recogen episodios protagonizados por algunos de ellos, como el emperador Heliogábalo (218 d.C.) que se casó con dos hombres: un esclavo y auriga llamado Hierocles[298] y un atleta llamado Zoticus[299]. El emperador Nerón

---

[295] Los Luperco eran un misterioso sacerdocio que, en determinados días, recorría el *pomoerium* ataviado con pieles de cabra y golpeaba a toda mujer que encontraba con correas de piel de cabra para producir fertilidad.
[296] Marcial, *Epigramas*, 124; *Aspicis incomptis illum, Deciane, capillis, cuius et ipse times triste supercilium, qui loquitur Curios adsertoresque Camillos? Nolito fronti credere: nupsit heri.* (No te fíes de las apariencias ¿Ves, Deciano, a aquel hombre con los cabellos revueltos, cuyo severo entrecejo hasta tú lo temes, y que siempre está hablando de los Curios y de los Camilos campeones de la libertad? No te fíes de su cara: ayer se casó como mujer). 12.42: *Barbatus rigido nupsit Callistratus Afro, Hac qua lege viro nubere virgo solet. Praeluxere faces, velarunt flammea vultus, Nec tua defuerunt verba, Talasse, tibi. Dos etiam dicta est. Nondum tibi, Roma, videtur. Hoc satis? ¿expectas numquid ut et pariat?* (Boda de homosexuales. El barbudo Calístrato se desposó ayer con el rudo Afro, con el mismo ritual con que una doncella es costumbre que se despose con un hombre. Alumbraban en cabeza. las antorchas, cubrió su rostro el velo de novia y no te faltaron, Talaso, tus palabras. La dote, también se fijó. ¿Todavía no te parece esto, Roma, suficiente? ¿Esperas, acaso, que también para?).
[297] Karen K Hersch, *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity* (Cambridge University Press, 2010), p. 33.
[298] Dión Casio: *Historia Romana, Epítome* 80. El esposo de esta 'mujer' era Hierocles, un esclavo cario, que había sido anteriormente el favorito de Gordio, de quien aprendió a conducir un carruaje". (texto conservado solo en griego). Véase, Cassius Dio, *Roman History,* vol. 9: *Books 71–80*, Loeb Classical Library 177, trad. Earnest Cary (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1914-1927).
[299] *Historia Augusta,* 10, 2: *Zoticus sub eo tantum valuit, ut ab omnibus officiorum principibus sic haberetur quasi domini maritus. […]. nupsit et coit, ita ut et pronubam haberet clamaretque "Concide Magire," et eo quidem tempore quo Zoticus aegrotabat. quaerebat deinde a philosophis et gravissimis viris, an et ipsi in adulescentia*

también contrajo nupcias con dos jóvenes libertos, uno, Esporo al cual ordenó castrar para convertirlo en "mujer" y, otro, Pitágoras donde Nerón hizo de novia imperial[300]. Estos hechos, aunque escandalosos para la época[301], no acarrearon consecuencias, ya que estos matrimonios en realidad no eran tales. Conviene matizar el uso del término "matrimonio" ya que sería más preciso hablar de ceremonias simbólicas o imitaciones nupciales, carentes de reconocimiento.

Esta tolerancia hacia las relaciones homosexuales se vio restringida con la consolidación del cristianismo. A partir del siglo IV d.C., se promulgaron normas que sancionaban la homosexualidad como la constitución de Constancio II y Constante (C.Th. 9.7.3) Posteriormente, Justiniano endureció las leyes llegando a imponer penas graves[302], lo que

---

perpessi essent quae ipse pateretur, et quidem impudentissime; neque enim umquam verbis pepercit infamibus, cum et digitis impudicitiam ostentaret, nec ullus in conventu et audiente populo esset pudor (Durante su reinado Zoticus tenía tanta influencia que todos los jefes de palacio lo trataban como el consorte de su señor. Con este hombre, Heliogábalo celebró una ceremonia nupcial y consumó el matrimonio, incluso con una matrona de bodas, exclamando: "¡Manos a la obra, cocinero!" — y esto en un momento en que Zoticus estaba enfermo. Después, solía preguntar a filósofos e incluso a hombres de la mayor dignidad si, en su juventud, habían experimentado lo que él estaba experimentando — todo ello sin la menor vergüenza. En efecto, nunca se abstuvo de conversaciones obscenas, hacía gestos indecentes con los dedos y no mostraba respeto alguno por la decencia, ni siquiera en reuniones públicas o ante el pueblo). *Historia Augusta*, ed. Vicente Picón y Antonio Cascón (Madrid: ed. Akal, 1989).

[300] Suetonio, *Nerón,* 28-29, Dión Casio, *Historia Romana,* 63, 13.

[301] Tácito, *Anales,* 15.37: *ipse per licita atque inlicita foedatus nihil flagitii reliquerat quo corruptior ageret, nisi paucos post dies uni ex illo contaminatorum grege (nomen Pythagorae fuit) in modum sollemnium coniugiorum denupsisset. inditum imperatori flammeum, missi auspices, dos et genialis torus et faces nuptiales, cuncta denique spectata quae etiam in femina nox operit*. (pocos días después se unió en matrimonio con la solemnidad seguida en los esponsales con un depravado de nombre Pitágoras. Al emperador se le coloco sobre la cabeza el velo de color rosa de las esposas, se llamaron testigos, se convino la dote, se colocó el tálamo y se eligieron las fases, en público, se ofreció todo lo que, aun tratándose de una dama, se oculta).

[302] I. 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens.* (Mas, nupcias ó matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que comprende el comercio indivisa le de la vida); I. 4.18.4: *Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum ladlo punit, sed et eos, qui cum masculis nefani am (iibidinem exercere audent.* (Además, la ley Julia para. reprimir los adulterios, la cual castiga con espada no solo a los violadores de nupcias ajenas, sino también a los que se atreven a cometer nefandas liviandades con os hombres); Novela 77. 1.: *igitur quoniam quidam diabolica instigatione comprehensi et gravissimis luxuriis semetipsos inseruerunt (5), et ipsi naturae contraria agunt, et istis iniungimus in sensibus accipere dei timorem et futurum iudicium, et abstinere ab huiusmodi diabolicis et illicitis luxuriis, ut non propter.-huiusmodi impios actus ab ira dei iusta) inveniantur, et civitates cum habitatoribus earum pereant*. (así pues, como algunos compelidos por diabólica instigación se entregaron ellos mismos a gravísimas lujurias, y hacen cosas contrarias a la naturaleza, imponemos también a estos que abriguen en sus sentidos el temor de Dios y su futuro juicio, y que se abstengan de tales diabólicas e ilícitas lujurias, a fin de quo no sean alcanzados por causa de semejantes impíos actos por la justa ira de Dios, perezcan las ciudades con sus habitantes); Novela 77.1.1: *Propterea igitur 'omnibus hominibus huiusmodi praecipimus a praedictis delictis abstinere. et dei timorem in corde accipere, et sequi eos, qui bene'vivunt. Propter taiia enim delicta et fames, et terrae. motus, et pestilentiae fiunt, et prºpterea admonemus abstinere ab huius— modi praedictis illicitis, ut non sua; perdant animas. Sin autem et post huiusmodi nostram admonitionem inveniantur aliqui in talibuspermanentes delictis, primum quidem indignos semetipsos faciunt dei misericordia, post haec autem et legibus constitutis subiiciuntur tormentis*" (Por esto, les mandamos a todos estos hombres que se tengan de los susodichos delitos, y que abriguen en su corazón el temor' de Dios, e imiten a los que viven bien. Pues por causa

significó un cambio profundo en la valoración moral de estas conductas. No será hasta finales del siglo XX que volverán a ser progresivamente aceptadas por la sociedad.

No hay evidencia histórica que los homosexuales recurrieran a cesiones de vientre o a acuerdos con mujeres para tener descendencia, y aunque algunos de ellos contrajeron matrimonio con mujeres, no consta que estas uniones respondieran a un proyecto de coparentalidad. En cuanto a la adopción, un acto individual del *paterfamilias*, tampoco se dispone de datos que indiquen la existencia de estas realizadas por parejas masculinas como tales.

Esto lleva a pensar que las burlas de los autores hacia hombres sin descendencia o cuya capacidad reproductiva era cuestionada podían referirse, en algunos supuestos, a formas de vida alejadas del modelo reproductivo dominante, entre ellas las relaciones entre varones. En todo caso, lo que queda claro es que la exigencia de descendencia era tal que cualquier desviación daba lugar a censura o ridiculización, lo que destaca el peso central de la reproducción en la sociedad romana y explica el desarrollo de estrategias como la cesión de vientre para asegurarla.

2.4. Alternativas a la procreación biológica

El impacto de la falta de hijos variaba según las circunstancias personales y el entorno social, pero, en general, la incapacidad de concebir se consideraba una situación negativa. Por ello, como ya se ha señalado, los romanos, al igual que otras civilizaciones de la Antigüedad, recurrieron a métodos alternativos para formar una familia. En este sentido, el presente trabajo analiza cuatro estrategias principales: la adopción; el recurso a niños como " hijos sustitutos",

---

de tales delitos se originan hambres, terremotos, -y pestes, y por ello los amonestamos para que se abstengan de las susodichas cosas ilícitas de esta naturaleza, para que no pierdan sus almas. Mas si aun después de esta amonestación nuestra se hallara que algunos perseveran en tales delitos, en primer lugar, se harán ellos mismos ciertamente indignos de la misericordia de Dios, pero adamas quedaran también sujetos a los tormentos establecidos por las leyes); Novela 77.1.2: *Praecipimus enim gloriosissimo praefecto regiae civitatis permanentes in praedictis illicitis et impiis actibus et post hanc admonitionem nostram comprehendere et ultimis subdere suppliciis, ut non ex contemtn talium inveniatur et civitas et respublica per hos impios actus laedi.* (Mandamos, pues, al gloriosísimo prefecto de esta real ciudad que prenda a los que perseveran en los susodichos ilícitos e impíos actos aun después de esta amonestación nuestra, y los someta a los últimos suplicios. para que no se vea que por el menosprecio de tales cosas son perjudica as a ciudad y la republica con estos a estos impíos); Novela 141: *maxime vero illi, qui in abominabili et deo merito exosa atque impia. actione contabu runt. Loquimur autem de stupro mascuiorum, quod multi impie committunt masculi cum masculis turpitudinem perpetrantes.* (y principalmente los que se consumieron en acción abominable y con razón odiosa para Dios e impía. Nos referimos al estupro de varones, que impíamente cometen muchos varones perpetrando con varones una cosa torpe). Eva Cantarella y María del Mar Llinares, *Según natura: la bisexualidad en el mundo antiguo* (Madrid: Ediciones Akal, 2021), pp.281 y ss.; Elisa Muñoz Catalán, "La impotencia *generandi* en el matrimonio romano homosexual", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 16, n.º 2 (2013): pp. 223–226.

nacidos de esclavas o concubinas; el divorcio, seguido o no de segundas nupcias con fines reproductivos; y la cesión de vientres.

2.4.1. La adopción: Procedimientos (*adrogatio* y *adoptio*) y sus limitaciones como solución a la infecundidad

La adopción era una opción para asegurar la continuidad de la familia, si bien es una figura jurídica totalmente distinta a la actual. En épocas más antiguas, el objetivo era preservar el nombre, la riqueza y los ritos sagrados. La adopción era un instrumento para ascender socialmente, adquirir herencias, evitar ciertas restricciones impuestas por la ley, intercambiar excedente de hijos o incluso establecer alianzas familiares o políticas. No obstante, no siempre se consideraba la solución preferente ante la falta involuntaria de descendencia. En la práctica, la adopción recayó con frecuencia sobre personas ya adultas, especialmente cuando se trataba de asegurar la sucesión y la transmisión del patrimonio, más que de integrar a un menor en la familia. En este sentido, la adopción solía producirse en momentos avanzados de la vida del adoptante, cuando la ausencia de descendencia propia hacía necesario garantizar la continuidad del linaje.

En Roma coexistían dos tipos de adopción: la *adrogatio* y la *adoptio*[303]. La *adrogatio* se utilizaba para adoptar a una persona *sui iuris*[304] e implicaba la extinción de una familia autónoma y la absorción de su patrimonio y potestad por otra[305]. En este caso, el adoptado

---

[303] D. 1.7.1 (*Mod. 2 Reg*.).

[304] Un *sui iuris* es aquel o aquella que no está sometida a la autoridad de otro, es decir, es legalmente independiente. No está bajo la *patria potestas*. Una persona *alieni iuris* es aquella que está bajo la autoridad de otra persona, es decir, se encuentra sometida a la *potestas* del *pater familias*, aunque sea adulta. Aunque hay excepciones: D. 1.7.17.1 *Ulp.* (*Com. Sab Lib. 27*): *Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda.* (Ha de permitirse la arrogación de estos pupilos solamente a aquellos que los adoptaren llevados o del natural parentesco o de un purismo afecto debiendo estar prohibida en todos los demás casos); Gayo *Inst.,* I.102: *Item inpuberem aput populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est. nunc ex epistula optimi Imperatoris Antonini, quam scripsit Pontificibus, si justa causa adoptionis esse uidebitur, cum quibusdam eondicionibus permissum est. Aput Praetorem uero et in prouinciis aput proconsulem legatumue cuiuscumque aetatis adoptare possumus. Si quis non est sui iuris, id est filius familias vel etiam servus, adoptari non potest nisi ex voluntate eius in cuius potestate est, id est patris dominive.* (También la adopción ante el pueblo del impúber ha sido unas veces prohibida y otras permitida. En la actualidad, según una epístola del muy excelente emperador Antonino, dirigida a los pontífices, es lícito adoptar a un impúber con ciertas condiciones y mediando causa justa. Empero ante el pretor y en las provincias ante el presidente o el legado podemos adoptar a individuos de cualquier edad. Si alguien no es *sui iuris*, (es decir no está bajo la potestad de otro, como un *pater familias*), es decir, un hijo de familia o incluso un esclavo, no puede ser adoptado sin el consentimiento de la persona bajo cuya potestad se encuentra, es decir, del padre o del dueño).

[305] Requería una aprobación más rigurosa: en época republicana tenía que ser autorizada por el pueblo reunido en los comicios curiados, y en época imperial, por el emperador.

pasaba a ser *alieni iuris*, sometiéndose voluntariamente a la *patria potestas* del adoptante. En cambio, la *adoptio* en sentido estricto, ocurría cuando una persona que se encontraba bajo la potestad de su *paterfamilias*, es decir, *alieni iuris,* pasaba a estar bajo la potestad de otro *paterfamilias*, con el consentimiento del primero. El adoptado pasaba a formar parte de la familia del adoptante como hijo legítimo, convirtiéndose en su heredero. Asimismo, se consideraba necesaria una diferencia de edad mínima de dieciocho años entre adoptante y adoptado, con el fin de mantener la verosimilitud de la relación paternofilial[306]. Esta exigencia denota el esfuerzo por dotar de naturalidad un vínculo jurídico artificial, criterio que terminó por consolidarse a principios del siglo III d.C. Esto plantea la cuestión de quiénes podían ser adoptados.

En el Derecho romano, la adopción no estaba limitada por una edad mínima del adoptado, y podía recaer tanto sobre impúberes como sobre púberes. No obstante, en época imperial, especialmente a partir del reinado de Antonino Pío, se introdujeron controles sobre estas prácticas, como la intervención de la autoridad imperial en determinados supuestos, para garantizar su justificación y adecuación a los intereses del adoptado[307]. En ausencia de descendencia directa, la sucesión dinástica a través de la adopción, se consideraba una vía plenamente legítima. Sin embargo, esto también generaba interrogantes acerca de cuál debía ser la forma preferente de acceder al poder y sobre la estabilidad que este sistema podía garantizar.

Plinio[308] elogia la adopción de Trajano por Nerva, describiéndola como una sabia decisión que estabilizó Roma y aseguró un gobierno virtuoso. Tácito critica las prácticas de adopción de

---

[306] I. I.11.4: *Minorem natu non posee maiorem adoptare, placet; adoption enim naturam imitator, et pro mosdtruo est, ut maoir sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adoptionem vel arrogationem filium facit, plena pubertate*. (se considera que un menor no puede adoptar a alguien mayor que él, porque la adopción imita a la naturaleza, y sería monstruoso que el hijo fuera mayor que el padre. Por tanto, quien adopta o arrogata debe superar al adoptado con plena pubertad); D. 1.7.40.1 (*Modestino; Dif. l.1*): *Non tantum quum quis adoptat, sed et quum arrogat, maior esse debet eo, quem sibi per arrogationem, vel per adoptionem filium facit; et utique plenae pubertatis, id est decem et octo annis eum praecedere debet.* (no solo cuando alguien adopta, sino también cuando arroga debe ser mayor que aquel a quien para si hace hijo por la arrogación o por la adopción; y ciertamente debe aventajarlo el tiempo de la plena pubertad, es decir, dieciocho años).

[307] Sobre la progresiva flexibilización de la adopción en época imperial véase Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I (Múnich: C.H. Beck, 1971).

[308] Plinio el Joven, *Panegírico a Trajano*, 7.4-7, 8.2, 94.5, *Epístolas (Libros I-X) y Panegírico de Trajano*, ed. Francisco Javier Mañas Viniegra, (Llerena: Editorial Filarias, 2021).

emperadores como Tiberio, adoptado por Augusto[309] y Nerón, adoptado por Claudio[310], considerándolas manipulaciones y fracasos políticos[311]. En la *Historia Augusta* se relata a la adopción de Antonino Pío como una estrategia sucesoria deliberada[312], y Dión Casio, relata cómo el emperador Adriano eligió estratégicamente a sus sucesores mediante la adopción, asegurando así una administración competente:

> "Yo, amigos míos, no he sido autorizado por la naturaleza para tener un hijo, pero vosotros lo habéis hecho posible mediante una disposición legal. Ahora bien, existe esta diferencia entre ambos métodos: que un hijo engendrado resulta ser lo que el cielo disponga, mientras que uno adoptado es elegido por el hombre mediante una selección deliberada. Así, por obra de la naturaleza, a menudo se da a un padre un hijo mutilado o sin juicio, pero por obra de la elección se escoge con certeza a uno de cuerpo sano y mente lúcida. Por esta razón, en su momento elegí a Lucio por encima de todos los demás: una persona que jamás habría esperado que un hijo propio pudiera llegar a ser"[313].

Las adopciones imperiales sentaron un precedente en materia de sucesión política. Si bien este recurso resolvía crisis inmediatas, no garantizaba la estabilidad ni la continuidad del poder a largo plazo[314]. Aunque no era el medio ideal para asegurar la transmisión del mando, la

---

[309] Suetonio, *Augusto,* 64–65, se detalla la adopción de Tiberio y analiza la adopción como una decisión tanto personal como política, especialmente en los casos de Augusto y sus esfuerzos por establecer un linaje; *Tiberius,* 15, sobre la adopción desde la perspectiva del propio Tiberio.

[310] Suetonio, *Claudio*, 39: "Poco antes de adoptar a Nerón, como si no fuera ya suficientemente cuestionable adoptar a un hijastro teniendo un hijo propio ya adulto, declaró públicamente en más de una ocasión que jamás se había admitido a nadie por adopción en la familia de los Claudios." Suetonio critica que Claudio adoptara a Nerón en el año 50, incluso cuando "ya poseía un hijo adulto suyo" (*adulto iam filio*), lo que para algunos evidenció que la adopción obedecía a fines políticos más que familiares.

[311] Tácito, *Anales*, 2.77.

[312] *Historiae Augustae*, *Hadrianus* 24–25, trad. David Magie, Loeb Classical Library, 3 vols. (London: William Heinemann; New York: G. P. Putnam's Sons, 1921).

[313] Dión Casio, *Historia Romana,* 69, 20.2-3. Traducción propia.

[314] Tácito, *Anales*, 1.3: *Ceterum Augustus subsidia dominationi Claudium Marcellum sororis filium admodum adulescentem pontificatu et curuli aedilitate, M. Agrippam ignobilem loco, bonum militia et victoriae socium, geminatis consulatibus extulit, mox defuncto Marcello generum sumpsit; Tiberium Neronem et Claudium Drusum privignos imperatoriis nominibus auxit, integra etiam tum domo sua. nam genitos Agrippa Gaium ac Lucium in familiam Caesarum induxerat, necdum posita puerili praetexta principes iuventutis appellari, destinari consules specie recusantis flagrantissime cupiverat.* (Además, Augusto, para fortalecer su dominio, promovió a Claudio Marcelo, hijo de su hermana, aún muy joven, concediéndole el pontificado y la edilidad curul; a Marco Agripa, de origen humilde, aunque excelente militar y compañero en la victoria, lo elevó otorgándole dos consulados sucesivos; y tras la muerte de Marcelo, lo tomó por yerno. A Tiberio Nerón y a Claudio Druso, sus hijastros, los honró con títulos imperiales, aunque su propia casa aún estaba intacta. En efecto, había adoptado en la familia de los Césares a los hijos nacidos de Agripa, Cayo y Lucio, y aunque todavía llevaban la toga pretexta propia de los niños, deseaba ardientemente que fueran llamados 'príncipes de la juventud' y designados como cónsules, aunque lo fingía rechazar). Debe destacarse este fragmento, claro ejemplo de que la adopción no garantiza la continuidad de la estirpe: *Quod remedium multis saeculis non temere receptum nisi ubi imperandi discrimen intercessisset,*

adopción se convirtió en una opción legitima cuando los emperadores carecían de descendencia directa. Tácito pone en boca de Tiberio una reflexión que exalta la importancia y la alegría de criar a un hijo biológico, como un verdadero "segundo yo" destacando el vínculo especial que une al padre con su descendencia natural. Tácito refleja el valor superior que la cultura romana atribuía a la filiación por sangre frente a otras formas de parentesco[315].

En la práctica, la adopción establecía vínculos similares a los del matrimonio entre distintas familias. Sin embargo, muchas veces se conservaban los lazos con la familia biológica, y el nombre del adoptado podía mostrar su origen. Cicerón alabó a Bruto, adoptado en el 59 a.C., por mantener su linaje natal, *M. Iunius Brutus*, en lugar de *Q. Servilius Caepio Brutus.* Lo define como un "*O civem natum rei publicae, memorem sui nominis imitatoremque maiorum*[316]*"*. Este ejemplo muestra que, incluso en la adopción, los lazos con la familia biológica permanecían presentes y eran muy valorados[317].

La artificialidad de la adopción era evidente, al no tratarse de una relación biológica, sino de una construcción jurídica y social. Sin embargo, para ser aceptada, debía imitar la natural. De ahí que se exigían ciertos elementos: el cambio de nombre del adoptado, una diferencia generacional suficiente entre adoptante y adoptado, y la imposibilidad de procrear por parte del primero.

---

non ultra unius aut alterius adoptionem propagatum est, neque ulla civitas longa dominatione despecta obliviscendae libertatis fuit .(Este recurso (a adopción), no frecuentemente aceptado durante muchos siglos salvo cuando había una crisis de gobierno, no se extendió más allá de la adopción de uno o dos individuos, y ninguna ciudad despreciada por un largo dominio olvidó la libertad).

[315] Tácito, *Anales,* 2.43.5: "*Tiberius ut proprium et sui sanguinis Drusum fouebat"* (Tiberio apreciaba a Druso como propio y de su sangre).

[316] Cicerón, *Las Filípicas,* 3, 8: (ciudadano nacido para el Estado, consciente del nombre que lleva e imitador de sus antepasados). Traducción propia de la versión inglesa, *Philippics*, trad. al inglés Walter C.A. Ker (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1926).

[317] Catherine Baroin explica que un ciudadano romano de alta nobleza debía recordar los nombres y la carrera política de sus antepasados, entendiendo que esta memoria familiar incluía tanto conocimiento como actos. Recordar a los antecesores implicaba tomarlos como modelo expresado mediante (*vestigia sequi*). Además, imitar significa "ser similar" (*similis),* no solo en comportamiento, sino también físicamente, siendo el hijo la imagen *(imago*) del padre. Así, la identidad gentilicia se construye doblemente: por un lado, a partir del nombre y la historia familiar; por otro, de "ser y actuar como" ellos. Catherine. Baroin, "Remembering One's Ancestors, Following in Their Footsteps, Being Like Them: The Role and Forms of Family Memory in the Building of Identity" en *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*, eds. V. Dasen y T. Späth (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 19–48.

En las fuentes jurídicas, Gayo y Paulo señalan que el hombre impotente podía adoptar, pero no la mujer estéril[318] ya que en el Derecho romano estas no ejercían la *patria potestas*. Incluso si estaba casada, la esposa no era considerada madre adoptiva del hijo adoptado por su esposo, aunque existía una ficción jurídica que simulaba ese estatus de "madre adoptiva". En consecuencia, la adopción por parte de mujeres estaba prohibida, salvo en casos excepcionales. A partir del siglo III d.C., el emperador podía autorizarla, si la mujer había perdido a su propio hijo[319]. Estas excepciones, fueron escasas, ya que la adopción tenía como principal finalidad la conservación del linaje agnaticio*,* es decir, la transmisión del nombre, la herencia y la autoridad a través de la línea masculina. En este sistema el parentesco no se transmitía por vía materna[320].

No solo la adopción realizada por mujeres era excepcional, sino que también la adopción de mujeres era poco frecuente. Las fuentes literarias solo mencionan dos casos: el de Octavia, hija del emperador Claudio, adoptada para evitar el tabú del incesto al casarse con Nerón, hijo adoptivo de su propio padre[321], y el de Domitia Lucilla, adoptada por su tío Domicio Tulio, y nombrada inesperadamente heredera en una complicada trama sucesoria[322].

Como señala Gardner, las adopciones mencionadas en las fuentes son, en general escasas, salvo en los casos relacionados con príncipes y emperadores[323]. Si la adopción hubiera sido una solución común frente a la esterilidad, cabría esperar una mayor presencia de testimonios al

---

[318] Gayo *Inst*., I, 103*: Illad uero utriusque adoptiouis commune est, guod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt*. (Tienen, de común entrambas adopciones, que aun aquellos que son impotentes para engendrar, como sucede á los eunucos, les es permitido sin embargo adoptar); Gayo *Inst., I, 104: Feminae uero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent.* (Pero no es así respecto a las mujeres, porque estas no pueden tener bajo su potestad ni aun a los hijos naturales); D. 1.7.23 *(Paul. 35 Com Ed.): Et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est, neque enim agnascitur ei, propter quod ne cognata eius fit*. (Y por tanto, si yo hubiere adoptado a alguno por hijo, mi mujer no está para el en el lugar de madre porque no se hace agnada de él, ni por tanto se hace cognada).

[319] Gayo *Inst.,* I, 104*: Feminae quoque adoptare non possunt, quia naturales liberos in sua potestate habere non possunt: sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.* (tampoco pueden adoptar las mujeres, porque no tienen bajo su potestad a sus hijos naturales; pero por indulgencia del príncipe pueden adoptar como consuelo por la pérdida de sus hijos); C. 7.33.8: *Adoptionem feminam facere non posse constat; nec si forte facta videatur, ullam ei adferre utilitatem, cum et filium habeat* (No puede considerarse válida la adopción hecha por una mujer que aún tiene un hijo vivo, pues no hay justificación para sustituirlo mientras exista descendencia natural). Diocleciano establece que una adopción realizada por una mujer no era válida, ya que ella aún tenía un hijo biológico vivo.

[320] Gayo *Inst.,* I, 156: *Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuneti, quasi a patre cognati* (Son agnados todos aquellos cuyo parentesco proviene de personas del sexo masculino, es decir, los parientes por parte de padre.), D. 50. 16. 195. 5. (*Ulp. 46 ad Ed.*): *Mulier autem familiae suae et caput et finis est*. (La mujer era la cabeza y el fin de su propia familia).

[321] Dión Casio, *Historia romana,* 61, 33.2.

[322] Plinio el Joven, *Epístolas*, 8.18.

[323] Jane F. Gardner, *Family and Familia in Roman Law and Life* (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 115.

respecto. Sin embargo, el silencio de las fuentes es elocuente[324], e incluso en contextos donde la esterilidad aparece como causa de divorcio, no se menciona la adopción como alternativa. Esto indica que la adopción no era respuesta habitual ante la imposibilidad de procrear. En la misma línea, Rawson confirma que esta práctica obedecía principalmente a intereses sucesorios, políticos o patrimoniales y no al deseo de suplir la falta de hijos[325].

En la evolución de la sociedad romana se observa una preferencia por la consanguineidad y una persistente desconfianza hacia los vínculos creados mediante el derecho, una actitud que, además, no era exclusiva de la Antigüedad. Estudios sociológicos contemporáneos han mostrado que, pese a la igualdad legal entre la prole adoptiva y la biológica, persiste una percepción social que tiende a considerar a las familias adoptivas como estructuras "menos naturales". Aunque la adopción goza de una valoración generalmente positiva, continúan existiendo estereotipos y estigmas que revelan el arraigo de patrones culturales en torno a la filiación biológica[326].

La preferencia por la sustitución reproductiva como respuesta socialmente aceptada y anterior a la adopción, pese a su ausencia de una codificación expresa en las fuentes, resulta coherente con las limitaciones jurídicas que impedían a las mujeres adoptar y con el propósito primordial de asegurar la continuidad del linaje por vía sanguínea. Al igual que en los debates actuales, los romanos priorizaron alternativas que garantizaran la descendencia biológica frente a la artificialidad del vínculo jurídico. En definitiva, la escasez de referencias a la adopción como remedio a la esterilidad corrobora que esta no se concebía como la respuesta natural ni deseable, legitimando así el recurso a otras prácticas de intervención reproductiva.

2.4.2. Hijos sustitutos: Las categorías de *vernae, delicia* y *alumni*

[324] Jane F. Gardner, "Gender-Role Assumptions in Roman Law," *Echos du monde classique: Classical News and Views* 39, no. º 3 (1995): pp. 377–400.
[325] Rawson, *Marriage, Divorce,* p. 63.
[326] David M. Brodzinsky y Marshall D. Schechter, *Talking About Adoption: Language and the Social Construction of Adoption* (New York: Center for Adoption Studies, 1990); Adam Pertman, *Adoption Nation: How the Adoption Revolution is Transforming America* (Boston: Harvard Common Press, 2011); Susan Livingston Smith, "Adoption Terminology: Impact on Attitudes and Perceptions of Adoptive Families," *Adoption Quarterly* 17, nº 3 (2014): pp. 208–223.

Otra de las alternativas ante la falta de descendencia eran los llamados niños o hijos "sustitutos", recurso que consistía en acoger[327] y criar a menores que, en principio, no estaban emparentados biológicamente con el *paterfamilias* ni con su esposa. Estos niños podían proceder tanto de la servidumbre, hijos de esclavos, como de familias de amigos o allegados que entregaban a sus hijos nacidos libres; en este último caso, aunque su presencia podía satisfacer el deseo emocional de tener descendencia, no se les consideraba aptos para asegurar la continuidad del linaje. A pesar de que estos "hijos sustitutos" convivían y eran criados en el hogar, desempeñando a menudo funciones y responsabilidades similares a las de los hijos biológicos, su posición jurídica y social era distinta: no se integraban en la familia agnaticia, ni quedaban sometidos a la *patria potestas*. Como ya se ha visto, en la sociedad romana la transmisión del *nomen* y el patrimonio dependía estrictamente del parentesco, primero agnaticio y más tarde cognaticio, categorías a las que estos menores no pertenecían, lo que les inhabilitaba teóricamente para ser considerados herederos legítimos.

Dentro de este conjunto de menores convivientes se distinguían varias categorías que recibían un trato particular según su origen y cometido. Entre ellas destacan los *vernae*, los *deliciae* y los *alumni*, figuras que permiten comprender con mayor claridad la diversidad de situaciones infantiles en el ámbito doméstico.

Los *vernae*, eran niños nacidos de esclavas dentro del hogar, no comprados ni introducidos desde el exterior, sino criados en la propia casa del *dominus*[328]. La doctrina presume que algunos de estos *vernae* eran hijos biológicos del *paterfamilias*[329], aunque resulta difícil de probar, dado que los hijos ilegítimos de condición social inferior no eran siempre reconocidos ni aceptados socialmente. En los casos en que hubiese mediado algún tipo de acuerdo para la gestación, se podría incluso hablar de una forma arcaica de gestación por sustitución, como las prácticas reguladas en el Código de Hammurabi. A pesar de su origen servil, los *vernae*[330]

---

[327] El equivalente actual corresponde a un acogimiento familiar como medida de protección por la que un menor es integrado temporalmente en una familia distinta de la suya, cuando sus progenitores no pueden atenderlo adecuadamente.

[328] Sigismund Nielsen, "*Ditis examen domus*? On the Use of the Term *verna* in the Roman Epigraphical and Literary Sources*," Classica et Mediaevalia* 42 (1991): pp. 221–240; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, *Transactions of the American Philosophical Society,* New Series, 43, n. º 2 (Philadelphia: American Philosophical Society, 1953). p. 761; Beryl Rawson, *The Family in Ancient Rome*, ed. Beryl Rawson (London: Croom Helm, 1986), pp. 186-197.

[329] Beryl Rawson, "'*Spurii'* and the Roman View of Illegitimacy," *Antichthon* 23 (1989): pp. 10–41.

[330] Rawson señala que esta categoría refleja la complejidad de la pertenencia familiar en Roma, donde la cercanía cotidiana y la crianza dentro de la casa podían generar vínculos que recordaban, en cierto modo, a relaciones paternales, sin que ello supusiera reconocimiento jurídico alguno. Rawson, "*'Spurii',* p. 18.

gozaban de una situación privilegiada. Desde la infancia algunos eran favorecidos y educados junto a los hijos del dueño, no desempeñaban tareas domésticas muy duras, y podían ser manumitidos a una edad temprana, recibiendo incluso cierta cantidad de dinero o estatus social. Plutarco describe como la esposa de Catón, Licinia, amamantaba tanto a su hijo, como a los hijos de las esclavas, con el fin de fomentar la fraternidad afectiva entre ellos:

Ésta lo criaba con su propia leche, y aun muchas veces, poniéndose al pecho los niños de sus esclavos, preparaba así para su propio hijo la benevolencia y amor que produce el ser hermanos de leche[331].

Aunque no era habitual, también hay casos en los que estos niños eran nombrados herederos. Así lo indican algunas fuentes epigráficas recogidas por Cidoncha, que documentan situaciones de reconocimiento y privilegio hacia menores nacidos fuera del matrimonio[332]. Del mismo modo, Rubiera describe que ciertos niños esclavos recibían un trato favorable dependiendo de la época y de las circunstancias[333]. Rawson observa que "el sentido romano de la identidad familiar era lo suficientemente flexible como para utilizar a otros niños (a menudo esclavos) como sustitutos de hijos e hijas biológicos"[334]. A ello hay que añadir que el término *vernae* o *vernaculus*[335] podía emplearse también como *cognomen,* lo que evidencia la integración simbólica que algunos de estos menores alcanzaban dentro de la familia.

---

[331] Plutarco, *Vida de Catón el Viejo,* 20.3. *Vidas paralelas*, *Vol. IV*. intr., trad. y notas de Juan M. Guzmán Hermida y Óscar Martínez García, (Madrid: Gredos, 1993). Otra prueba de esta relación paternofilial era la recepción del peculio (cantidad de dinero o bienes que el esclavo o *filius* recibía del *paterfamilias*), lo que también indicaba que "la posición legal del esclavo era muy similar a la del hijo", R. Crook, *Law and Life of Rome* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1967), p. 110. Véase también Suzanne Dixon, *The Roman Family* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1992), p. 129; Keith Bradley, *Discovering the Roman Family: Studies in Roman Social History* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 149–154; Keith Bradley "On the Roman Slave Supply and Slave breeding", *Slavery & Abolition* 8, nº 1 (1987): pp. 44–64; Rawson, "Children in the Roman Familia", pp. 170-200.

[332] Francisco Cidoncha Redondo, "Los hijos ilegítimos en la Hispania romana a través de las fuentes epigráficas," *Gerión. Revista de Historia Antigua* 38, n.º 1 (2020): pp. 307–332.

[333] Carla Rubiera Cancelas, "Pequeñas voces: la experiencia de la infancia esclava en la sociedad romana antigua", en *Las edades vulnerables: infancia y vejez en la Antigüedad*, ed. Carla Rubiera Cancelas (Gijón: Trea, 2018), p. 142

[334] Beryl Rawson, "Degrees of Freedom: *Vernae* and Junian Latins in the Roman *familia*," en *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*, eds. Véronique Dasen and Thomas Späth (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 195.

[335] Rawson, *The Family in Ancient Rome*, pp. 193-195.

Otra categoría de niños eran los *deliciae*[336], muy apreciados y tratados con afecto. La mayoría, eran esclavos nacidos en la propia casa, a menudo *vernae*[337], y otros eran comprados expresamente por sus comentarios insolentes que divertían a los adultos[338]. Mas que educados con disciplina, eran "adorados" y a veces se les consideraba casi "mascotas humanas", llegando a emplearse como objetos eróticos[339]. Su función dentro del hogar no estaba claramente definida: se les mimaba de forma intensa, a veces excesiva, lo que suscitó críticas por parte de autores morales como Séneca, quien, aunque no menciona de forma expresa, sí censura el apego emocional desmesurado hacia los niños[340].

Un tercer grupo, los *alumni*[341], eran niños criados dentro de una familia, sin ser necesariamente hijos biológicos ni *vernae*. Su origen podía ser diverso: hijos de clientes, menores confiados a una casa para su crianza y educación, o incluso expósitos recogidos por una familia. Esta relación, cercana a la adopción[342], no implicaba parentesco ni condición de esclavitud. Podría definirse como una forma de acogida[343] o crianza informal, donde la relación afectiva y

---

[336] En ocasiones eran *vernae* y la relación con sus propietarios se asemejaba a la existente entre padres e hijos (relación que, de hecho, utiliza el mismo vocabulario: *delicium*, *delicatus*). Susan Treggiari, "Jobs in the Household of Livia." *Papers of the British School at Rome* 43 (1975): pp. 53-54. Véase tambien Sigismund Nielsen, "*Delicia* in Roman Literature and in the Urban Inscriptions," *Analecta Romana Instituti Danici* 19 (1990): pp. 79–89.

[337] La epigrafía pompeyana muestra que el término *verna* aparece con frecuencia asociado a contextos de prostitución, lo que matiza la imagen tradicional del *verna* como esclavo doméstico privilegiado. Véase Sarah Levin-Richardson, 'Vernae and Prostitution at Pompeii', *The Classical Quarterly* 73 (2023): pp. 1–7.

[338] Séneca, *Fragmenta, fr. Incertum: Quare? Quia qui facit contemni non potest. Eadem causa est, cur nos mancipiorum nostrorum urbanitas in dominos contumeliosa delectet, quorum audacia ita demum sibi in convivas ius facit, si risum movit*. (¿Por qué? Porque quien provoca desprecio no puede evitar ser despreciado. Por la misma razón nos divierte la gracia insolente de nuestros esclavos cuando se burlan de sus propios amos; su atrevimiento solo se les permite entre los comensales si consiguen provocar la risa). Séneca, *Fragmenta, fr. incertum* (atribuido en algunas ediciones antiguas a *De constantia sapientis* 11.3).

[339] Dión Casio, *Historia Romana,* 44, 48.3: Durante la fiesta de bodas de Livia uno de los niños que suelen tener las mujeres cerca para entretenerse, normalmente desnudos, al ver a Livia recostada en un lugar con César y a Nerón en otro con un hombre, se acercó a ella y le dijo: "¿Qué haces aquí, señora? Porque tu marido", señalándolo, "está recostado allá". El pasaje destaca una escena de interacción en una boda romana, donde el esposo entrega a la mujer en matrimonio, y se refleja también la costumbre de tener niños cerca para animar la reunión. A Livia como a otras mujeres romanas de la alta sociedad le gustaba tener a niños desnudos a su alrededor.

[340] Séneca, *Epístolas Morales a Lucilio*, 104.11: Juzgarás que es un mal gravísimo perder alguno de los seres queridos, siendo así que tal actitud es tan desacertada como llorar porque a los deliciosos árboles que adornan tu casa se les caen las hojas. Cuanto te deleita contémplalo con los mismos ojos con los que contemplarías los árboles mientras reverdecen: disfruta de ello. Un accidente abatirá a éste en un día y a aquél en otro; más, como la caída de las hojas es fácil de soportar porque renacen, así también lo es la pérdida de las personas amadas que consideras que son el deleite de tu vida, porque se sustituyen, aun cuando no renazcan. *Epistulas morales*. Trad. Richard Mott Gummere. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1915.

[341] Rawson, *The Family in Ancient Rome*, pp. 173-185.

[342] El término *alumnus* significa literalmente "alimentado" o "criado" por otra persona. Sigismund Nielsen, "Alumnus: A Term of Relation Denoting Quasi-Adoption", *Classica et Mediaevalia* (1987): p. 138.

[343] Tácito, *Anales*, 2.37, relata el caso de un senador que recibió un subsidio de Augusto para criar a cuatro niños a los que se refería como los *alumni* del emperador.

educativa predominaba sobre los vínculos jurídicos[344]. Los *alumni*, al igual que los *vernae*, aparecen en las inscripciones y otras fuentes. Marcial, por ejemplo, destaca el aprecio de los amos hacia estos niños al expresar su afligida pena si morían[345]. El Digesto alude a ellos en relación con los legados que podían recibir[346].

Aunque la naturaleza precisa de estas categorías continúa siendo objeto de debate académico, puede afirmarse que los *vernae* se correspondían, en términos generales, con los esclavos nacidos en la casa, mientras que los *alumni* equivalían a niños criados como hijos de acogida, libres o esclavos.

En conjunto, estas figuras infantiles (*vernae, deliciae y alumni*) demuestran que la casa romana podía integrar a menores de orígenes diversos, otorgándoles afecto y educación sin que ello implicara una forma de filiación. Si bien es cierto que estos niños gozaban a menudo de una posición privilegiada y eran instruidos junto a los descendientes legítimos, su acogida no era una solución ideal, ni una práctica estandarizada frente a la esterilidad. De hecho, Plutarco y Marcial ironizaron sobre quienes volcaban un afecto excesivo en niños ajenos, subrayando que un matrimonio que recurría a la crianza sustitutiva era percibido como una unión de «segunda clase». Aunque algunos de estos menores llegaron a disfrutar de una posición destacada e incluso de expectativas sucesorias, tales casos fueron excepcionales y no alteraron la lógica dominante: la continuidad familiar y el prestigio social dependían exclusivamente de la procreación legítima[347]. En la mentalidad romana, ninguna forma de sustitución afectiva podía equipararse plenamente al nacimiento de hijos propios, lo que asevera que la verdadera

---

[344] Se han documentado 431 ejemplos del término *alumni* en inscripciones de la ciudad de Roma (CIL 6). Esto representa aproximadamente un 1 % de las inscripciones paganas conservadas, en su mayoría de los dos primeros siglos d. C. La imagen que se desprende de estas inscripciones y de las fuentes jurídicas es la de personas, por lo general jóvenes, que mantenían una relación cuasi-familiar con una persona mayor. A veces eran libres, y otras veces eran esclavos. Rawson, *The Family in Ancient Rome*, p. 173.

[345] Marcial. 5.34, 5.37, 6.28, 6.29 y 10.61.

[346] D. 33. 1.21.4 (*Scev. Lib. 22*): *Largius Eurippianus consuluit alumno certam pecuniam patronum testamento legasse deque ea re testamento ita cavisse*: (Largio Eurippiano consultó sobre el caso que un patrono legó y dispuso en su testamento cierta cantidad a su alumno); D. 34. 4. 30 pr. (*Scev. Lib. 20*): *Alumnae suae plura legaverat…* (una había legado a su hermana muchas cosas...) en el que se relata un legado de una mujer a su alumna y hermana.; D. 35.1.71. (*Pap. Cuest 16*): *Sed si filo, fratri (3), alumno minus industrio prospectum ese voluit, interesse heredis credendum est;* (pero sí quiso haber mirado por un hijo, hermano, o alumno poco industrioso, se ha de creer que le interesa al heredero).

[347] N. W. Bernstein, "Mourning the *Puer Delicatus*: Status Inconsistency and the Ethical Value of Fostering in Statius, *Silvae* 2.1", *American Journal of Philology* 126, n. º 2 (2005): p. 263.

respuesta ante la esterilidad no se buscaba en la ajenidad. Por esta razón, al igual que la adopción, pueden considerarse una posible solución, pero poco probable.

> Plutarco, *Vida de Solón,* 7.3: "Así puedes ver a hombres que, por naturaleza, son obstinados y se oponen con fuerza al matrimonio y a la procreación de hijos, y sin embargo, los ves luego derrumbados por el dolor cuando los hijos de sus esclavas domésticas o de sus concubinas enferman y mueren, dejándose llevar por una pena desmedida y soltando lamentos vergonzosos".
>
> Marcial, *Epigramas*, 5.37.20: "¿Lloras por una simple v*ernula* (esclava nacida en casa), Marcial, ¿mientras yo acabo de perder a una esposa de linaje y fortuna?"

2.4.3. El uso de esclavas y concubinas

No cabe duda de que la mujer romana estaba sometida a una fuerte presión en torno a su fertilidad. En consecuencia, si no tenía hijos corría el riesgo de ser rechazada y marginada tanto en el entorno familiar como social[348]. Ante esto, una posible solución consistía en recurrir a otra mujer que diera hijos al esposo ya fueran esclavas u otras mujeres fuera del matrimonio. Este recurso, aunque delicado y reservado a la privacidad, era una práctica aceptada.

2.4.3.1. Las esclavas como instrumento reproductivo

En la organización del hogar romano, las esclavas podían ser denominadas *famula* o *ministra,* aunque en el plano jurídico, los términos más frecuentes fueron *serva* o, *ancilla,* por su vinculación directa con lo doméstico[349]. Dentro de la *domus* formaban parte de la familia y estaban sometidas a la potestad absoluta del *paterfamilias*[350]*,* sin embargo, a diferencia del resto de los integrantes, no se las consideraban sujetos de derecho, sino objetos, siendo patrimonio del *dominus*[351]. La condición de esclava se adquiría, fundamentalmente, por nacimiento (*partus ancillae),* por dispensa legal, o por cautividad de guerra.

---

[348] Núñez Paz y Jiménez Blanco, eds., *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos,* p. 62.
[349] Carla Rubiera Cancelas, *La esclavitud femenina en la Roma Antigua: famulae, ancillae et servae* (Oviedo: Ediciones Trabe, 2014), pp. 57-62.
[350] D. 1.6.1.1 (*Gai I Inst.*): *Igitur in potestate sunt servi dominorum* (Así pues, los esclavos están bajo la potestad de los señores).
[351] Es por ello por lo que, violar a una esclava solo suponía que el propietario podía reclamar daños contra su propiedad por la *Lex Aquilia*.

En cualquier caso, las *ancillae* eran doblemente vulnerables, por su condición de esclava y de mujer, tanto por su potencial reproductivo como su disponibilidad corporal al servicio del dueño. Rubiera[352] destaca las múltiples funciones que estas mujeres tenían en el hogar, donde ejercían como *nutrices, educatrices*, *medicae, obstetrices, ornatrices, sarcinatrices o textrices* además de estar sujetas a un uso sexual impuesto (*quae corpore questum facit*). Sin embargo, por encima de estas labores, sobresale su función reproductiva, orientada tanto a fines económicos como a intereses familiares. Este requisito era un factor determinante en el momento de la compra[353]. Bradley analizó veintinueve papiros que documentan la venta de esclavas de entre cuatro y treinta y cinco años, y observó que siete de ellas eran menores de catorce años y solo cuatro superaban la treintena[354], con una media de edad situada entre los veintidós y los veinticinco años. A partir de estos datos, concluye que la aptitud reproductiva constituía un criterio central en su adquisición[355]siendo más valorada si podía generar "frutos".

Las motivaciones por las cuales se compraban esclavas en edad fértil eran diversas: incrementar la mano de obra mediante la producción interna de esclavos; satisfacer los deseos sexuales del *dominus;* suplir la infertilidad de la esposa legitima utilizando a la esclava como madre sustituta; o incluso, delegar en ellas la gestación y la maternidad por razones de vanidad o conveniencia entre las romanas de la elite. A partir de estas consideraciones, resulta necesario examinar cómo estas prácticas fueron percibidas y representadas en la literatura moral y satírica de la época, así como el papel que desempeñaron las propias esposas en la instrumentalización reproductiva de sus esclavas.

En ocasiones, las aristócratas propiciaban que sus esposos concibieran con esclavas para evitar las secuelas físicas del embarazo y la lactancia, ofrecían a sus esclavas o doncellas con este fin.

---

[352] Rubiera Cancelas, La esclavitud femenina en la Roma, pp. 121-249.
[353] Gardner, *Women in Roman Law,* pp: 156-159.
[354] Correspondientes a la época Imperial, desde principios del siglo I hasta principios del siglo IV. El papiro (*papyrus)* fue uno de los principales soportes de escritura utilizados en Roma, especialmente entre los siglos I a.C. y III d.C. Su uso era común para documentos jurídicos, correspondencia privada, obras literarias y textos administrativos. T. C. Skeat, *The Use of Papyrus in the Roman Empire* (London: British Academy, 1969), pp. 3–15.
[355] Keith R. Bradley, "The Age at Time of Sale of Female Slaves," *Arethusa* 11, n. º 1/2 (1978): pp. 243–252; Keith R. Bradley, "Roman Slavery and Roman Law", Historical *Reflections / Réflexions Historiques* 15, n. º 3 (1988): pp. 477–95.

Esta práctica encuentra paralelos contemporáneos, en ciertos casos de celebridades que han recurrido a la gestación por sustitución por motivos similares[356].

Esta actitud fue objeto de crítica en la segunda mitad del siglo I y la primera del II d.C. Séneca, censuraba a las mujeres vanidosas elogiando, la fecundidad[357]de su propia madre. Juvenal ridiculizaba a las damas de clase alta que evitaban el embarazo y parto para preservar su belleza, frente a las mujeres pobres que no tenían más remedio que parir[358]. Aulo Gelio, exhortaba a una dama de la élite a amamantar a su propio hijo en lugar de recurrir a una nodriza[359]. Sin embargo, otros autores como Ovidio, Propercio o Estacio, reconocían que el

---

[356] Sarah Jessica Parker (actriz), Kim Kardashian (celebridad mediatica), Nicole Kidman (actriz), Naomi Campell (modelo).

[357] Lucio Séneca, *Consolación a Helvecia,* 11.16.3: *Non te maximum saeculi malum, impudicitia, in numerum plurium adduxit; non gemmae te, non margaritae flexerunt; non tibi divitiae velut maximum generis humani bonum refulserunt; non te, bene in antiqua et severa institutam domo, periculosa etiam probis peiorum detorsit imitatio; numquam te fecunditatis tuae, quasi exprobraret aetatem, puduit; numquam more aliarum, quibus omnis commendatio ex forma petitur, tumescentem uterum abscondisti quasi indecens onus, nec intra viscera tua conceptas spes liberorum elisisti; non faciem coloribus ac lenociniis polluisti.* (No te llevó al número de la mayoría el mayor mal del siglo, la impudicia; no te desviaron las joyas ni las perlas; no te deslumbraron las riquezas como si fueran el mayor bien de la humanidad; no te apartó, a ti que fuiste educada en un hogar antiguo y severo, la peligrosa imitación de los peores, que incluso es peligrosa para los buenos; nunca te avergonzaste de tu fecundidad, como si reprocharas tu edad; nunca, como hacen otras, que buscan toda su recomendación en la belleza, ocultaste el vientre que crecía como si fuera una carga indecente, ni destruiste dentro de tus entrañas las esperanzas de hijos que habías concebido; no mancillaste tu rostro con colores y artificios). Texto extraído de *Moral Essays*, vol. II, traducido por John W. Basore (London and New York: Heinemann, Loeb Classical Library, 1932), p. 472.Traducción propia al español.

[358] Juvenal*, Sátiras*, 6, 592-601: *Hae tamen et partus subeunt discrimen et omnis nutricis tolerant fortuna urguente labores, sed iacet aurato uix ulla puerpera lecto. tantum artes huius, tantum medicamina possunt, quae steriles facit atque homines in uentre necandos conducit. gaude, infelix, atque ipse bibendum porrige quidquid erit; nam si distendere uellet et uexare uterum pueris salientibus, esses Aethiopis fortasse pater, mox decolor heres impleret tabulas numquam tibi mane uidendus.* (Éstas, con todo, afrontan el peligro del parto y soportan todos los inconvenientes de la crianza, porque la suerte las obliga, Pero en lecho de oro es raro que se postre una parturienta. Tan grande es el poder de las mañas y drogas de la mujer que crea esterilidad y se alquila para ahogar a seres humanos dentro del vientre. Alégrate, desgraciado, y arrímale tú mismo lo que vaya a beberse, sea lo que sea. Pues como ella quiera estirar el vientre y fastidiárselo con brincos de niños, tal vez fueses padre de un etíope, el heredero mulato más adelante de tu testamento, al que jamás querrías echarte a la cara por la mañana.

[359] Aulio Gelio, *Noches Áticas,* 12.1.7-9: *An tu quoque," inquit, "putas naturam feminis mammarum ubera quasi quosdam venustiores naevulos non liberum alendorum, sed ornandi pectoris causa dedisse? 8. Sic enim, quod a vobis scilicet abest, pleraeque istae prodigiosae mulieres fontem illum sanctissimum corporis, generis humani educatorem, arefacere et exstinguere cum periculo quoque aversi corruptique lactis laborant, tamquam pulcritudinis sibi insignia devenustet, quod quidem faciunt eadem vecordia, qua quibusdam commenticiis fraudibus nituntur, ut fetus quoque ipsi in corpore suo concepti aboriantur, ne aequor illud ventris inrugetur ac de gravitate oneris et labore partus fatiscat.* (¿O acaso piensas tú también -dijo- que la naturaleza dio a las mujeres pezones como una especie de mancha de belleza, no con el propósito de alimentar a sus hijos, sino como un adorno de su pecho? 8. Porque es por esa razón (aunque tal cosa está, por supuesto, lejos de tus pensamientos) que muchas de esas mujeres antinaturales tratan de secar y frenar esa fuente sagrada del cuerpo, nutridora de la humanidad, sin importar el peligro de desviar y echar a perder la leche, porque piensan que desfigura los encantos de su belleza. Al hacer esto, muestran la misma locura que aquellas que se esfuerzan por provocar el aborto del propio feto que han concebido, para que su belleza no se eche a perder por el trabajo del parto).

embarazo y el parto deterioraba el cuerpo femenino[360], lo que permite entender, aunque no justificar, la actitud de quienes buscaban evitarlo.

Otro de los motivos para comprar esclavas y, en general, para mantenerlas en la *domus* era el acceso sexual ilimitado del amo[361]. Es interesante destacar que estas mujeres eran objetos patrimoniales, y que la facilidad con la que un *paterfamilias* podía dejarla embarazada formaba parte de sus vidas. Las fuentes literarias confirman la normalización de estas relaciones. Escipión Africano favoreció a una joven esclava, y tras su muerte, su esposa Emilia, no solo no mostro resentimiento, sino que le concedió la libertad. Del mismo modo, Catón el Censor, un modelo de virtud romana, fue visitado cada noche por una joven esclava tras enviudar y los emperadores Augusto y Claudio frecuentaban a jóvenes esclavas con la aprobación explícita de sus esposas[362].

En la literatura grecorromana abundan testimonios que justifican este comportamiento como una forma de preservar la respetabilidad de la esposa legítima. La permisividad masculina no era vista como una amenaza al honor familiar, siempre que las transgresiones sexuales se produjeran con mujeres no ingenuas. Plutarco, en sus *Consejos Matrimoniales,* aconseja a las esposas no molestarse si sus maridos cometen algún "desliz" con sirvientas, pues tales actos no constituían una afrenta directa contra ellas. Por el contrario, afirma que permitir tales "pecadillos" sexuales eran, en cierto modo, una muestra de respeto hacia la esposa al reservar para ella el lugar de honra dentro del hogar y la sociedad[363]. Marcial, por su parte, ironiza sobre

---

[360] Ovidio*, El Arte de amar,* 3.81-82: *Adde, quod et partus faciunt breviora iuventae / Tempora: continua messe senescit ager.* (Añade que los partos acortan los años de juventud: el campo envejece por cosechas continuas). Texto latino extraído de *Ars Amatoria*, traducido al inglés por A. S. Kline, 2001; Propercio, *Elegias,* 2.15, (vv. 21-22): *necdam inclinatae prohibent te ludere mammae: viderit haec, si qiiam iam peperisse pudet.* (los pechos caídos aún no te impiden alegrarte; ese es su cuidado que ha parido un hijo y lo considera una vergüenza); Estacio, *Silvas,* 1.2.268–271: *acceleret partu decimum bona Cynthia mensem, sed parcat Lucina precor; tuque ipse parenti parce, puer, ne mollem uterum, ne stantia laedas pectora ;(*que la benévola Cynthia apresure el décimo mes del parto, pero que Lucina, te lo ruego, sea indulgente; y tú mismo, niño, ten piedad de tu madre: no dañes su tierno vientre ni sus firmes pechos.). Texto latino extraído de *Statius: Silvae*, vol. I, traducido al inglés por J. H. Mozley (Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd., 1928), pp. 36-37.

[361] Gardner, *Women in Roman Law and Society,* pp 221-222. Véase también M. I. Finley, *Ancient Slavery and Modern Ideology* (New York: Viking Press, 1980), pp 95-96, 170-177, donde se documentan ejemplos en los que los amos ejercían dominio sexual sobre sus esclavas.

[362] Valerio Máximo, *Hechos y Dichos memorables,* 6.7.1 (sobre Aemilia); Plutarco, *Vida de Catón el Viejo* 21 y 24; Suetonio, *Augusto,* 71.1*;* y Tácito, *Anales,* 11.29 (sobre Claudio) y Dión Casio, *Historia romana* 54, 19.3 y 58, 2.5 (sobre Augusto).

[363] Plutarco, *Consejos Matrimoniales,* (140 16 1B) (= 140D–E): "Las esposas legítimas de los reyes persas se sientan junto a ellos en la cena y comen con ellos. Pero cuando los reyes desean divertirse y emborracharse, despiden a sus esposas y mandan llamar a sus musiqueras y concubinas. En este sentido, tienen razón en lo que

el acceso libre de los hombres a las esclavas. En uno de sus epigramas explica las condiciones impuestas por un hombre para casarse con una mujer llamada Sila que le exigía una dote millonaria, residencia separada, libertad para mantener relaciones con amantes y criadas, y una obediencia absoluta por parte de la esposa[364]. Otro ejemplo era el de un hombre llamado Quirinales quien preñaba a sus *ancillae*[365] para obtener descendencia sin las cargas del matrimonio, aunque estos hijos no fueran legítimos.

> *Vxorem habendam non putat Quirinalis, Cum uelit habere filios, et inuenit quo possit istud more: futuit ancillas domumque et agros implet equitibus uernis. Pater familiae uerus est Quirinalis*[366].

En resumen, las fuentes son ofrecen numerosos testimonios sobre las relaciones entre el *paterfamilia*s y sus esclavas no solo por placer, sino también con fines reproductivos. Watson dice que cuando una esclava tenía un hijo, era difícil determinar con certeza quién era el padre, siendo lo más probable que fuera alguno de los hombres libres del entorno doméstico[367], aunque la ley atribuía la propiedad del niño al *dominus*. La mejor prueba de que los aristócratas mantenían relaciones sexuales con esclavas es que dedicaban tiempo, afecto y recursos económicos a estos hijos. Jenofonte llegó a afirmar que criar esclavos no era rentable, dejando

---

hacen, porque no conceden ninguna participación en su libertinaje y desenfreno a sus esposas. Por lo tanto, si un hombre en la vida privada, que es incontinente y disoluto en lo que respecta a sus placeres, comete algún pecadillo con una amante o una sirvienta, su esposa casada no debe indignarse ni enfadarse, sino que debe razonar que es el respeto por ella lo que le lleva a compartir su libertinaje, licenciosidad y desenfreno con otra mujer). Plutarco, *Moralia*, trad. Frank Cole Babbitt (Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd, 1931). Traducción propia de la versión inglesa.

[364] Marcial, *Epigramas*, 11.23: *Nubere Sila mihi nulla non lege parata est; Sed Silam nulla ducere lege volo. Cum tamen instaret, 'deciens mihi dotis in auro Sponsa dabis' dixi; 'quid minus esse potest? Nec futuam quamvis prima te nocte maritus, Communis tecum nec mihi lectus erit; Complectarque meam, nec tu prohibebis, amicam, Ancillam mittes et mihi iussa tuam. Te spectante dabit nobis lasciva minister Basia, sive meus sive erit ille tuus. Ad cenam venies, sed sic divisa recumbes, Ut non tangantur pallia nostra tuis. Oscula rara dabis nobis et non dabis ultro, Nec quasi nupta dabis, sed quasi mater anus. Si potes ista pati, si nil perferre recusas, Invenies qui te ducere, Sila, velit.*' (Sila está dispuesta a convertirse en mi esposa a cualquier precio; pero yo no estoy dispuesto a hacer de Sila mi esposa a cualquier precio. Sin embargo, como ella insistió, le dije: "Me traerás un millón de sestercios en oro como dote, ¿qué menos podría aceptar? Tampoco, aunque me convierta en tu marido, me acostaré contigo ni siquiera la primera noche, ni compartiré nunca el lecho contigo. También abrazaré a mi amante sin restricciones; y me enviarás, si la necesito, a tu propia criada. Cualquier joven favorito, ya sea mío o tuyo, tendrá libertad para saludarme amorosamente incluso en tu presencia. Vendrás a mi mesa, pero nuestros asientos estarán tan alejados, que tus ropas no toquen las mías. Sólo me saludarás en contadas ocasiones, y nunca sin invitación, y no como esposa, sino como una abuela. Si puedes someterte a esto, y si nada te parece indigno de soportar, me hallarás, Sila, un caballero dispuesto a casarse contigo.). Traducción propia de la versión inglesa.

[365] D. 50.16.40.1 (*Ulp. Lib.56)*: *Servi apellatio etiaim ad ancillam refertur.* (La denominación de esclavo se refiere también a la esclava).

[366] Marcial, *Epigrama*s, I. 84: (No piensa Quirinal que debe tener esposa, aunque quiera tener hijos, y halla de qué modo puede hacerlo: preña a sus esclavas y llena la casa y los campos de caballeros esclavos. Quirinal es un verdadero padre de familia).

[367] Alan Watson, *Roman Slave Law* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987), p. 104.

entrever que muchos de esos niños no eran considerados meras propiedades productivas, sino que existía un nexo afectivo y familiar[368].

Aunque es difícil precisar el grado de condescendencia de la esposa respecto a estas relaciones, algunas fuentes indican que parece haber existido una aceptación tácita, e incluso en ocasiones explícita. Hay testimonios en que, al no poder concebir, ella misma ofrecía una esclava al esposo para darle un hijo[369]. Al no haber un acuerdo formal, esta actitud revela una forma de consentimiento implícito: en cualquier caso, el que la esposa decidiera criar al nacido de la esclava, como propio, puede interpretarse como una modalidad arcaica de gestación por sustitución, no en términos legales, ni contractuales, pero sí en cuanto al resultado final, en el que una mujer gestaba y otra asumía la maternidad legal y la crianza.

Esta práctica no fue exclusiva del mundo romano, sino que encuentra similitudes en otros entornos del mundo antiguo con el mismo fundamento. Plutarco recoge en *Sobre la virtud de las mujeres* (258) el caso de Estratonice, esposa del rey Deyótaro de Galacia[370], quien, ante la imposibilidad de concebir un heredero, propuso a su esposo que tuviera hijos con una joven cautiva llamada Electra y crió a los hijos nacidos de esa unión como propios. El paralelismo con los casos romanos es evidente: en ambos contextos era la propia esposa quien tomaba la iniciativa, cede su lugar reproductivo a otra mujer y asume después la maternidad del hijo gestado por otra.

Desde una perspectiva jurídica y económica, estas prácticas deben entenderse en el marco de la estructura doméstica romana. Pese a que no se conservan contratos formales entre las partes relativos a su función reproductiva, lo cual es coherente con la incapacidad jurídica de la esclava para obligarse, su fertilidad era un valor añadido en la economía doméstica. Las fuentes

---

[368] Jenofonte, *Economia* 13, 5–6, en este pasaje Sócrates recomienda adquirir esclavos ya entrenados en lugar de criarlos, por razones de eficiencia económica. Véase también M. Finley "On the Roman Slave Supply and Slave Breeding", en *Classical Slavery,* (London: Frank Cass, 1987), pp. 53-82.

[369] Uno de los primeros ejemplos ya visto en un pasaje de la Biblia. *Genesis,* 16.1-4, donde Raquel ofrece a su sirvienta Bilba a Jacobo, Lea ofreciendo su sierva Zilpa y Sara ofrece a Hagar a su esposo para procurar esa descendencia. Al igual que comenta Goody la gestante sustituta era una concubina o una sirviente (*handmaid*) pero nunca una segunda esposa.

[370] Deyótaro rey de Galacia, región en el centro de Asia Menor (actual Turquía), fue aliado de Roma, en particular de Cicerón y Pompeyo y luchó junto a Pompeyo en la guerra civil contra Julio César. Después fue acusado ante César de intentar matarlo, pero Cicerón lo defendió en el discurso *Pro rege Deiotaro* en *Tres discursos ante César*, intro., trad. y notas de Juan Antonio Ayala (México: Universidad Autónoma de México, 1968).

agronómicas[371] indican que estas recibían suministros de subsistencia como alimento, aceite o vestimenta y disfrutaban de un trato más favorable cuando contribuían al incremento del patrimonio, mediante el nacimiento de nuevos esclavos (*vernae*). Desde el punto de vista jurídico, esta situación se explica por la consideración del esclavo como *res*, y por el hecho de que los hijos nacidos de esclavas pertenecían al *dominus,* integrándose su capacidad reproductiva en la gestión patrimonial del amo.

> *D. 1.5.15 (Trif. 10 Disp.): Arescusa, si tres peperit libera esse testamento iussa, primo partu unum, secundo tres peperit: quaesitum est, an et quis eorum liber esset. Haec condicio libertati adposita iam implenda mulieri est. Sed non dubitari debet, quin ultimus liber nascatur (...). Incipiente igitur partu existens condicio efficit, ut ex libera edatur quod postea nascitur, veluti si quaelibet alia condicio libertati mulieris adposita parturiente ea existat. Vel manumissa sub hac condicione (...) iam libera peperisse credenda est.*
>
> *D. 1.5.16 (Ulp. 6 Disp.): Idem erit, si eadem arescusa primo duo pepererat, postea geminos ediderat: dicendum est enim non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum qui posterior nascitur. Quaestio ergo facti potius est, non iuris*[372].

Aun sin una contraprestación contractual en sentido técnico, la capacidad reproductiva generaba, en la práctica, ciertos beneficios materiales o un mejor trato, lo que lo aproxima a los ordenamientos mesopotámicos donde la reproducción femenina estaba directamente incentivada mediante compensaciones expresas. En Roma, sin embargo, esa compensación adoptaba una forma jurídica más significativa a través de la manumisión. Se observa un alto porcentaje de manumisiones otorgadas a esclavas gestantes, practica que como argumenta

---

[371] Columela, *Los XII Libros de Agricultura*, I. 8: "También a las mujeres que son extraordinariamente fecundas y que deben ser recompensadas por tener un cierto número de hijos, les he concedido la exención del trabajo y a veces incluso la libertad después de haber criado muchos hijos. A una madre de tres hijos se le concedió la exención del trabajo; a una madre de más, también la libertad".

[372] D. 1.5.15 (*Trif. 10 Disp.):* (Habiéndose dispuesto en un testamento que Arescusa fuese libre, si hubiere parido tres; en el primer parto parió uno, y en el segundo tres; se preguntó ¿si alguno seria libre y cuál de estos? Esta condición puesta para la libertad ha de estar ya cumplida para la mujer, pero no debe dudarse que el último nazca libre (…) así pues, al comenzar el parto, la condición que se cumple se hace, que de una lubre sea dado a luz lo que después nace; a la manera que, si otra cualquiera condición puesta a la libertad de la mujer se cumpliera al parir esta, o que manumitida bajo esta condición (…) se ha de creer que parió siendo ya libre). D. 1.5.16 (*Ulp. 6 Disp.)*: (Lo mismo será si la propia Arescusa había parido dos primeramente y después había dado a luz a gemelos: pues ha de decirse que no puede reputarse que ambos nazcan ingenuos, sino el que nace postrero. Por lo que la cuestión es más bien de hecho no de derecho).

Gayo, beneficiaba tanto a la madre como a su prole; así estos nacían libres siempre que la madre fuera libertada antes del parto[373]:

> Gayo, *Inst., I, 88: Sed si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa ciuis Romana facta sit et tunc pariat, licet ciuis Romanus sit qui nascitur, sicut pater eius, non tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est, neque ex ullo senatus consulto talis coitus quasi iustus constituitur.*
>
> Gayo, *Inst., I, 89: Quod autem placuit, si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur, liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit: at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.*

La doctrina ha cuestionado por qué los dueños renunciaban a esclavas jóvenes y fértiles, en lugar de capitalizar su capacidad reproductiva para obtener más esclavos. La respuesta más plausible es que la manumisión, ya fuera concedida a la madre antes del nacimiento o al hijo con posterioridad, era una manera de legitimar de facto la descendencia biológica del *paterfamilias* aunque implicara la pérdida de mano de obra [374].

Entre las *iustae causae manumissionis* (justas causas de manumisión) que recoge Gayo, destacan las relaciones de parentesco consanguíneo, como en el caso de los *filii naturales* o los *alumni*, e incluso la intención de contraer matrimonio con una mujer ya libre, pero que había

---

[373] (Pero cuando una esclava, que ha quedado en cinta por comercio con un ciudadano romano, viniese á parir después de obtenida su libertad y hecha ciudadana romana por manumisión, el hijo que nazca, por más que sea ciudadano romano como su padre, no está sometida a la patria potestad; porque ni ha sido concebido de legitima unión, ni hay ningún senadoconsulto que declare válido semejante enlace) y 89: (En cuanto a la disposición de que sea libre el hijo concebido por una esclava a consecuencia de trato con un ciudadano romano, siempre que el parto ocurra después de manumitida la madre, se funda en la razón natural; porque el estado de los hijos, cuya concepción es ilegítima, se determina por la época en que acaece el nacimiento: por consiguiente, si nacen de una madre libre, son ellos libres, sin que importe nada que la madre cuando los concibió fuese esclava. Por el contrario, los hijos concebidos legítimamente adquieren su estado conforme al tiempo en que se verificó la concepción).

[374] Susan Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic* (Oxford: Clarendon Press, 1969), pp. 19–20; Keith Hopkins, *Conquerors and Slaves* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978), pp. 131–132; Keith Bradley, "Virginity and the Status of Slave Women in Ancient Rome", *Journal of Roman Studies* 73 (1983): pp. 83–84.

sido esclava. Por ello, algunos romanistas[375] consideran que los *vernae* eran manumitidos a edades tempranas por tratarse de hijos del *dominus*.

> *Justa autem causa manumissioms est ueluti sí quis filium filiamue, aut fratrem sororemue naturalem, aut alumnum, aut paeagogum, aut seruum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa, aput consilium manumittat*[376].

Esta hipótesis encuentra apoyo en diversas inscripciones funerarias comentadas por Rawson[377] que sugieren que estos niños esclavos, tenían una relación afectiva o incluso biológica con sus amos. En dichas inscripciones, los nombres elegidos para estos niños eran a menudo de divinidades, lo que apunta a cierto grado de aprecio[378]. Además, las conmemoraciones realizadas por sus *mammae* y *tatae*, manifiestan lazos de carácter personal[379].

En este sentido, Rawson observa que una parte considerable de las inscripciones correspondientes a esclavos menores de veinticinco años pertenecen a individuos ya liberados, lo que podría deberse a vínculos consanguíneos entre el dueño y el esclavo, en consonancia con lo estipulado por Gayo. En estos casos, el *nomen* del amo solía transmitirse al liberto. Tal fue el caso de Tiro, esclavo de Marcus Tullius Cicero, quien al ser manumitido adoptó el nombre de Marcus Tullius Tiro[380]. Existen epitafios que expresan este tipo de vínculos con fórmulas como *patronus et frater* ("patrono y hermano") o *filius et libertus* ("hijo y liberto")[381]. Otro ejemplo es el de un cónsul honorario bajo el mando de Calígula que se refería al

---

[375] Treggiari, *Roman Freedmen*, p. 200.; R.C. Weaver, "Social Mobility in the Early Roman Empire" en *Studies in Ancient Society*, ed. M. I. Finley (London: Routledge, 1974), pp. 121–125.; William V. Harris, *Rome and Its Slaves* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005). A partir de las inscripciones de Delfos sobre manumisión entre (200 a.C. y 100 d.C.), se estima que aproximadamente el 58 % de los esclavos liberados eran *vernae,* es decir, nacidos en la casa del amo. Véase Keith Hopkins, *Conquerors and Slaves*, p. 140; William L. Westermann, *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity* (Philadelphia: American Philosophical Society, 1955), p. 98. Asimismo, las investigaciones de Beryl Rawson sobre inscripciones funerarias muestran que el 78 % de 322 *vernae* eran menores de 15 año**s**, lo que sugiere que lo*s vernae* de mayor edad fueron liberados muy jóvenes. Rawson también observa que los *alumni* (hijos criados en casa) seguían patrones similares, deduciendo que podrían haber sido hijos naturales del amo. Rawson, *The Family,* pp. 173–180 y 188–191.

[376] Gayo: (Y es causa legítima de manumisión, cuando alguno, por ejemplo, manumite ante el consejo á su hijo ó hija, hermano ó hermana natural, á uno que haya criado y educado, á su preceptor, á un esclavo para que le sirva de procurador, ó á una esclava con el fin de tomarla por esposa).

[377] Rawson, *The Family*, p.173. Desde los dos primeros siglos a.C.

[378] Thomas E. J. Wiedemann, *Slavery* (Oxford: Oxford University Press, 1987), p. 23.

[379] Bradley encontró en su análisis epigráfico que, en 49 inscripciones con "*tatae"* y 61 con "*mamma*e", los hijos suelen ser esclavos, mientras que los "*tatae"* y "*mamae*" (tutores y madres afectivas) son con más frecuencia libres. Bradley, *Discovering the Roman Family,* pp. 76-102.

[380] Rawson, *The Roman Family,* pp. 12-13.

[381] P.R.C. Weaver, *Familia Cesaris; A Social Study of the Emperor´s Freedmen and Slaves* (Cambridge, Cambridge University Press, 1972), p. 184.

emperador como su padre, siendo hijo de una antigua esclava, según se recoge en *Anales,* 15.72:

> *Quia nunc primum oblatus est, pauca repetam: nam et ipse 10 pars Romanarum cladium erit. igitur matre libertina ortus quae corpus decorum inter-servos libertosque principum vulgaverat, ex G. Caesare se genitum ferebat, quoniam forte quadam habitu procerus et torvo vultu erat, sive G. Caesar, scortorum quoque cupiens, etiam matri eius inlusit*[382].

De hecho, se estima que uno de cada cinco aristócratas romanos era descendiente de esclavos[383]. No sorprende que Tácito afirmara que los *liberti* estaban por todas partes, insinuando que muchos cargos públicos estaban ocupados por antiguos esclavos manumitidos[384]. En la propia legislación matrimonial de Augusto, concretamente en la *Lex Aelia Sentia* (año 4 d.C.), establecía que un dueño menor de veinte años no podía manumitir esclavos libremente, salvo que existiera una causa legítima evaluada por un *consilium*. Ulpiano recoge una excepción: se admite la manumisión si el esclavo era hijo o hija natural del amo, o si era hermano o hermana natural. Asimismo, el Digesto contiene numerosas menciones a esclavas liberadas, lo que confirma la relevancia y frecuencia de este fenómeno.

> *D. 40.2.11 (Ulp. Del cargo de Proconsul Lib. 6): Si minor annis viginti manumittit, huismodi solent eausae manumissionis recipi, si filius filiave, frater sororve naturalis ait*
>
> *D. 40.2.12 (Ulp. Comm. Ley Elia Sent. Lib. 2): vel si sanguine eum contingit; habetur enim ratio cognationis* [385].

---

[382] Tácito, *Anales,* 15.72: (Lo menciono brevemente; pues también él formará parte de las tragedias de Roma. Era hijo de una liberta que había prostituido su atractiva figura entre los esclavos y libertos de los emperadores, y se presentaba a sí mismo como descendiente de Cayo César (Calígula); ya fuera por una extraña casualidad que le había dado una estatura elevada y un ceño sombrío, o quizás porque Cayo —cuya lujuria alcanzaba incluso a las prostitutas— había abusado de su madre junto con otras).

[383] P. R. C. Weaver, "Children of Freedmen and Freedwomen", en *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, ed. Beryl Rawson (Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 173, citando a M. L. Gordon, "The Freedman's Son in Municipal Life," *Journal of Roman Studies* 21 (1931): p. 70.

[384] Tácito, *Anales,* 13.27: *Disserebatur contra: paucorum culpam ipsis exitiosam esse debere, nihil universorum iuri derogandum; quippe late fusum id corpus. hinc plerumque tribus; decurias, ministeria magistratibus et sacerdotibus, cohortis etiam in urbe conscriptas; et plurimis equitum, plerisque senatoribus non aliunde originem trahi.* (Se argumentaba, por otro lado, que la culpa de unos pocos no debía ser fatal para toda la clase, y que los derechos del grupo en general no debían verse perjudicados. Pues ese colectivo (los libertos) estaba ampliamente extendido: de él se nutrían en gran parte las tribus, las decurias, los asistentes de magistrados y sacerdotes; también las cohortes alistadas en la capital; y el origen de la mayoría de los caballeros y de muchos senadores no procedía de otra parte).

[385] D. 40.2. 11 (*Ulp. Del cargo de Proconsul Lib. 6*): (Si el menor de veinte años manumite, se suelen admitir causas de manumisión de esta naturaleza, si fuera hijo o hija, hermano o hermana natural) y D. 40.2.12 (*Ulp. Comm. Ley Elia Sent. Lib. 2*): (O si está unido por vínculo de la sangre; porque se tiene cuenta de la cognación).

Finalmente, la investigación epigráfica de Bradley establece que los padres biológicos casi nunca aparecían en las inscripciones funerarias, así la filiación quedaba en muchos casos oculta deliberadamente. Este conjunto de datos indica que numerosos niños esclavos eran criados por adultos libres, lo que plantea interrogantes sobre la verdadera paternidad, la filiación invisible y las relaciones dentro de la *domus.*

En el ámbito del derecho sucesorio, Champlin tras un exhaustivo análisis de testamentos, fuentes literarias, registros papiráceos e inscripciones lapidarias, concluye que los testadores romanos eran más propensos a dejar sus bienes a amigos cercanos y hombres libres, incluidos libertos, que a parientes lejanos. El autor insinúa que algunos de estos libertos nombrados herederos podrían haber sido hijos ilegítimos del testador, y que incluso cuando existían hijos legítimos, los libertos recibían cuotas significativas de la herencia. Esta práctica parece indicar que el vínculo biológico y el afecto nacido de la convivencia doméstica lograban, en el momento de la última voluntad, trascender las barreras estamentales y las rígidas jerarquías del *ius civile.*

Estas normas expresan la flexibilidad del derecho romano cuando se trataba de relaciones familiares, incluso en el marco de la esclavitud. En estos supuestos, la manumisión no puede entenderse solo como un acto de liberalidad, sino como un medio a través de la cual se integraban en el orden jurídico circunstancias familiares que no podían reconocerse abiertamente dentro de la estructura formal de la institución servil. La función reproductiva de la esclava, lejos de quedar al margen del sistema, generaba una combinación de intereses patrimoniales, afectivos y sociales, dando lugar a soluciones que, sin alterar la norma general, acomodaban situaciones de hecho dentro de la *domus* romana**.**

2.4.3.2. Las concubinas como medio para la procreación

Otra categoría de mujeres instrumentalizadas con fines reproductivos fueron las concubinas. Los romanos recurrían tanto a sus esclavas como a concubinas como portadoras de "herederos de contingencia" cuando la esposa legitima era estéril. Esta práctica, comparable a formas

informales de poliginia en otras civilizaciones, proporcionaba hijos que, aunque carentes de derechos en general, podían, por ejemplo, ser favorecidos en el testamento[386].

Es preciso matizar que, bajo el principio *mater semper certa est,* el hijo nacido fuera del matrimonio seguía la condición jurídica de la madre, mientras que la paternidad legal solo se reconocía mediante el matrimonio legítimo (*is est pater quem nuptiae demonstrant*). Por ello, solo los hijos concebidos en *iustae nuptiae* quedaban sometidos a la *patria potestas* del padre. Por el contrario, un hijo nacido de una ciudadana romana no casada adquiría la ciudadanía, pero nacía *sui iuris*, sin vínculo potestativo con el progenitor.

Las fuentes empleaban distintos términos para clasificar a esta descendencia: *spurii*, *vulgo concepti* y *naturales.* En la época clásica el termino *spurii* designaba genéricamente a todos los nacidos fuera del matrimonio, mientras que *liberi naturales* se reservaba específicamente para los nacidos de una unión de concubinato. Con el tiempo, estos últimos, podían ser reconocidos mediante la *legitimatio*, ya fuera por matrimonio posterior con la madre (*per subsequens matrimonium*[387]), por *rescripto* del príncipe o por ofrecimiento a la curia.

Panero Gutiérrez define el concubinato como la unión estable de hombre y mujer sin *affectio maritalis* o tendiéndola carecen de *conubium.* La ausencia de cualquier de estos dos elementos lo diferencia del matrimonio legítimo, mientras que su nota de estabilidad lo distingue de la mera relación sexual esporádica[388]. Esta unión se reconocía con mujeres libres, siempre que no exista impedimento legal o moral, y no se considera delito, incluso si la mujer hubiera sido condenada anteriormente por adulterio. En general, el concubinato se establecía con mujeres de mala fama, esclavas manumitidas o ingenuas que hubieran declarado expresamente su voluntad de no contraer nupcias[389].

La figura experimentó una evolución significativa. Durante la época clásica, recogido en el D.7.25., el concubinato careció de una regulación específica, permaneciendo al margen del reconocimiento jurídico, pese a su amplia presencia en la práctica social. Con el paso del

---

[386] Laura Betzig, "Sex, Succession, and Stratification in the First Six Civilizations: How Powerful Men Reproduced, Passed Power on to Their Sons, and Used Power to Defend Their Wealth, Women, and Children", en *Social Stratification and Socioeconomic Inequality*, 1, *A Comparative Biosocial Analysis*, ed. Lee Ellis (New York: Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, 1993), pp. 37–74.
[387] Ricardo Panero, Derecho Romano, p. 285.
[388] Panero Gutiérrez, *Derecho Romano,* p. 285.
[389] María Dolores Parra Martín, *Mujer y concubinato en la Sociedad romana (*Murcia: Universidad de Murcia, 2005), p. 243.

tiempo, esta situación fue cambiando y la institución pasó a ser objeto de distintas intervenciones normativas que alteraron su alcance y sus efectos. En época de Augusto, el concubinato se extendió tras la promulgación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, la *Papia Poppaea* y la *Lex Iulia de Adulteriis*, como consecuencia de las severas restricciones impuestas para contraer matrimonio. En la época postclásica, bajo la influencia del cristianismo, la tolerancia inicial dio paso a un claro disfavor, sancionándose a quienes mantenían tales uniones. No será hasta la reforma justinianea cuando el concubinato se concibe como un "matrimonio inferior", y otorgando ciertos derechos a los *liberi naturales*.

Las fuentes literarias cuentan que los emperadores[390] y los *paterfamilias* mantuvieron numerosos amantes y concubinas. El acceso sexual a estas mujeres, la manumisión de esclavas amantes y las inscripciones funerarias, dan fe de todo ello. Si bien el recurrir a concubinas ante la esterilidad de la esposa, no solía proclamarse *vox populi,* para no poner en evidencia la incapacidad reproductiva de la mujer legítima, estas situaciones eran un secreto a voces, que explica la abundancia de hijos ilegítimos acogidos por las grandes familias romanas[391].

El concubinato se integró en un modelo de organización familiar en la que la reproducción se gestionaba como un elemento más dentro del poder doméstico. La descendencia no dependía únicamente del matrimonio, sino de un conjunto de prácticas de intervención reproductiva para

---

[390] Así Suetonio, en *Los doce césares*, narra en numerosos capítulos las múltiples aventuras amorosas de los doce cesares.

[391] Juvenal, *Sátiras*, 6, 76-81: *An expectas ut Quintilianus ametur? Accipis uxorem de qua citharoedus. Echion aut Glaphyrus fiat pater Ambrosiusque choraules. Longa per angustos figamus pulpita uicos, ornentur postes et grandi ianua lauro, ut testudineo tibi, Lentule, conopeo nobilis Euryalum mirmillonem exprimat infans. Nupta senatori comitata est Eppia ludum.* (¿Acaso esperas que se enamoren de Quintiliano? Recibes por esposa a una mujer que hace padre al citaredo Equíon o bien a Gláfiro o bien al flautista Ambrosio. Instalemos largos estrados en las calles estrechas, adornemos las puertas y las jambas con enormes laureles, para que, en su cuna con incrustaciones de carey, Léntulo, tu noble hijo te saque los rasgos de un Euríalo el mirmidón); Marcial, *Epigramas* 7, 39: *Pater ex Marulla, Cinna, factus es septem non liberorum: namque nec tuus quisquam nec est amici filiusve vicini, sed in grabatis tegetibusque concepti materna produnt capitibus suis furta. hie qui retorto crine Maurus incedit subolem fatetur esse se coci Santrae. at ille sima nare, turgidis labris ipsa est imago Pannychi palaestritae. pistoris esse tertium quis ignorat, quicumque lippum novit et videt Damam? quartus cinaeda fronte, candido voltu ex concubino natus est tibi Lygdo: percide, si vis, filium: nefas non est. hunc vero acuto capite et auribus longis, quae sic moventur ut solent asellorum, quis morionis filium negat Cyrtae? duae sorores, ilia nigra et haec rufa, Croti choraulae vilicique sunt Carpi. iam Niobidarum grex tibi foret plenus si spado Coresus Dindymusque non esset*. (Los hijos de tu esposa Marulla, Cinna, te ha hecho padre de siete hijos no libres, pues ninguno es tuyo, ni de un amigo, ni del vecino, sino que, concebidos en camastros y esteras, exhiben en su propia frente las infidelidades de su madre. Este que entra, un moro de pelo rizado confiesa que es descendencia del cocinero Santra; en cambio, aquel de nariz achatada y gruesos labios es el vivo retrato del palestrita Pánico. ¿Quién ignora que el tercero es del panadero, si conoce y ve al legañoso Dama? El cuarto, con su frente desvergonzada y su color pálido, te ha nacido del concubino Ligdo: viola al hijo, si quieres, no es ningún crimen. A su vez, este de cabeza de pepino y largas orejas, que se mueven como las de los burros, ¿quién niega que es hijo del bufón Cirta? Las dos hermanas, la una morena y la otra rubia, son del flautista Croto y del cortijero Carpo. La cuadrilla de los hijos de Níobe tendrías ya completa, si Coreso y Díndimo no fueran eunucos).

asegurar la continuidad por medios alternativos. En este contexto, el derecho romano no imponía un único modelo familiar, sino que reconocía implícitamente esta pluralidad, integrando sus efectos jurídicos sin alterar la estructura básica del sistema. Todo ello muestra un ordenamiento pragmático en el que la continuidad familiar se apoyaba en una combinación flexible de soluciones, anticipando de forma remota la diversidad de modelos reproductivos que el derecho contemporáneo aún no ha sabido regular.

2.5. El divorcio y la cesión de vientres

Otra de las alternativas ante la ausencia de descendencia era el divorcio, seguido de unas segundas nupcias con una mujer fértil para asegurar la procreación. En algunos casos, este mecanismo adquiría matices de una sofisticación sorprendente: el esposo podía "ceder" temporalmente el vientre de su propia esposa, es decir, permitir que ella concibiera con otro hombre con el fin de obtener un heredero, y posteriormente volver a casarse con ella una vez alcanzado el propósito.

2.5.1. Divorcio *sterilitatis causa*

El divorcio por esterilidad era posible en Roma. Así se desprende de un texto de Hermogeniano, D. 24.1.60.1 (*Herm.* 2 *Ep.)* relativo a la admisibilidad de las donaciones entre esposos realizadas por esta causa:

> *Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt: saepe enim evenit, uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem*[392].

En esta misma línea, Ulpiano en D. 24.3.22.7 (*Ulp. Com. Ed. Lib. 33*), también considera aceptable que un esposo movido por el deseo de tener descendencia se divorciara de una esposa afectada por una locura incurable, argumentado que tal condición impedía tanto la vida conyugal como el cuidado del embarazo. El jurista subraya que, en estos casos, la disolución no conlleva nota de culpa ni perjuicio patrimonial para las partes:

> *Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus… Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet,*

[392] (Están permitidas entre marido y mujer las donaciones por causa de divorcio, porque muchas veces sucede que por causa de sacerdocio o también por esterilidad.)

> *procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur se matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat*[393].

Sin embargo, existía una discordancia entre la legalidad y la moralidad social. Entre las clases altas, repudiar a una esposa virtuosa, modesta y obediente únicamente por su incapacidad reproductiva era motivo de reproche. Aulo Gelio[394] señala que repudiar a una esposa intachable por no tener hijos no se consideraba propio de un buen esposo. Aun así, las fuentes muestran que, en la práctica, existía una preferencia por el divorcio y las segundas nupcias para tener hijos biológicos, antes que recurrir a la adopción.

Como ya se ha señalado, el divorcio de Espurio Carvilio Ruga, es considerado el primero motivado por la esterilidad de la esposa (231 a.C.)[395]. Carvilio Ruga justificó su decisión alegando el incumplimiento del deber de procrear (*liberorum quaerendorum gratia*)[396]. Sin embargo, pese a esta justificación, fue mal recibido. Dionisio recoge que, aun habiéndose actuado por necesidad, el pueblo le mostró su rechazo, al desaprobar el repudio de una esposa considerada virtuosa[397]. Este caso, ajeno a las causas tradicionales atribuidas a la legislación

---

[393] (Si durante el matrimonio hubiere comenzado á estar loco el marido ó la mujer, examinemos qué se haya de hacer; y á la verdad, sin duda alguna se observa, que la persona que está poseída de locura, porque no tiene juicio, no puede enviar mensaje de repudio: pero es tolerable para los que están cerca de ella, en este caso de ningún modo conviene que se disuelva el matrimonio; y si sabiéndolo la persona que estando sana de juicio hubiere enviado mensaje de repudio á la que estaba loca, así como hemos dicho, las nupcias quedan disueltas por su culpa. Porque ¿qué cosa hay tan humana como que el marido sea partícipe en los casos fortuitos de la mujer, ó la mujer de los del marido? Pero si la locura es tanta, tan feroz y perniciosa, que no quede esperanza alguna de curación, y es temible para los sirvientes, y acaso la otra persona está tentada del deseo de procrear descendencia, ó por causa de la servicia de la locura, ó porque no tiene hijos, tendrá facultad la que esté sana de juicio para enviar mensaje de repudio á la persona loca, de suerte que se considere que el matrimonio se disolvió sin culpa de ninguna, y ni una ni otra parte incurra en daño).

[394] Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 4.3.2.

[395]Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 4.3.1–2 y 17.21.44–45, también relata el caso, destacando que, aunque el motivo fue legítimo según el derecho, generó una fuerte censura social; Dionisio de Halicarnaso, en *Antigüedades Romanas*, 2.25.7, *Antiquitatum Romanarum quae supersunt, Vol I-IV.* Karl Jacoby (Leipzig: In Aedibus B.G. Teubneri, 1885), menciona que la esposa de Carvilio "parece que era estéril" *(*στεῖρα*),* y Plutarco, en *Comparación de Tesauro y Rómulo,* 6.3 y *Comparación de Ligurco y Numa,* 3.7, afirma que Carvilio la apartó acusándola de "falta de hijos**"** (*ἀπαιδία*). Plutarch, *Lives*, trad. Bernadotte Perrin, (Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann, 1914). Véase también Miguel Herrero Medina, "El divorcio de Espurio Carvilio Ruga: un caso paradigmático", *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 17 (2019).

[396] Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 4.3.2. Según Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables,* 2.1.4, Carvilio Ruga tomó esta decisión "q*uia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur"* (porque no se podían engendrar hijos de ella debido a un defecto corporal).

[397] En la Roma arcaica, el divorcio y repudio no eran exactamente lo mismo, aunque ambos implicaban la disolución del matrimonio. La diferencia principal radica en quién iniciaba la ruptura y cómo. El repudio era un acto formal unilateral de disolver el matrimonio por una de las partes (esposo o esposa). El término *repudium* se usaba con más frecuencia cuando la mujer era repudiada por el hombre, pero también las mujeres podían repudiar. *Divortium* era en general la disolución del matrimonio, ya fuera por mutuo acuerdo o por iniciativa de una de las partes. Si era unilateral, el término *repudium* podía aplicarse.

de Rómulo sobre el divorcio[398] adquirió una notable repercusión y por eso fue novedoso y tan comentado en las fuentes romanas.

Plutarco por su parte relata que Lucio Cornelio Sila también se divorció de su tercera esposa, Cloelia, debido a su esterilidad, pero, a diferencia de Carvilio, la elogió públicamente y la colmó de regalos, evitando así las críticas[399].

> *…et tertiis nuptiis Cloeliam duxit, quam ob sterilitatem repudiavit, honore tamen et summa reverentia habitam atque donis affectam.*

En ocasiones, la iniciativa de la ruptura partía de la propia esposa quien se ofrecía a retirarse del matrimonio para que su marido pudiera concebir con otra mujer. El testimonio más conocido es la *Laudatio Turiae*[400] (finales del s. I a.C.). Esta inscripción funeraria atribuida a Quinto Lucrecio Vespilón, relata como este elogia a su esposa Turia quien, angustiada por su esterilidad tras cuarenta años de matrimonio, le propuso formalmente el divorcio. La propuesta de Turia no era una simple separación, sino un plan de sustitución reproductiva, ella misma buscaría una mujer joven y fértil para su esposo, se retiraría del hogar para permitir la concepción de hijos legítimos y, una vez cumplido el propósito, regresaría al matrimonio para criar a esos niños como si fueran propios, compartiendo con ellos el patrimonio marital. Vespilón, en un gesto de lealtad excepcional, declinó la oferta, prefiriendo la vida común sin hijos a la "sustitución" de su esposa:

> *Cum de tua facultate liberos gignendi desperavisses atque de mea sine prole condicione doluisses, coepisti timere ne, si te uxorem retinerem, omnem spem liberorum amitterem idque mihi esset molestum. Itaque statim divortium proposuisti atque domum nostram ad fecunditatem alterius feminae vacuam relinqui obtulisti. Re vera autem id agebas ut ipsa, fiducia consuetudinis ac concordiae nostrae, mihi uxorem quaereres atque eligeres quae digna idoneaque esset; professaque es futuros liberos communes ac velut tuos ipsius habituram, nec bona, quae ad id tempus communia tenueramus, divisuram, sed ea in mea potestate mansura esse*

---

[398] La denominada “legislación de Rómulo” no constituye una ley en sentido técnico, sino un conjunto de normas de carácter arcaico transmitidas por la tradición literaria. Según estas fuentes, el repudio de la esposa quedaba restringido a supuestos graves, como el adulterio o determinadas conductas consideradas deshonestas, lo que pone de relieve el carácter excepcional del divorcio en las primeras etapas de Roma. Véase Plutarco, *Vida de Rómulo*, 22, Dionisio de Halicarnaso, *Antigüedades Romanas*, 2.25.

[399] Plutarco, *Vida de Sila,* 6: “en terceras nupcias con Clelia, a la que repudió por estéril, tratándola con honor y el mayor miramiento y haciéndole presentes. Plutarco, *Vidas paralelas*. *Vol. V,* introd., trad. y notas de Jorge Cano Cuenca, David Hernández de la Fuente, y Amanda Ledesma, (Madrid: Gredos, 2016).

[400] La *laudatio* era un elogio fúnebre que representaba un acto solemne cargado de significado político, social y familiar. Este discurso, pronunciado habitualmente por un descendiente directo del difunto, tenía lugar durante las exequias públicas y servía para exaltar las virtudes, hazañas y méritos del fallecido.

> *atque, si vellem, tua quoque cura administranda: nihil separatim, nihil secreto servatura, atque deinceps officia ac fidem sororis et socrus suscepturam*[401]**.**

El texto apunta hacia varios puntos clave para esta investigación: en primer lugar, el sentimiento de culpabilidad de Turia por no poder dar hijos a su esposo. Incluso en un matrimonio afectuoso, la falta de hijos se percibía como un incumplimiento del deber conyugal, que la esposa sentía con el deber de reparar. En segundo lugar, en ningún momento se plantea la adopción como alternativa, la obsesión por la descendencia biológica obligaba a buscar un vientre ajeno, pero un semen propio y la única solución viable era recurrir a una nueva esposa como "madre gestante" y, posteriormente, reintegrar a Turia en el matrimonio para criar a los hijos. Y en tercer lugar fue la propia Turia quien desempeña un papel activo y casi contractual, ofreciéndose a gestionar la llegada de una "madre gestante" para asegurar el futuro de su marido y de la *domus*. Sin embargo, la negativa del esposo a aceptar la propuesta podría explicarse por el carácter inusual y socialmente disruptivo que implicaba que una mujer solicitara el divorcio ya que, para la mentalidad romana de la época, que una esposa tomara la iniciativa de disolver el matrimonio se consideraba algo "poco femenino" y una transgresión de la autoridad del *paterfamilias.* Vespilón se escandalizó ante la idea de que su mujer pudiera pensar que él la abandonaría, calificando la propuesta como algo impropio de su carácter virtuoso. Otra teoría es que Turia buscara evitar las sanciones patrimoniales impuestas por las leyes caducarias de Augusto[402], demostrando que la presión fiscal podía forzar incluso a los matrimonios más afectuosos a considerar estas estrategias.

---

[401] *Laudatio Turiae:* **(c**uando desesperaste de tu capacidad para tener hijos y sufriste por mi falta de descendencia, comenzaste a temer que, al conservarte como esposa, yo perdiera toda esperanza de tener hijos y me sintiera afligido por ello. Por eso propusiste directamente el divorcio y ofreciste dejar libre nuestra casa para la fertilidad de otra mujer. En realidad, tu intención era que tú misma, confiando en nuestra conocida sintonía de sentimientos, buscaras y eligieras para mí una esposa que fuera digna y adecuada, y declaraste que considerarías a los futuros hijos como compartidos y como si fueran tuyos, y que no dividirías los bienes que hasta entonces habíamos mantenido en común, sino que seguirían bajo mi control y, si yo lo deseaba, bajo tu administración: no guardarías nada aparte, nada separado, y de ahí en adelante asumirías los deberes y la lealtad de una hermana y una suegra**).** Erik Wistrand, *The So-Called Laudatio Turiae: A Critical Edition with Introduction, Translation and Commentary* (Göteborg, 1976, *Laudatio Turiae* I, 37-39, FIRA, III (*negotia*); *Éloge funèbre d'une matrone romaine (éloge dit de Turia)*, trad. Marcel Durry (Paris: Les Belles Lettres, 1950).

[402] E. A. Hemelrijk, "Masculinity and Femininity in the *Laudatio Turiae*", *Classical Quarterly* 54, n.º 1 (2004): pp. 185–197; K. Milnor, *Gender, Domesticity, and the Age of Augustus: Inventing Private Life* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 214–221, quien observa diversas similitudes entre el texto de la *laudatio* y el enfoque ideológico oficial del régimen augusteo; N. Horsfall, "Some Problems in the 'Laudatio Turiae'", *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 30 (1983): pp. 85–98; Jane F. Gardner y Thomas E. Wiedemann, *The Roman Household: A Sourcebook* (London; New York: Routledge, 1991),p. 48; Rosa María Mentxaca, "Turia. Un ejemplo de *mulier fortis* romana", en *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*, eds. R. Rodríguez López y M. J. Bravo Bosch (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), pp. 113–114.

En conclusión, el divorcio *sterilitatis causa* funcionaba como la puerta de acceso a segundas nupcias con fines reproductivos. Aunque la *Laudatio Turiae* se le clasifica como un caso de afecto, que prevaleció sobre la necesidad de herederos, constata que la sociedad romana contemplaba la posibilidad de utilizar a una tercera mujer como instrumento biológico para salvar la continuidad de la familia, aunque la iniciativa femenina en este proceso fuera vista con recelo por el esposo. Se trata precisamente de una excepción que confirma la regla.

2.5.2. La Cesión del Vientre

2.5.2.1. La consideración de la mujer embarazada como *venter* y su protección

Por lo general, las fuentes empleaban el término *venter*[403] para referirse al embarazo o al concebido. La doctrina lo ha interpretado como "vientre fecundado" y ha destacado su rol estrictamente reproductivo con una notable despersonalización de la gestante en favor del producto de la concepción.

En este contexto, el Derecho romano prestó atención al concebido, pero no nacido (*nasciturus*)[404], sobre todo en materia sucesoria. Aunque no se le reconocía personalidad jurídica plena, se le protegía mediante una ficción legal: se le tenía por nacido siempre que ello le fuera favorable (D. 1.5.26 *(Jul. lib. 68)*: *Qui in útero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura ese* (quienes están en el útero se consideran, en casi todo el derecho civil, como existentes en la realidad)) . Así, el ordenamiento partía de la idea de que el concebido podía llegar a ser sujeto de derecho si nacía con vida, lo que justificaba la adopción de medidas destinadas a preservar su futura posición jurídica durante el embarazo.

Para salvaguardar los intereses patrimoniales del *nasciturus*, se crearon figuras específicas, como el *curator ventris* (guardián del vientre femenino) y la *missio in possessionem ventris nomine* una medida procesal que otorgaba la posesión provisional de los bienes hereditarios a la mujer, en nombre del vientre, que correspondían al concebido. Estas medidas estaban

---

[403] D. 25.6.1.7-8 (*Ulp. 34 ad Ed.): Interesse autem videtur primum de alimentis, quam in ventrem sunt errogata …nihil praestabit mulier qua sine causa alta est sub praetextu ventris…. Sed et hoc imputatur mulieri, quod demenuta sunt multa in hereditate, dum hic contemplatione ventris non attigit hereditatem.* (7. Pero se considera que interesó en primer lugar respecto a los alimentos que se gastaron para el vientre…nada restituiría la mujer que sin causa fue alimentada so pretexto del vientre…8. Mas también se imputa a la mujer que se hayan disminuido muchas cosas en la herencia, mientras por contemplación al vientre no toco aquel la herencia).
[404] Concebido no nacido. Panero Gutiérrez, *Manual de Derecho Romano,* p. 198.

orientadas a evitar perjuicios durante la gestación y asegurar la legitimidad de la descendencia y la correcta transmisión de la herencia[405].

El *curator ventris* tenía como función principal velar por los intereses del concebido hasta su nacimiento, adoptando las actuaciones necesarias para su protección[406]. Su intervención era especialmente importante en aquellos casos en los que podía ponerse en duda la existencia del embarazo o el nacimiento del hijo, por ejemplo, tras la disolución del matrimonio, con el fin de garantizar su reconocimiento y el acceso a los derechos que pudieran corresponderle. Asimismo, podía intervenir cuando existía sospecha de ocultación o disimulación del embarazo. En estos supuestos, el esposo solicitaba su nombramiento para evitar que la mujer abortara[407] o se deshiciera del bebé, protegiendo así su *spes proli* (esperanza de descendencia).

La ley estableció unas normas específicas para la protección del *nasciturus*. Entre estas disposiciones se encuentran el senadoconsulto Planciano (73 d.C.), que regulaba los procedimientos para el reconocimiento y la confirmación de la legitimidad de un hijo (*partu adgnoscendo*)[408]. Se refiere al nacimiento de un hijo entre cónyuges divorciados que pudiera conducir al abandono del hijo por parte del padre, o bien al crimen de *partu suppositu* por parte de la esposa. En estos casos, si la mujer estaba casada, el esposo asumía directamente la vigilancia. En virtud de este régimen, la mujer podía notificar formalmente al marido su estado de embarazo dentro de un plazo determinado, obligándole a pronunciarse sobre la paternidad. Si el marido guardaba silencio o se negaba sin fundamento, podía llegar a ser obligado al

---

[405] D. 37.9.1 (*Ulp 41. ad. Ed*.): *Sicuti liberorum eorum, qui iamin rebus humanis sunt, eorum Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint. propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edieti eos tuitus est, dum ventrcm mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis* (Así como el pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuido tampoco, por la esperanza de que nacieron, los que todavía no hayan nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento);el titulo 4 del libro 25 del Digesto se titula De inspiciendo vientre custodiendoque partu (De la inspección del vientre y de la custodia del parto).

[406] Eva Cantarella, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia* (Madrid, Cátedra., 1996) pp. 156-161; Juan Antonio Bueno Delgado, "Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris* en derecho romano y en el derecho actual", en *Rights of citizens and their protection: Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, held on 6 November 2018* (2019), pp. 121-122.

[407] Rosa María Cid López señala que "el aborto solo se penaliza si el padre estaba en contra. Hasta el siglo II d.C. era un asunto privado y solo en la época tardía (192–212 d.C.) fue un crimen. Rosa María Cid López, *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica* (Oviedo: KRK Ediciones, 2009), p. 270. La autora también describe el control que se ejercía sobre la madre en estos casos, incluyendo exigencias sobre la habitación, la prohibición de que las mujeres asistentes estuvieran embarazadas, y la colocación de vigilantes en la puerta.

[408] D. 25.3.1 pr (*Ulp. 34 ad Ed.*); María Isabel Núñez Paz, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1988), p. 122.

reconocimiento por intervención del magistrado. Cuando una mujer embarazada era viuda o estaba divorciada, se procedía al "embargo" del vientre también mediante el nombramiento del *curator ventris*. Como recoge Lenel[409] en su reconstrucción del *Edictum Perpetumm,* el ordenamiento preveía un protocolo minucioso en los supuestos en los que, si una mujer afirmaba estar embarazada y podían surgir conflictos sucesorios, preveían medidas de control tanto del embarazo como del parto: la inspección corporal por parte de cinco mujeres libres para confirmar la veracidad del embarazo; la vigilancia del espacio, limitando los accesos al lugar del nacimiento; y la presencia de testigos, con el fin de evitar fraudes en la filiación, en particular, la suplantación del hijo o la ocultación de un heredero legítimo[410]. Con la promulgación de la *Lex Cornelia*, en el s. I a.C., si la mujer fingía un embarazo, lo ocultaba para abortar, intentaba suplantar un nacimiento o raptar a un menor para alterar la paternidad, era acusada del crimen de *partu suppositu* enfrentándose a severos castigos[411]. Si era culpable se le declaraba infame con la consiguiente pérdida de derechos civiles y sociales[412].

La gravedad de estas medidas se comprende mejor al analizar las sanciones contra el fraude. Ulpiano advierte que una mujer que simulaba estar embarazada para obtener derechos hereditarios *in nomine ventris* (en nombre de su vientre) incurría en una conducta delictiva, tanto si la gestación era inexistente como si el hijo había sido concebido por un hombre distinto

---

[409] En el *Edicto perpetuo* § 118, se recogen las medidas de control en los supuestos en los que una mujer afirmaba estar embarazada tras la muerte del marido, previendo la inspección del vientre por mujeres libres, la vigilancia del parto y diversas cautelas destinadas a evitar fraudes, como la introducción de un hijo ajeno o la ocultación del nacido. Entre estas medidas se incluían la limitación de accesos al lugar del parto, la presencia de testigos y la obligación de mostrar al recién nacido a quienes tuvieran interés en la sucesión. Véase *Edictum perpetuum*, pars XXI, § 118, *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*, en Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig, 1927), pp. 312 y ss.

[410] D. 25.4.1.1 (*Ulp 24 ad. Ed*): *Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatus-consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem, vel etiam negaret; nec immerito, partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum; post editum plane partum a muliere iam otest maritus iure suo filium per interdictum desi erare aut exhiberi sibi, aut ducere permitti, extra ordinem. Igitur Princeps in causa necessaria subvenit*. (Aparece evidentísimamente de este Rescripto, que los Senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación, si la mujer disimulase que estaba embarazada, o aún si lo negase; y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas; pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto ó que se le exija el hijo, o que se le permita llevárselo, extraordinariamente. Así, pues, el Príncipe auxilia en caso necesario.). Véase también Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, pp. 312 y ss.; Bueno Delgado, "Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris*", pp. 121–122.

[411] D. 48.10.19.1 (*Paul. 3. Resp*.): *Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur; nec interest, decesserit necne ea, quae partum subdidisse contenditur*. (La acusación de un parto supuesto no es repelida con ninguna prescripción de tiempo o; y no importa que haya fallecido (no la que se dice que supuso el parto); D. 25. 5. 1-2 (*Ulp. 34. ad. Ed*.): castiga estas acciones dolosas ya que las considera delitos penales.

[412] D. 3.2.15 (*Ulp 8. ad. Ed*) y 16 (*Paul. 8.ad. Ed.): Notatnr, quae per calumniam ventris nomine inpossessionem missa est, dum se asseverat praegnantem, Quum non praegnans esset, vel ex alio concepisset*; (Es tachada de infamia la que por su impostura fue puesta en posesión en nombre de su vientre aseverando que estaba embarazada. no estando preñada, o habiendo concebido otro).

al causante, cuya herencia se pretendía reclamar. Un caso notable fue el de Emilia Lepida, aristócrata romana, acusada por su primer esposo, Publius Quirinus, de fingir un embarazo y simular el nacimiento de un hijo para apropiarse ilegítimamente de su herencia. Este episodio, narrado por Tácito, muestra cómo la manipulación del cuerpo gestante era un crimen grave, vinculado no solo al fraude patrimonial, sino también a la transgresión de la *pietas* familiar[413]. Lepida fue condenada no solo por este delito, sino también por los cargos de adulterio, envenenamiento y prácticas mágicas. La pena fue el exilio, con la consiguiente pérdida de su estatus civil. Estas conductas implicaban la marginación social de las mujeres acusadas, colocándolas en una posición de desamparo jurídico. Sanciones similares se aplicaban a prostitutas (*meretrices*) o adúlteras, y también a aquellas mujeres que su conducta se consideraba contraria a las normas morales. En tales casos, se les podía excluir del acceso a ciertos derechos, como heredar o contraer matrimonio con ciudadanos de clase alta.

Finalmente, cabe señalar que delitos como la suposición de parto o la sustracción de menores encuentran hoy su correlativo en figuras penales modernas como la sustitución de recién nacidos o la alteración de la filiación[414].

2.5.2.2. *Matronae* y *mercenariae*: roles reproductivos y sociales

En la sociedad romana, cabe diferenciar dos categorías fundamentales respecto a las mujeres implicadas en la maternidad y la crianza: las *matronae* y las *mercenariae*[415]. Las *matronae* tenían como función principal dar hijos legítimos al imperio. Se trataba de una figura investida de *auctoritas,* concebida como modelo de virtud y dignidad socialmente reconocidas[416]. Su actuación no se entendía como un acto privado, sino como un servicio de proyección pública, orientado a la continuidad de la *domus* y, en última instancia, al mantenimiento del orden social. Este carácter público explica que se concibiera como una prestación solidaria y desinteresada, ajena a cualquier forma de remuneración (*merces*) [417], cuya aceptación habría desnaturalizado

---

[413] Cornelio Tácito, *Anales* 3. 22, donde se menciona la posibilidad de interponer una *actio iniuriarum* en casos de falsa imputación de embarazo; María Isabel Núñez Paz, "Mujeres romanas, filiación y divorcio", en *El derecho y la justicia*, ed. Leonor Suárez Llanos (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), pp. 432–435.
[414] Código Penal, artículo 225 bis.
[415] Núñez Paz y Jiménez Blanco, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos,* pp. 23-24 y 41-44.
[416] D. 43.30. 3.6: (*Ulp. 71 ad Ed.): Quum audis matres familias accipe notae auctoratis feminam (*Y cuando oyes decir madre de familia, entiende mujer de notoria autoridad).
[417] Una retribución (salario, sueldo, renta) en dinero acordado en un contrato de arrendamiento o de locación de servicios (véase *locatio conductio).* Una recompensa pagada por cualquier tipo de servicios, sin un acuerdo previo (por ejemplo, por salvar la vida) se llama también *merces*, véase *remissio mercedes*). Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, pp. 25-26.

la nobleza del gesto y comprometido su función social rebajándola al nivel de una esclava o de una *mercenaria*.

Por el contrario, las *mercenariae*[418], eran mujeres que intercambian servicios reproductivos o de cuidados como la gestación o lactancia, por una *merces* lo que las colocaba en un plano jurídico y social inferior, equiparable al trabajo servil. Estas mujeres no necesariamente eran ciudadanas romanas, podían ser libres sin ciudadanía**,** libertas, o esclavas.

Dentro de la categoría de las *mercenariae* destacan las *nutrices*[419] (nodrizas) encargadas del amamantamiento y la crianza de los recién nacidos de otras mujeres. Esta función se extendía habitualmente entre los tres y seis años, y su contratación respondía a diversos motivos: el fallecimiento de la madre, la necesidad de la esclava de retomar el trabajo, el deseo de la esposa de evitar el deterioro físico o la voluntad de acortar el periodo de infertilidad postparto para facilitar un nuevo embarazo[420]. Aunque las *nutrices* eran valoradas por su papel en la crianza, no gozaban del prestigio moral de las *matronae.* No obstante, la evidencia epigráfica y los numerosos epitafios conservados demuestran que muchas tenían gran afecto hacia los niños que criaban. La naturaleza contractual de este servicio está fuera de toda duda*:* existen veintiséis contratos que detallan los servicios de *nutrices* en familias aristocráticas[421]. Dentro

---

[418] Dentro de esta categoría se incluyen también, otros oficios pagados como actrices, prostitutas o camareras. Véase María Isabel Núñez Paz, "Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia sociojurídica del principio *mater semper certa est*", *e-Legal History Review*, n.º 28 (2018): p. 23.

[419] El término *nutrix* (nodriza", "ama de cría) es frecuente en la epigrafía latina. S. Crespo Ortiz de Zárate, *Nutrices en el Imperio romano*, I. Estudio de las fuentes y prosopografía (Valladolid: Universidad de Valladolid, 2005); ídem, *Nutrices en el Imperio romano*, II. Estudio social (Valladolid: Universidad de Valladolid, 2006); Mauricio Pastor Muñoz y Sabino Perea Yébenes, "Dos monumentos epigráficos inéditos". Un ejemplo de que las nodrizas percibían una remuneración regulada lo ofrece D. 50.13.1.14 *(Ulp. 8. Trib*): *Ad" nutricis. quoque oficium Praesidisvel Praetoris devenit; namque nutrices ob alimoniam infantium apud Praesides, quod sibi debetur, petunt. Sed nutricis eo usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur, ceterum post haec cessant partes Praeter-is vel Praesidis.* (El cargo del presidente o del pretor llega también a los salarios de las nodrizas; porque las nodrizas piden ante los presidentes lo "que se les debe 'por alimento de los niños. Pero los salarios de las nodrizas los entendemos hasta tanto que los niños son alimentados con el pecho, pero después de esto cesan las atribuciones del pretor ó del presidente.) Véase también Quintiliano, *Instituciones oratorias,* 1.1.4-5, trad. por Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, (Madrid: Librería de Perlado, Páez, 1916); Cicerón, *Disputaciones Tusculanas*, 3, 1-2, trad. Alberto Medina González (Madrid: Editorial Gredos, 2005); Lucrecio, *De la naturaleza de las cosas*, 5, 222-230; Tácito, *Germania*, 20-1: "Andan los niños de todas las clases sociales sucios y casi desnudos... Cada madre cría a sus hijos, les da leche, y no los entregan a esclavas ni amas. Con el mismo regalo se crían los hijos de los esclavos que los del señor, sin que en esto se diferencien los unos de los otros…", trad. Robert Graves, (London: Penguin Classics, 1957).

[420] Keith. R. Bradley, "Wet Nursing at Rome: A Study in Social Relations" en *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, ed. Beryl Rawson (London: Routledge, 1986), pp. 216–217.

[421] Existe, por ejemplo, un contrato del año 13 a.C. en Alejandría por el que se contratan los servicios de una nodriza a cambio de una remuneración y se especifican los derechos y deberes de las partes; los padres debían

de la *domus*, las esclavas podían ser utilizadas como *nutrices,* sin embargo, estas no recibían prestación económica, aunque podían alcanzar un estatus especial o incluso la promesa de manumisión.

En la sociedad romana, determinadas actividades femeninas remuneradas, como las desempeñadas por *nutrices* u otras mujeres de condición inferior, eran aceptadas en la práctica, aunque con una valoración social ambivalente. Este modelo, sin embargo, era incompatible con el ideal de la *matrona*, cuya función reproductiva debía permanecer ajena a cualquier compensación económica para preservar la legitimidad y el honor del orden social.

Paradójicamente, esta configuración clásica contrasta con la situación contemporánea. Mientras que en Roma la "madre legítima" (la *matrona*) era la antítesis de la retribución, en la gestación por sustitución moderna, la madre gestante suele actuar bajo dinámicas económicas que la aproximan más a la categoría romana de la mercenaria que a la de la matrona. Esta analogía identifica, que tanto ayer como hoy, la desvinculación de la función reproductiva del modelo de maternidad tradicional conlleva una degradación del estatus social de la mujer que presta el servicio a cambio de una retribución. Es cierto que no se conservan ejemplos explícitos en las fuentes de acuerdos de pago directo por la "gestación" en términos idénticos a los actuales, pero la integración de la capacidad reproductiva de las mujeres (especialmente esclavas y libertas) en dinámicas económicas y patrimoniales es indiscutible. La doctrina contemporánea, por tanto, acierta al establecer, con la debida cautela histórica, que el germen de la instrumentalización del cuerpo gestante ya estaba presente en la distinción romana entre el honor de la sangre y el precio del servicio[422].

2.5.2.3. La cesión del vientre: Su naturaleza jurídica

Tras analizar cómo el estatus de las *matronae* y *mercenariae* condicionaba la valoración social y jurídica de su función reproductiva, resulta pertinente abordar la cesión del cuerpo gestante:

---

pagar una cantidad mensual y aceite. La nodriza debía, cuidar, alimentar, no contaminar la leche, recibir las visitas de los padres, no mantener relaciones sexuales ni quedarse embarazada. Si incumplía o muere el bebé por causas imputables a la nodriza, esta debía devolver el dinero y pagar una multa. La duración del contrato oscilaba entre 6 meses a 3 años. Véase K. R. Bradley, "Sexual Regulations in Wet-Nursing Contracts from Roman Egypt," *Klio* 62 (1980): pp. 321–326; Rosa María Cid López, "Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua", en *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo. Cuidado y mantenimiento de la vida*, eds. Ana Delgado Hervás y María Picazo Gurina, pp. 133-134.

[422] Keith Bradley, *Slavery and Society at Rome* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), pp. 12–15, 38–42; Beryl Rawson, *Children and Childhood in Roman Italy* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp. 289–315. Treggiari, *Roman Marriage*, pp. 51–78; Gardner, *Women in Roman Law and Society*, pp. 57–85.

la llamada *locatio ventris*. Aunque no se trata de una categoría propia del Derecho romano, este término es útil para describir ciertos hechos antiguos que presentan algunos aspectos característicos de la hoy gestación por sustitución.

La expresión *locatio ventris* propuesta por Núñez Paz[423] es adecuada para describir determinadas prácticas reproductivas en Roma ya que alude a una forma de procreación que implica "poner a disposición", *locare* el vientre[424] de una mujer para engendrar un hijo para un tercero. Si bien esta fórmula evoca el concepto moderno de "vientre de alquiler" no cabe afirmar que existiera en Roma una práctica idéntica en sentido técnico, ni una regulación específica al respecto. No obstante, sí se documentan ciertas conductas que, desde un punto de vista funcional operan de forma similar sin encuadrarse en una *locatio conductio*[425] entendida como un contrato de arrendamiento.

Es fundamental fijar una delimitación entre ambos conceptos. Tanto la *locatio ventris* como la *locatio conductio* **(**arrendamiento) implican un acuerdo entre partes, donde una proporciona un bien o servicio, a cambio de una contraprestación. En un sentido amplio, la *locatio ventris* podría asemejarse a la *locatio conductio operarum*, donde el "servicio" contratado sería la gestación. Sin embargo, la diferencia es esencial: la *locatio conductio* era una figura jurídica formalmente reconocida regulada y protegida por acciones procesales. Por el contrario, la *locatio ventris* no aparece como categoría técnica en las fuentes romanas, sino como una construcción conceptual moderna para describir una práctica social más compleja que transciende el mero contrato de arrendamiento.

Aunque ambos términos implicaban una prestación de servicios, es crucial entender que la *locatio ventris,* en contextos de élite, no operaba bajo la lógica de la *merces* o del canon arrendaticio. Esta expresión, de hecho, no aparece en las fuentes jurídicas ni literarias. Cuando se «colocaba» a una esposa o hija con fines procreativos, no se exigía una contraprestación económica; *per se*, la cesión de vientre femenino perseguía unos fines mucho más beneficiosos

---

[423] Núñez Paz, Jiménez Blanco y Suárez Llanos, *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos,* pp.31-32.
[424] Recuérdese que se les llamaba *ventres* a las mujeres ya fecundadas.
[425] El término *locatio conductio* debe ser entendido como arrendamiento en sus tres modalidades: de cosas, obras o servicios. Se trata de un contrato consensual mediante el cual una de las partes (*locator*) ponía a disposición de la otra (conductor) un bien, un servicio, o una obra a cambio de un pago (*merces).* Existían tres tipos de *locatio conductio: Locatio conductio rei:* referida al alquiler de cosas, como tierras o viviendas, la *locatio conductio operarum:* alquiler de servicios, como el trabajo de un artesano y la *locatio conductio operis*: contrato de obra, donde una parte se obliga a realizar una obra determinada para la otra. Panero Gutiérrez, *Manual de Derecho Romano*, p. 529.

de naturaleza política, social o patrimonial. El hombre que recibía a la mujer solía ser un aliado, o miembro del mismo entorno, de modo que la práctica respondía a una lógica de reciprocidad y beneficio mutuo, aunque no se articulara en términos contractuales ni remuneratorios.

Un testimonio literario donde aparece el verbo *locare* es el recogido por Cicerón, quien relata el conflicto de una hija cuyo padre quiere casarla con un amigo estando ella ya casada.

> Cicerón (*Auctor ad Herennium 2.38.)*: *Iniuria abs te adficior indigna, pater. Nam si improbum ese Chresiphontem existimas, cur me huic locabas nuptiis? Si est probus, cur talem invitam invitum cogis linquere? Nulla te indigna, nata, adficio iniuria. Si probus est, te locavi; sin est inprobus, Divortio te liberabo incommodis*[426].

El padre utiliza el término *locavi* para expresar que ha "colocado" a su hija en matrimonio actuando como agente colocador. Este uso se aproxima más a una cesión temporal, que a un arrendamiento. Aunque la fórmula recuerda al lenguaje contractual (*locatio-conductio*)[427], no implica que la hija sea "arrendada": no hay pago, no hay obligación de servicio, y la dignidad de la *matrona* romana impide cualquier paralelismo con un contrato oneroso. En efecto, *locare* puede significar "colocar" o "poner a disposición" en contextos matrimoniales, como parte de un pacto[428] y connotaciones jurídicas propias de la cesión[429].

En el diálogo entre padre e hija, ella le reprocha: *Nam si improbum esse Chresiphontem existimas, cur me huic locabas nuptiis?* (¿Por qué me colocabas con él en matrimonio si sabías que era indigno?) y el padre responde: *Si probus est, te locavi; si est improbus divortio te liberabo.* (Si es virtuoso, te he colocado; si es indigno, te liberaré mediante el divorcio).

---

[426] Cicerón, *Retórica a Herenio,* 2, 38: (Sufro una injusticia indigna por tu parte, padre. Porque si piensas que Cresifonte es un hombre perverso, ¿por qué me lo diste por esposo? Y si es honrado, ¿por qué obligas a que yo, que no quiero, lo abandone contra mi voluntad? -No te causo, hija mía, ninguna injusticia indigna. Si es virtuoso, te he colocado si es indigno, te libraré mediante el divorcio), trad. de Marcelino Menéndez Pelayo, (Madrid: Editorial Gredos, 1928).

[427] D. 19.2 (*Locati conducti actio*) sobre arrendamientos de servicios, especialmente esclavos.

[428] D. 23.2 (*De ritu nuptiarum*), para la regulación del matrimonio como vínculo legitimado por voluntad y consentimiento, no como contrato económico.

[429] Merotto analiza cómo el cuerpo femenino, en ciertos contextos del derecho romano, podía ser considerado una *res*, objeto de cesión jurídica. La autora distingue entre la entrega gratuita del cuerpo en el *matrimonium* y su ofrecimiento por lucro en el *mercimonium*, especialmente en relación con el *meretricium*, regulado mediante fórmulas como la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio reí*. M. F. Merotto "Il corpo mercificato. Per una rilettura del *meretricium* in diritto romano" en *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche II*, ed. Luigi Garofalo (Pisa: Paccini, 2017), pp. 244–283 citado en Núñez Paz, "Sobre la *cessio ventris*".

El texto resalta cómo el derecho público influía en el ámbito privado: las mujeres eran cedidas para reforzar alianzas entre familias poderosas, y a su vez consolidaban la posición de Roma[430]. Las mujeres, como "buenas ciudadanas", no se oponían[431] y subordinaban sus intereses personales al bien común[432], lo que puede interpretarse como una autentica "estrategia reproductiva".

Ya se ha señalado que la *locatio ventris* no puede ni debe ser considerada un arrendamiento en sentido propio. Se plantea ahora si estas prácticas pudieran asimilarse a una forma de "venta" de la mujer, cuestión que ha generado diferentes interpretaciones doctrinales al situarse en una zona ambigua entre costumbres, prácticas sociales, y legislación.

Algunos autores[433] han apuntado que el poder del *paterfamilias* para enajenar a los hijos (*ius vendendi*)[434] podía, en determinadas ocasiones extenderse a la mujer sometida a la *manus* marital[435], mediante la *coemptio*[436], entendida como una venta simbólica destinada a establecer la potestad marital, tal como describe Gayo[437]. Es importante precisar que la *coemptio* no

---

[430] María Eva Fernández Baquero, "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* 4 (2001): pp. 273–298

[431] El consentimiento de la mujer a estas cesiones se tratará más adelante.

[432] Núñez Paz, "Mujeres romanas, filiación y divorcio", pp. 427–431.

[433] Paul Koschaker, "Die Eheformen bei den Indogermanen," en *Deutsche Landesreferate*, II *Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung* (La Haya, 1937), pp 77 y ss.; Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano*,I: *Diritto di famiglia* (Milán: Hoepli, 1925), pp. 103y ss.; Gennaro Franciosi, *Famiglia e personé in Rama antica* (Milán: Giuffrè, 1983), p.71. Rudolf Düll defiende una visión económica de la familia, que enmarca también los matrimonios de grupo. Rudolf Düll, *Studien zum Manusehe* (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1977), pp. 211 y ss., donde el autor sostiene una interpretación similar, aunque centrada en la figura de la *mancipatio*.

[434] Aunque en el derecho arcaico sí existió la venta de hijos, esta práctica fue prohibida en el siglo IV d.C. por emperadores como Diocleciano y Constantino. El *Codex Theodosianus* (C.Th. 4.8.6) y el *Codex* de Justiniano (C. 4.43.1–2) y recogen la prohibición expresa de transferir hijos por parte de los padres, ya sea por venta, donación, prenda o cualquier otro título. En palabras de los emperadores Diocleciano y Maximiano: "Es de evidente derecho que los hijos no pueden ser transferidos a otro por los padres ni por título de venta ni de donación ni por derecho de prenda ni de otro cualquier modo ni so pretexto de ignorarlo el que los recibe." Panero Gutiérrez, *Derecho romano*, p. 244.

[435] Carlos Felipe Amunátegui sostiene una interpretación similar, aunque centrada en la figura de la *mancipatio*. Carlos Felipe Amunátegui Perelló, "El origen de los poderes del paterfamilias, II: El paterfamilias y la manus", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 29 (2007): pp. 51–163.

[436] Ceremonia en la que la mujer, mediante una *mancipatio* (acto formal de transferencia de propiedad), pasaba a estar bajo la *manus* del hombre, quien la "compraba" simbólicamente en presencia de al menos cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens* (portador de la balanza).

[437] Gayo. *Inst,* 1, 109: *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent : in manum autem feminae tantum conueniunt* (Las mujeres y los hombres pueden igualmente estar sometidos á la potestad de otro , pero al poder [in manu) solamente llegan a estar sujetas las mujeres); 113: *C*o*empttone in* manum conuc«iun/ per mancipaciones, *id est*, per quandam imaeinariam uenditionem, ¿'bilis non m/nuv quam a testihus, ciuibus Romanis puberibus, Ítem libripendc, praeter mulierem mmque, euius in manum convenit* (La coemptio es otro medio que sujeta a las mujeres al poder por mancipación , es decir, por cierta venta ficticia, hecha en presencia de cinco testigos, todos púberes y ciudadanos romanos, de un {*libripen*s) además de la mujer y de aquel que va a adquirir sobre ella este derecho).

constituía una transacción económica, sino un cambio de estatus jurídico de la mujer (pasando de la familia de origen a la del marido *loco filiae*) donde el uso de la balanza y el metal era una herencia del derecho arcaico desprovista de ánimo de lucro. Además, las fuentes muestran con claridad un rechazo expreso a la venta de la esposa. Ya las leyes atribuidas a Rómulo[438] establecían que: "aquel que venda a su esposa, que sea arrojado o inmolado a los dioses infernales[439]", lo que pone de manifiesto que la sociedad romana despreciaba cualquier intento de este tipo de venta[440].

En relación con la cesión de la esposa con fines reproductivos, tampoco debe hablarse de una venta, ya que se trataba, más bien, de una práctica social y legalmente compleja que se materializaba mediante los procedimientos de divorcio y posterior nuevo matrimonio, siempre con el consentimiento del *paterfamilias*[441]. No obstante, esta exclusión formal de la compraventa no elimina por completo la función instrumental de estas prácticas, de hecho, parte de la doctrina identifica en estos supuestos formas indirectas de disposición del cuerpo femenino.

En este sentido, el debate presenta ciertos paralelismos con las discusiones actuales en torno a la gestación por sustitución, especialmente en lo relativo a la distinción entre modelos altruistas y aquellos en los que hay una contraprestación. En Roma, las críticas que suscitaron estas prácticas no se dirigían tanto a la cesión en sí misma, sino a los motivos que la impulsaban o a

---

[438] Estas leyes, ya referidas en varias ocasiones, incluyen diversas cuestiones familiares y sociales. Aunque la historicidad de Rómulo y de estas leyes es altamente cuestionable, el hecho de que se le atribuyan normas tan arcaicas y fundamentales subraya la importancia que tenían para los romanos, quienes veían en él una figura simbólica de orden y ley.

[439] Plutarco, *Vida de Rómulo,* 22: "…Promulgó también algunas leyes, de las cuales muy dura es la que no permite a la mujer abandonar al marido, concediendo a éste repudiar a la mujer por tentativa de envenenamiento y suposición de hijos, por falsear las llaves y por cometer adulterio. Si por otra causa alguna la despedía, se ordenaba que la mitad de su hacienda fuese para la mujer y la otra mitad para el templo de Ceres, y que el que así la repudiase hubiera de sacrificar a los dioses infernales…"

[440] Amunategui aborda la compleja cuestión del *ius vendendi* en el contexto de la antigua Roma, centrándose en cómo se aplicaba a la mujer en el marco de la *mancipatio* y la *remancipatio*, en base a esta antigua norma que prohibía vender a la propia esposa. Amunátegui Perelló, "El origen de los poderes del paterfamilias", pp: 145-155.

[441] En otras palabras, la costumbre de la cesión de vientre no era una venta de la mujer a otro hombre porque entonces esto colocaría a la mujer al nivel de una esclava y sus hijos no serían considerados como hijos legítimos. Conviene recordar que el único contexto en el que una mujer embarazada podía ser vendida, *mulier praegnas venierit* solo puede referirse a una esclava, ya que la enajenación de una mujer libre era jurídicamente nula y socialmente impensable. En consecuencia, el embarazo no se considera un vicio de la cosa vendida, sino un indicio de salud y de capacidad reproductiva, lo que incrementaba el valor económico de la esclava y justificaba la intervención del pretor en caso de litigio. Véase D. 21.1.14.1 (*Ulp. 1 com. Ed.*). 1. *Si mulier praegnas venierit, inter omnes convenit sanam eam esse: maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*. **(**Si se vendiese una mujer embarazada, admiten todos que está sana, pues la primera y principal función de la mujer es aceptar y preservar la concepción).

la posible existencia de intereses económicos encubiertos. Como se analizará a continuación en el caso de Catón el Joven, algunos autores coetáneos cuestionaron precisamente la existencia patrimonial de estas decisiones La cesión de su esposa Marcia a Hortensio ya anciano de considerable fortuna, podía implicar beneficios económicos indirectos, en la medida en que la eventual herencia del orador podría revertir, de forma mediata, en el propio Catón.

2.5.2.4. La cesión de la esposa

Una vez descartada su calificación técnica como compraventa o arrendamiento, y analizada esta figura bajo el prisma de la cesión reproductiva, procede examinar la operatividad de esta práctica en el caso concreto de las mujeres casadas. Este fenómeno muestra cómo, en determinados casos, el matrimonio trascendía el ámbito de la privacidad familiar para funcionar como un instrumento cívico o político, orientado a asegurar la continuidad de la estirpe y la cohesión de las redes de poder. Esta figura permitía que la mujer, siempre bajo el control de la potestad masculina, fuera entregada temporalmente a otro varón con fines estrictamente reproductivos. En este escenario, la capacidad gestante de la esposa se convertía en un activo estratégico que podía ser transferido para sellar alianzas (*amicitia*) o remediar la falta de descendencia de un aliado, sin que ello supusiera una ruptura del orden moral, sino más bien una exaltación de la solidaridad entre los miembros de la clase dirigente.

Para comprender la despersonalización de la gestante en el mundo antiguo, es imperativo realizar un análisis comparado entre las dos grandes civilizaciones del Mediterráneo. En las fuentes literarias, la costumbre de ceder a la esposa a otro hombre está documentada desde los tiempos de Numa Pompilio, sucesor de Rómulo y segundo rey de Roma. Como recoge Plutarco en su obra *Vidas Paralelas*, esta práctica no era percibida como un desorden moral, sino como una medida orientada a la utilidad social y al fortalecimiento de las familias[442]:

> "Un romano que se creía con bastantes hijos, persuadido por otro que los deseaba, era dueño de cederle en casamiento la mujer, y de volverla a recibir; pero un Lacedemonio[443], reteniendo su mujer en su casa, y constando el legítimo matrimonio, la cedía al que lo solicitaba para tener

[442] Respecto al Derecho arcaico, Plutarco atribuye a Numa una *lex regia* conforme a la cual el marido que ya hubiese procreado un número suficiente de hijos podía ceder a los ruegos de otro que carecía de descendencia; se separaba de su esposa y a continuación decidía si la retomaba o la dejaba con aquel a quien la cedió, para "fecundándola con esperma de la mejor calidad, adoptar como suyo propia al ser nacido "para que los niños fuesen "patrimonio de la ciudad". Plutarco, *Vida de Ligurco, Organización de los matrimonios,* 15; Fernández Baquero, "La cesión de la mujer con fines de procreación", pp. 273-298;

[443] Oriundos de Esparta, pero llamados así por las leyes de Licurgo.

> de ella hijos: y muchos, como dijimos, con ruegos y exhortaciones trajeron a su casa aquellas de quienes les parecía que habían de tener hijos de buena figura e índole. ¿Y qué juicio haremos de estas costumbres? La una inducía una gran indiferencia en los casados, respecto de aquellas cosas que turban con pesares y celos la vida de los más de los hombres; y la otra venía a ser una modestia vergonzosa que tomaba por velo los desposorios, y reconocía por tanto lo insufrible de la comunicación y compañía".

Este relato es la historia de un esposo romano que, habiendo cumplido ya su "cupo" reproductivo, cedía temporal o permanentemente a su esposa a un amigo sin descendencia. La comparación que establece Plutarco con los lacedemonios es singular: en Esparta se invitaban a los amigos al hogar conyugal, donde la mujer permanencia en su casa y conservaba todos sus derechos y obligaciones matrimoniales, mientras los amigos y el esposo se compartían la esposa para tener hijos. Sin embargo, en Roma, la cesión de vientre de la esposa se revestía como una forma externa de divorcio y el posterior matrimonio.

Plutarco, en su comparación entre Licurgo y Numa, señala que los romanos toleraban ceder a sus esposas a amigos sin hijos, incluso divorciarse y luego, una vez conseguido el cometido volver a casarse con ellas. En cambio, les parecía ofensivo la costumbre espartana de invitar al hogar conyugal a un hombre valiente y de buen ver para engendrar hijos. Este acuerdo era una "ingeniería social" en la que el cuerpo femenino funcionaba como el punto de unión entre estirpes. Para Numa, la procreación no era un asunto estrictamente privado, sino un mecanismo para que la descendencia fuera «común a las familias», y la capacidad reproductiva de una mujer que ya había cumplido con su deber en una *domus* pudiera ser aprovechada por otra en beneficio del grupo social. En este sentido, se valoraban las más jóvenes, consideradas más puras y virtuosas sin vicio alguno[444]. En Esparta, además, las mujeres tenían fama de ser liberales, ya fuera por placer o por el deseo de quedar embarazadas, y en ocasiones eran quienes incitaban a ello[445]. La finalidad de estas prácticas era el interés colectivo, la procreación de hijos considerados "patrimonio de la ciudad[446]".

Se observan, por tanto, varias equivalencias entre romanos y griegos: en ambos casos el matrimonio y la producción de hijos legítimos era un pilar fundamental de la organización

---

[444] Plutarco, *Comparación de Licurgo y Numa,* 4; "(Más los Romanos casábanlas de doce años, y aún más jóvenes, porque así el cuerpo y las costumbres iban más sin vicio y sin siniestro alguno al poder del marido).
[445] Sarah B. Pomeroy, *Goddesses, Whores, Wives and Slaves: Women in Classical Antiquity* (London: The Bodley Head, 2016), pp. 33–34.
[446] Plutarco, *Vida de Ligurco, Organización de los matrimonios,* 1–15. Sobre la organización de los matrimonios en Esparta y Roma.

comunitaria. Tanto el *kyrios* griego (cabeza de familia) como el *paterfamilias* romano actuaban como gestores de la legitimidad, la integridad y la continuidad mientras la mujer era el instrumento para lograrlo.

Demóstenes en su celebre *Juicio contra una prostituta* (122), expone claramente esta posición: las mujeres se distribuían según su función, las cortesanas para el placer, las concubinas para el cuidado cotidiano, y las esposas para la procreación legítima del hogar.

Pues estar casado consiste en eso, en que uno tiene hijos, introduce en sus fratrias y demos a los varones y a las hijas las entregas legítimamente a sus maridos. A las heteras las tenemos para el placer, a las concubinas para el cuidado diario de nuestro cuero, a las esposas para tener hijos legitimas y contar con una fiel guardiana en el hogar. Así pues, si se había casado antes con una ateniense y estos hijos eran de ella y no de Neera, podía haberlo demostrado mediante la prueba más concluyente, entregando a las esclavas para que fueran sometidas a un interrogatorio[447].

Esta división funcional no solo muestra una concepción patriarcal absoluta, sino que define a la esposa exclusivamente por su función procreadora y custodia del hogar. La importancia del linaje es tal que la maternidad se convierte en un objeto de vigilancia extrema, donde incluso la tortura de las siervas se propone como un método legítimo para verificar la filiación. Al igual que en Roma, en Grecia no era inusual que un hombre solicitara a otro el permiso para engendrar hijos con su esposa si esta poseía cualidades físicas o morales deseables[448].

La dimensión de la mujer como instrumento de alianza y procreación no se limitaba a los centros neurálgicos de la civilización clásica; su eco se extiende hasta la periferia del mundo conocido por los antiguos. Estrabón en su *Geografía* describe una tradición similar de los tápiros, una tribu cercana al mar Caspio, donde los hombres, tras tener dos o tres hijos con una esposa la entregaban en matrimonio a otro hombre[449].

---

[447] Demóstenes, *Juicio contra una prostituta,* 122, trad. Helena González (Madrid: ed. Errata Naturae, 2011).
[448] En Esparta a finales del siglo IV a.C., cuando la ratio de varones-hembras declinaba, los hombres tenían la posibilidad de acostarse con las esposas de sus amigos. Andrea O'Reilly, ed., *Encyclopedia of Motherhood,* ll (Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2010), p. 490, s.v. "History of Motherhood: 2000 BCE to 1000 CE".
[449] Estrabón, *Geografia*, Libros XI-XIV, 11, 9.1, trad. Mª Paz de hoz Garcia -Bellido, Madrid: Editorial Gredos 200.

Cuentan de los tápiros que existía entre ellos la costumbre de entregar a sus mujeres como esposas a otros hombres una vez que ya habían engendrado dos o tres hijos de la misma manera que Catón en nuestros tiempos, siguiendo una antigua costumbre romana, entregaba Marcía a Hortensio por requerimiento de este.

Lo verdaderamente significativo de este pasaje es que el geógrafo utiliza el caso de Catón y Marcia como el paradigma para explicar esta costumbre "bárbara", lo que confirma que la cesión del vientre no fue un caso aislado, sino una práctica con raíces etnográficas y antropológicas. Este paralelismo transcultural entre la periferia del Caspio y la élite de Roma sugiere una lógica común de gestión del excedente reproductivo, cuya trascendencia y analogía con los debates bioéticos actuales serán objeto de un análisis en las conclusiones de esta investigación.

En la doctrina romanística contemporánea hay diferentes opiniones sobre estas costumbres. Algunos autores consideran que son una anomalía histórica y otros quienes las consideran una herramienta estratégica del sistema social romano. Autores como Gaudemet[450], interpreta la cesión de la esposa no como una norma jurídica generalizada, sino como una excepción muy delimitada. Su postura se fundamenta en la rigidez del derecho matrimonial romano, el cual, basado en la *affectio maritalis* y la monogamia, exigía necesariamente la ruptura mediante el divorcio y la celebración de un nuevo matrimonio para formalizar cualquier cesión. Para Gaudemet, esta complejidad procedimental limitaría tales casos a acuerdos concretos entre élites, en contraste con la flexibilidad espartana, donde la cesión no requería la disolución del vínculo preexistente.

En una línea similar se sitúa Piro[451], quien también califica este fenómeno como excepcional. Su análisis descarta la posibilidad de una «cesión directa», como la que sugieren erróneamente lecturas superficiales de Estrabón o Apiano, y defiende que la realidad romana siempre pasó por el tamiz de matrimonios sucesivos. Piro opta por la versión de Plutarco al considerarla «menos inmoral» y más acorde a las normas formales romanas. Además, subraya que la participación de la mujer en actos como la *conventio in manum* impediría, desde un punto de

[450] Jean Gaudemet, "Observations sur la *manus*", *Archives d'Histoire du Droit Oriental* 2 (1953): pp. 323–353.
[451] Isabella Piro, "*Usu" in manum convenire* (Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994), p. 94

vista jurídico-formal, concebirla como un mero objeto intercambiable, otorgándole una dignidad que chocaría con la idea de un arrendamiento biológico.

Frente a las posturas anteriores, autores como Giunti sostienen que Plutarco no está relatando una anécdota aislada, sino documentando una práctica con trasfondo institucional que formaba parte de una política demográfica estratégica en la Roma arcaica. Según esta corriente, el uso combinado del matrimonio, el divorcio y las segundas nupcias permitía a la sociedad romana gestionar la fertilidad de las *matronae* de manera colectiva, distinguiéndose de la pragmática espartana por su necesidad de mantener, al menos formalmente, la apariencia de una unión sexual exclusiva[452].

Esta tesis se inclina por la interpretación de Giunti al considerar que Plutarco describe una costumbre romana[453] que, aunque reservada a circunstancias excepcionales, integraba el repertorio de soluciones reproductivas disponibles. La diferencia principal entre ambos sistemas radica en la exclusividad sexual. Los romanos se divorciaban primero, pero luego podían volver a casarse con la misma mujer una vez cumplida la finalidad reproductiva. Los espartanos, por el contrario, permitían que otros hombres accedieran al hogar conyugal para fecundar a sus esposas sin necesidad de divorcio. Se podría decir que el modelo romano era una unión sexual exclusiva, aunque temporalmente suspendida, mediante el divorcio, para cumplir una finalidad reproductiva externa, mientras que el modelo espartano permite una unión sexual no exclusiva sin romper el matrimonio original.

Como se ha puesto de manifiesto, la mujer fértil poseía un valor específico y cuantificable dentro de la economía reproductiva romana. Su capacidad para concebir no era solo una virtud

---

[452] Patrizia Giunti subraya que esta costumbre, parece ser una práctica arcaica en Roma, y está respaldada por otras fuentes, como Estrabón. Ella sugiere que la cesión temporal de mujeres fértiles era parte de una política demográfica de la Roma Antigua vinculada al matrimonio, divorcio y segundas nupcias, una práctica que se distingue claramente de las costumbres espartanas, donde la situación era menos definida. Patrizia Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda* (Milano: Giuffrè, 1990), pp. 90 y ss.

[453] Cantarella interpreta la cesión de la esposa como una costumbre arcaica más extendida en la Roma temprana, vinculada a políticas demográficas para maximizar la descendencia, pero menos común en la época clásica debido a la formalización del derecho matrimonial. Su postura refleja su enfoque en el papel subordinado de la mujer y la importancia de la reproducción en la Roma arcaica, contrastando con la práctica espartana, regulada por las leyes de Licurgo para priorizar la procreación (*teknopoioia*) sin necesidad de divorcio. Eva Cantarella, "L'usus e la *conventio in manum*," en *Studi in onore di Edoardo Volterra,* 6 (Milán: Giuffrè, 1971), p. 437.

privada, sino una prueba de aptitud biológica que la hacía especialmente valiosa en las segundas nupcias[454], incluso si ya era madre o se encontraba embarazada de un marido anterior.

Por consiguiente, solicitar la cesión de una esposa fértil a un amigo, no era un acto transgresor, sino una conducta legitimada por los principios de la *amicitia* y el *officium*[455].

En este complejo entramado, la reproducción se desplaza del ámbito de la intimidad para convertirse en una cuestión de interés colectivo. Estas prácticas no solo reforzaban los vínculos entre los varones de la élite, sino que utilizaban a las mujeres como auténticos instrumentos gestantes[456] al servicio de la *gens.* Aunque la documentación disponible se concentra en las clases altas es posible que la costumbre se extendiera también a otros grupos sociales.

La historiografía documenta casos de mujeres que pasaban a ser esposas de otros hombres durante el periodo de gestación, dando a luz en el nuevo hogar marital y vinculando así, biológica y políticamente, a ambas familias. Un ejemplo es el de Emilia, hijastra de Sila, quien fue entregada a Pompeyo tras obligarlo a divorciarse de su anterior esposa; Emilia se casó con Pompeyo embarazada de su esposo M. Acilius Glabrio, falleciendo durante el parto en el hogar de su segundo esposo, Pompeyo[457].

Otro caso similar es el de Vipsania Agripina que, estando embarazada de Tiberio, este fue obligado por Augusto a divorciarse de ella para casarse con Julia la Mayor y así reforzar la posición dinástica de Augusto[458]. Del mismo modo, Octavia la Menor, hermana de Augusto, embarazada y viuda de Marco Claudio Marcelo, fue unida a Marco Antonio como parte de un

---

[454] Rawson, *Marriage, Divorce*, p. 57.

[455] Santiago Castán Pérez-Gómez, "El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República," *Revista Internacional de Derecho Romano* 7 (2011): p.371; Pierre Grimal, *La civilización romana: vida, costumbres, leyes, artes*, trad. J. de C. Serra Ràfols (Barcelona: Paidós, 2007), p. 116.

[456] Esta solidaridad entre hombres la vemos entre Marco Emilio Escauro y Cneo Pompeyo en un comentario de Q. Asconius Pedianus (c. 9 a.C.–c. 76 d.C.) al discurso *En defensa de Marco Emilio Escauro* de Cicerón, 2, 18: *Habebat enim filium liberorum Cn. Pompeii fratrem: nam Tertiam Scaevolae filiam, dimissam a Pompeio, in matrimonium duxerat.* (Porque tenía por hijo a un hombre libre, el hermano de Cneo Pompeyo: pues había tomado en matrimonio a Tertia, hija de Escévola, la cual había sido anteriormente esposa de Pompeyo.) Traducción propia de la versión inglesa de *Pro Scaulo,* (Loeb Classical Library, Harvard University Press).

[457] Un caso que se asemeja a la primera proposición que hace Hortensio a Catón, que le ceda a su hija Porcia, casada con Bínubo. Pompeyo a su vez repudió a su primera esposa para casarse con ella, y según Plutarco, de manera cruel e ignominiosa. Plutarco, *Vida de Pompeyo*, 9, *Vidas Paralelas, Vol. II*, trad. de Aurelio Pérez Giménez (Madrid: Editorial Gredos, 2008).

[458] Suetonio, *Tiberio*, 7, Tácito, *Anales*, 1.12, trad. Beatriz Antón Martínez (Madrid: Ediciones Akal, 2007), p. 768; Dión Casio, *Historia romana*, 57.1.6

pacto político[459]. También destaca el caso de Livia Drusilla, esposa de Tiberio Claudio Nerón, fue cedida (embarazada de su hijo Druso) a Octavio (futuro Augusto)[460], con el beneplácito de su esposo, quien incluso asistió a la boda. Aunque Livia no tuvo hijos con Augusto, su hijo Druso fue adoptado por él como propio. El objetivo de estas uniones era la descendencia de alianzas políticas[461] donde el consentimiento de los varones implicados permitía el intercambio de mujeres incluso cuando estas ya portaban el fruto de un matrimonio anterior. Este comportamiento social encuentra su reflejo y legitimación en la dogmática jurídica recogida en el Digesto. El pensamiento de los juristas clásicos no era ajeno a la necesidad de preservar la capacidad reproductiva femenina como una cuestión de Estado. Pomponio, comenta que el interés público justificaba la conservación de la dote de la mujer porque esta debía estar dotada para procrear y llenar de hijos la ciudad:

> D. 24.3.1 *(Pom. 15, Com Sab): Dotium causa semper et ubique praecipua est; nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam repiendamque liberis civitatem maxime sit necessanum*[462].

Escevola por su parte, analiza supuestos sucesorios donde la titularidad de los bienes queda supeditada al cumplimiento de la condición de tener hijos, lo que indica cómo el ordenamiento protegía la expectativa del parto como un hecho generador de derechos patrimoniales:

> D 22. 1 48 (*Escev. 9. Resp.): Maritus uxori suae usumfructum tertiae partis, et quum liberos habuisset, proprietatem legavit-, eam uxorem*

---

[459] Plutarco, *Vida de Marco Antonio*, 31, p. 412; Dión Casio, *Historia romana*, 58; Suetonio, *Augusto*, 29.4, un acuerdo entre Octavio (futuro emperador Augusto) y Marco Antonio para consolidar su poder y repartirse los territorios romanos. Las fuentes consultadas sobre Livia son: Dión Casio, *Historia Romana*, 48, 5.3-4, 34, 3. 44; 49, 38.1; 53, 33.4; 54, 19.3-4; 55, 2.5-6, 10, 14, 32,1; 56, 30.5, 32.1-2, 46, 1-3, 47, 1; 57. 3, 5-6 57, 12; 58, 2.1-6; 59, 2.3 y 60, 5.2.; Suetonio, *Augusto,* 62.2; 63.1; 84.2 y 101.2, y *Tiberio*, 4.3; 6.1-3; 10.2; 12.1; 13.2; 50.2-3; y 51; *Caligula* 10.1; *Claudio,* 1.1; 4; 11.2; *Galba,* 5.2; 16.3 y 23.2. Tácito, *Anales,* 1.3-7, 8, 10, 13-14, 33; 2.14, 34, 43, 77, 82; 3.15, 17, 34, 64, 71; 4.8, 12, 16, 21-22, 57, 71; 5.13; 6.5, 26, 29; y 12.69.

[460] Además de conseguir la reconciliación entre la *gens* Claudia y los Julios.

[461] Suetonio, *Tiberio*, 7, Tácito, *Anales*, 1.12, Dión Casio, *Historia romana*, 57.1.6: Tiberio Claudio Nerón, fue un oponente de Octavio (el futuro emperador Augusto) antes de alinearse con él. Su divorció de Livia fue un movimiento estratégico para ganarse el favor y asegurar el futuro de su familia. Este matrimonio sentó las bases de la dinastía Julio-Claudia, ya que Livia se convirtió en la esposa de Augusto y madre de Tiberio, que sucedió a Augusto como emperador. Con su nieto Claudio bisnieto, Gayo y su tataranieto Nerón fueron los cuatro emperadores de la dinastía Julio Claudia. Véase Marleen Flory, "*Abducta Neroni Uxor*: The Historiographical Tradition on the Marriage of Octavian and Livia." *Transactions of the American Philological Association* 118 (1988): pp. 343–359; Rawson, Marriage*, divorce,* pp. 58-60. El episodio ha sido considerado especialmente controvertido, pues algunas fuentes sugieren que Augusto habría "arrebatado" a Livia. Véase Tácito, *Anales*, 1.10.5 y 12.6; Suetonio, *Augusto* 62.2; Dión Casio, *Historia romana*, 48, 34.3. Quizá Augusto no podía tener más hijos y por eso eligió a una mujer ya embarazada.

[462] D. 24.3.1 (*Pom. 15, Com Sab):* (La causa de la dote es siempre y en todo caso preferente porque también es de interés público que a las mujeres se les conserve la dote, como quiera que sea muy necesario que las mujeres estén dotadas para que procreen prole y llenen de hijos la ciudad).

> *heredes falsi testamenti et aliorum criminum accusaverunt, qua re impedita est legatorum petitio; interea et filius ei mulieri natus est, eoque conditio legati extitit; quaesitum est, quum testamentum falsum non esse 'apparuerit (1), an fructus etiam mulieri praestari debeant? Respondit, praestandos*[463].

Finalmente, resulta interesante la mención de Juliano sobre ciertos legados, en el cual implican a una mujer que, tras divorciarse y procrear con un segundo marido, regresa posteriormente al primero. Esta circularidad del vínculo matrimonial sugiere la existencia de acuerdos tácitos o explícitos de "cesión de vientre":

> D. 35.1.25 (*Iul 69 Dig.): Quam vir uxori, quandoque liberos. habebit, fundum legat, si mulier divortio facto liberos ex aho procreaverit, deinde soluto secundo matrimonio ad priorem maritum redierit, non intelligitur expleta conditio, quod testatorem verisimile non est de his liberis sensisse, qui se vivo ex alio suscepti fuissent*[464]

Sin embargo, el caso más complejo para ilustrar la cesión reproductiva es el protagonizado por Marco Porcio Catón de Útica (95-46 a. C.), político romano que fue tribuno de la plebe en el 62 a.C. y pretor en el 54 a.C., su esposa Marcia y su amigo Quinto Hortensio (114 - 50 a. C.) famoso orador de época republicana y político. Plutarco narra este episodio en una obra redactada entre los años 96 y 117 d. C., aunque los hechos se sitúan en el año 56 a. C., es decir, en los últimos decenios de la República. Este dato no es menor, porque las concepciones sobre el matrimonio, el divorcio y la función política de las alianzas familiares condicionan la interpretación de este suceso. Además, el contexto político y social estaba marcado por rivalidades y estrategias de prestigio, que explican como los vínculos familiares se utilizaban para fortalecer alianzas, lo que ayuda a entender mejor esta cesión matrimonial.

Catón contrajo matrimonio en terceras nupcias con Marcia, hija de Filippo. Su amigo Hortensio deseoso de estrechar lazos familiares con él, intento persuadir a Catón que le cediera en matrimonio a su hija Porcia, con el fin de darle un hijo. Sin embargo, Porcia estaba casada con

---

[463] D 22. 1 48 (*Escev. 9. Resp.):* (Un marido legó a su mujer el usufructo de la tercera parte y, cuando hubiese tenido hijos, la propiedad; los herederos acusaron a esta mujer de haber falsificado el testamento y de otros crímenes, con lo que se impidió la petición de los legados; mientras tanto le nació también a la mujer un hijo, y con esto se cumplió la condición del legado; se preguntó habiéndose visto que el testamento no era falso. ¿deberán entregarse también a la mujer? Respondió, que se le han de entregar).

[464] D. 35.1.25 (*Iul 69 Dig.*): (Cuando el marido lega un fundo a su mujer, cuando quiera que tuviera hijos, si la mujer habiéndose divorciado hubiere procreado hijos de otro, y después, disuelto el segundo matrimonio hubiere vuelto a su primer marido no se entiende cumplida la condición, porque no es verosímil que el testador haya entendido hablar de estos hijos, que viviendo él se hubiesen tenido de otro).

Bíbulo y tenían dos hijos en común. El objetivo de Hortensio era que una vez Porcia cumpliera su cometido, esta podría volver con Bíbulo y así ambas familias estarían unidas a través de dicha descendencia[465]. Catón se negó a entregarle a Porcia y entonces Hortensio le pidió que le cediese a su esposa Marcia, ya que todavía era joven y fecunda[466]. Catón tenía tres hijos con ella y según Plutarco, Marcia estaba de nuevo embarazada de Catón. Este accedió a la petición, con el beneplácito de Filippo, padre de Marcia, bajo la condición de divorciarse previamente de ella conforme a las exigencias del derecho matrimonial romano. Marcia contrajo matrimonio con Hortensio y le dio descendencia. Tras la muerte de este, Marcia volvió a casarse con Catón restableciendo así el vínculo matrimonial original. Así relata Plutarco:

> "…pero por naturaleza es bello y bueno para el Estado que una mujer joven y en la flor de la vida ni deje extinguirse su fecundidad y se quede improductiva, ni cause problemas y empobrezca, teniendo más hijos de los que convenga, a una familia que no los necesita. Además, el hecho de que hombres de valía tengan las sucesiones en común, aumenta su virtud y la difunde ampliamente entre sus descendientes, y mediante estas relaciones se produce la cohesión interna del Estado"[467].

Este relato plantea dos cuestiones: la primera, la idea de que una mujer fértil no debe privarse de seguir teniendo hijos, incluso con un segundo esposo, si ya ha cumplido con el primero[468]. De esta forma, las virtudes se reparten por varias familias y el Estado se beneficia[469]. Hortensio pide la cesión primero de la hija y luego de la esposa de Catón y Plutarco lo presenta como un

---

[465] Añadía que, si Bíbulo sentía mucho apego por su mujer, se la devolvería en cuanto diera a luz, después de estrechar aún más los lazos de parentesco con el propio Bíbulo y con Catón gracias a la comunidad de hijos.

[466] Mireille Corbier señala que, en la sociedad romana, la fecundidad era más valorada que la virginidad, y que los jóvenes aristócratas no dudaban en casarse con mujeres previamente casadas, si estas ofrecían prestigio familiar o capacidad reproductiva. Mireille Corbier, "L'espace du féminin dans la société romaine", en *Histoire des femmes en Occident*, I: *L'Antiquité*, dir. Georges Duby y Michelle Perrot (Paris: Plon, 1991), p. 57

[467] Plutarco, *Vida de Catón el Joven*, 25–26, Vidas Paralelas, Vol. VIII, trad. Carlos Alcalde Martín (Madrid: Gredos, 2010), pp. 386–388: Séneca *De los Beneficios*, 1.9.3: *Coniugibus alienis ne clam quidem sed aperte ludibrio habitis suas aliis permisere*. (No solo en secreto, sino incluso abiertamente, tratan a las esposas ajenas como objeto de burla y permiten que las propias sean entregadas a otros). *Los libros de los Beneficios* de Luçio Aeneo Seneca a Aebucio Liberal, trad. por Pedro Fernandez Navarrete, (Madrid: Impr.Viuda de Luis Sánchez, 1629). Este relato es recogido en muchas otras fuentes: Estrabón, *Geografia,* 11, 9.1, ya menciona el caso de Catón como ejemplo de acuerdo con las antiguas costumbres romanas; Apiano, *Guerras civiles* 2.99, Quintiliano, Instituciones oratorias, 2.7.5; Lucano, *Farsalia de la guerra civil*, II. 326–349. *Apología contra los gentiles,* 39, en Tertuliano: *Apología contra los gentiles*, intr., trad. y notas de Carmen Castillo García, (Madrid: Gredos, 2001).

[468] En el matrimonio *cum manu*, la mujer pasaba a estar jurídicamente bajo la autoridad del marido o del *paterfamilias* de este, como si fuera una hija (*loco filiae*). No obstante, antes de esa transferencia, el *paterfamilias* tenía plena potestad sobre su hija, incluyendo la facultad de concertar su matrimonio, disolverlo, o incluso cederla a otro marido si aún estaba bajo su potestad. Esta capacidad de disposición formaba parte del *ius Quiritium* arcaico, que concebía a la mujer como integrante del patrimonio familiar. Véase Guillermo Suárez Blázquez, "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 36 (2014): pp. 159–187.

[469] Plutarco, *Vida de Catón el Joven*, 25.

argumento lógico dentro de la mentalidad romana ya que "ella era aún lo bastante joven para tener hijos y Catón tenía suficientes herederos"[470]. La segunda cuestión destacable es que Hortensio no solo buscaba hijos, sino también reforzar alianzas con Catón[471]. Plutarco dice que este ya tenía asegurada la continuidad familiar, por lo que su decisión obedecía más a razones de lealtad y amistad que a un interés personal.

Este planteamiento encuentra apoyo en otras fuentes como Estrabón, que vincula directamente el proceder de Catón con las costumbres de los tápiros[472], otorgándole una dimensión de "tradición recuperada". Por su parte, Plutarco ofrece una interpretación de carácter moral, presentando la cesión de la esposa como una decisión que, en determinados contextos, como la amistad o la falta de descendencia[473]., podía considerarse socialmente aceptable, sin llegar a configurarla como una práctica generalizada. Finalmente, Apiano aporta un matiz jurídico fundamental al precisar que el matrimonio de Marcia con Hortensio constituía una cesión temporal con fines procreativos, tras la cual debía retornar a Catón[474]. No obstante, el hecho de que Marcia no regresara a la autoridad de su primer marido hasta después de la muerte de Hortensio es un punto controvertido. Aunque las fuentes no aclaran la causa exacta de esta demora, esta circunstancia expone la complejidad de los pactos de *amicitia* y las posibles contingencias, biológicas o políticas, que podían alterar los plazos inicialmente previstos.

Al analizar la historiografía del caso, se observa que las fuentes destacan aspectos que ayudan a comprender mejor el fenómeno. Mientras Plutarco insiste en el valor de la alianza, Apiano, se centra en la finalidad reproductiva de la descendencia. A esto, se suma la interpretación de Lucano*,* quien sostiene que Catón no reanudó la relación conyugal con Marcia porque

---

[470] Plutarco, *Vida de Tiberio Graco*, 1.4-5; Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables,* 4.6.1, Plinio el Viejo*, Historia natural*, 7.122, trad., E. Del Barrio Sanz, L. García Arribas, A. M. Moure Casas, L. A. Hernández Miguel, Ml. Arribas Hernáez (Madrid: Gredos, 2003); Este razonamiento encuentra un claro paralelismo en el relato sobre Tiberio Graco, que cuando capturó dos serpientes en su casa, preguntó a un oráculo por su significado. El oráculo declaró que viviría si mataba a la serpiente del sexo opuesto. En respuesta, Graco ordenó matar a su serpiente para proteger a su esposa, Cornelia. Según la versión de Plinio, Graco tomó esta decisión, no solo porque Cornelia era «joven» (*iuvenis*), sino porque «aún podía tener hijos» (*parere adhuc potest*). Tanto en el episodio de Catón como en el de Graco, la fertilidad femenina aparece como un recurso que no debe interrumpirse: la mujer joven y fértil debe seguir produciendo descendencia, incluso si ello exige sacrificios personales del marido. En ambos casos, la continuidad de la procreación se presenta como un bien familiar y cívico, cuya preservación beneficia al Estado.
[471] Gardner, *Women in Roman Law and Society*, p. 82
[472] Estrabón, *Geografía,* 11, 9.
[473] Plutarco, *Comparación de Licurgo y Numa,* 3.1.
[474] Apiano, *Guerras Civiles,* 2.14.99: "Se había casado con Marcia, la hija de Filipo, cuando era una doncella, fue muy feliz con ella y tuvo hijos, pero, no obstante, se la entregó a Hortensio, uno de. sus amigos, que deseaba hijos y estaba casado con una mujer estéril, hasta que ella le dio un hijo, y la recibió de nuevo en su casa como si él se la hubiera prestado simplemente".

consideraba que el único propósito del amor era la procreación[475]. Bajo esta lógica la cesión de Marcia sería, por tanto, una práctica funcional y estratégica.

> *Aput veteres mos fuerat ut quisque susceptis quod libitum fuerat liberis propter utilitatem civitatis alii uxorem suam traderet, ut illi filios procrearet. Vel quoniam philosopho magnae sapientiae viro Catoni contempnenda libido fuerat, susceptis tribus liberis uxorem suam Hortensio tradidit. Mercesque soluta est <ut Virgilius> 'Veneris nec proelia noris'.*

La actuación de Catón fue criticada entre sus contemporáneos. El propio Julio César en su obra *Anticatón* le reprochó con dureza que solo hubiera recuperado a Macia, una vez que esta hubo enviudado y era una mujer rica. Más que censurar la cesión en sí, César acusaba a Catón de beneficiarse de la herencia de Hortensio. La crítica tenía un claro trasfondo político: Catón era uno de sus adversarios políticos y César interpretaba la maniobra como una estrategia de lucro personal bajo la apariencia de un pacto de *amicitia*[476]. El hecho de que Macia volvió a casarse con Catón bajo su *nomen* y autoridad con la fortuna heredada de Hortensio podría suponer que ese fue el motivo que no se casara antes[477].

Un dato que corrobora el poco uso de la adopción como alternativa a la falta de descendencia es que Hortensio no recurriera a ella, prefiriendo un hijo biológico. Según Plutarco si Marcia ya estaba embarazada de Catón en el momento de casarse con Hortensio[478], uno de los hijos nacidos en ese matrimonio sería de Catón, lo cual no afectó a la filiación. El hecho que los romanos cedieran a sus mujeres embarazadas no cuestionaba la filiación de los hijos nacidos

---

[475] Lucano, *Farsalia de la guerra civil*, II. 330: (Entre los antiguos existía la costumbre de que, una vez tenidos los hijos que se deseaban, por utilidad de la ciudad, uno entregara su esposa a otro para que este procreara hijos. O bien, porque al filósofo Catón, hombre de gran sabiduría, la libido le era despreciable, una vez que tuvo tres hijos, entregó su esposa a Hortensio. Y se pagó el precio, como dice Virgilio: 'No conozcas los combates de Venus'.); 338-340: "*Dum sanguis inerat, dum vis materna, peregl iussa, Cato, et geminos excepi feta maritos; visceribus lassis partuque exhausta revertor iam nulli tradenda viro* (Mientras sangre había dentro; mientras fuerza materna, he cumplido tus mandatos, Catón, y preñada tomé dos maridos; cansadas las vísceras; exhausta por el parto, regreso, ya no transmisible a hombre alguno); Lucano, 378-380: *Nec foedera prisci sunt temptata tori; justo quoque robur amori restitit.* (Y no se tientan los pactos del lecho antiguo; al justo amor resistió su fuerza así mismo); 388: *Urbi pater est Urbique maritus* (la progenie; para la Urbe, padre es; para la Urbe, marido). Lucano, *Farsalia de la guerra civil*, intr. versión rítmica, notas e índice de nombres de Rubén Bonifaz Nuño y Amparo Gaos Schmidt (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).

[476] Plutarco, *Vida de César,* 54.3, Plutarco, *Vidas paralelas*. *Vol. VI,* introd., trad. y notas de Jorge Bergua Cavero, Salvador Bueno Morillo y Juan Manuel Guzmán Hermida, (Madrid: Gredos, 2007).

[477] Apiano, *Guerras Civiles,* 2,99: La crítica que le hizo César en su Anti-Cato no se basaba en consideraciones morales. Señaló el hecho de que Hortensio, que era muy rico, dejó sus bienes a Marcia en su testamento, y que Catón la aceptó como viuda rica, lo que implica que fue una transacción para ganar dinero por su parte. Véase Plutarco, *Vida de César,* 54, 3, y Suetonio, *Julio César,* 56.

[478] Esto no se puede comprobar y por otro lado, Lucano afirma que Catón sólo entregó a Macia tras el nacimiento de un tercer hijo.

en esas circunstancias, quienes eran, en la mayoría de los casos, considerados hijos de los esposos de las mujeres cedidas. Por lo tanto, la filiación del nacido no se vio alterada en términos legales: el hijo nacido bajo el nuevo matrimonio sería considerado, a efectos de legitimidad y estirpe, hijo del esposo receptor.

Mas adelante, la literatura imperial y cristiana continuó debatiendo estas prácticas. Séneca[479] menciona matrimonios disueltos por consentimiento mutuo y cesiones de esposas, sugiriendo que eran más frecuentes de lo que suele imaginarse. Por su parte, Tertuliano, utiliza los ejemplos de Sócrates y Catón como hombres que compartían sus esposas con amigos, supuestamente para tener descendencia, para atacar la hipocresía pagana en un tono abiertamente sarcástico: se burla de la aparente preocupación por la castidad cuando los propios maridos renunciaban con tanta facilidad a sus esposas y ridiculizan la supuesta sabiduría griega y la gravedad moral comparándolos con proxenetas[480] cuestionando que el cuerpo de la esposa pudiera ser «compartido» en nombre de la filosofía o el deber cívico.

Existe una semejanza entre este caso y el de la ya mencionada *Laudatio Turiae;* donde la esposa abnegada ofrece el divorcio a su esposo para dejarle libre y tener hijos con otra mujer fértil[481]. En ambos casos se aprecia una concepción de la unión conyugal supedita a la descendencia por encima del vínculo personal o afectivo. Estas referencias literarias demuestran que la cesión de mujeres fue un fenómeno bastante visible como para suscitar una literatura crítica y satírica entre autores de la élite[482]. Todos coinciden en dos puntos: el primero, que los protagonistas

---

[479] Séneca, *De los beneficios,* 1.9.3, y de ello resultan asimismo los viudos celibatos por apartarse y divorciarse muchos casados de común consentimiento, y que ninguno lleve á su casa sino es la que sacó de la ajena.

[480] Tertuliano era un escritor y pensador cristiano temprano, conocido por su defensa de la fe cristiana, y que en su obra *La Apología*, una de sus obras más importantes, intenta explicar y justificar el cristianismo ante el Imperio Romano. Tertuliano, *Apologia,* 39.1: *apud nos praeter uxores. In isto loco consortium solvimus in quo solo ceteri homines consortium exercent, qui non amicorum solummodo matrimonia usurpant, sed et sua amicis patientissime subministrant; ex illa, credo, maiorum et sapientissimorum disciplina, Graeci Socratis et Romani Catonis, qui uxores suas amicis communicaverunt, quas in matrimonium duxerant liberorum causa et alibi creandorum*, *nescio quidem an invitas. ¿Quid enim de castitate curarent, quam mariti tam facile donaverant? O sapientiae Atticae, o Romanae gravitatis exemplum: ¡lenones philosophus et censor!*

[481] Véase Mentxaka, "Turia. Un ejemplo de *mulier fortis* romana," pp. 99–120.

[482] Sobre este tema Núñez Paz, lo enfoca desde el punto de vista de la voluntad y el consentimiento femenino tanto de la madre gestante como de la comitente, si bien no comparto las afirmaciones de la autora de que solo tienen la posibilidad de elegir las matronas. Núñez Paz, "La *voluntas* de las madres comitentes versus el *uterus* de las madres gestantes", pp. 23–52; Patricia Panero Oria, "Surrogacy; ¿A Regression to a Patriarchal Society Free of Social Policies?", *Journal of Modern Science* 40, n.º 1 (2019): pp. 115–124; Patricia Panero Oria, "Precedentes de la gestación por sustitución", en *A locatio conductio. Influência nos direitos actuais* (Oporto, 2018), pp. 787–795.; M. de Simone, "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie", *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*. 44 (2010-2011), pp. 9-54; Fernández Baquero, "La cesión de la mujer con fines de procreación", pp. 273–298.

pertenecen a familias ilustres y de alto rango**,** y el segundo que los episodios se sitúan en un marco cronológico muy concreto**,** la Roma de finales de la República y comienzos del Principado, un periodo caracterizado por las estrategias de reproducción y alianzas.

La interpretación de Yan Thomas aclara el significado de estas prácticas dentro del estatuto jurídico del cuerpo femenino en Roma. Según este autor, el Derecho romano elaboró una auténtica forma de "derecho prenatal", al atribuir efectos jurídicos al *nasciturus* y convertir el vientre materno en un espacio regulado en función de los intereses del linaje paterno. El cuerpo es materno, pero el derecho es paterno: la gestación pertenece al orden natural, mientras que la filiación y la transmisión del patrimonio se inscriben en el orden jurídico controlado por el *paterfamilias*. Esto explica porque la fertilidad femenina podía ser objeto de acuerdos, cesiones o estrategias familiares sin que ello vulnerara la legalidad. La movilidad matrimonial de mujeres fértiles, como en los casos de Emilia, Vipsania, Octavia, Livia o Marcia, se integraba en un sistema donde el vientre se gestionaba jurídicamente para asegurar la continuidad de la *gens.*

Thomas sostiene que los romanos desarrollaron una forma de "adopción prenatal"[483], comparable en ciertos aspectos a la gestación por sustitución moderna. Del mismo modo que en los acuerdos actuales se determina la filiación con anterioridad al parto, en Roma se establecían pactos que anticipaban la filiacion del hijo antes de nacer. Como señala Cantarella, los romanos elaboraron prácticas que producían efectos equivalentes a los llamados "vientres de alquiler"[484], lo que confirma que estas cesiones no eran anomalías, sino manifestaciones coherentes con la lógica del sistema.

2.5.2.4.1. El consentimiento de la mujer en la cesión de su vientre

El papel de la mujer en los supuestos de cesión reproductiva resulta difícil de reconstruir desde una perspectiva histórica. Esta dificultad radica, primordialmente, en que el corpus documental del que se dispone fue escrito y compilado casi exclusivamente por varones de la élite, quienes proyectaron su visión sobre el cuerpo femenino, silenciando el punto de vista y las vivencias de las propias protagonistas. En este contexto, el silencio de las fuentes no debe interpretarse como una ausencia de voluntad, sino como el reflejo de una estructura narrativa donde la mujer

[483] Yan Thomas, "Le ventre. Corps maternel, droit paternel," *Le Genre humain* 14 (1986): pp. 213, 217-219, 223.
[484] Cantarella, *Pasado próximo,* p. 160.

operaba más como objeto de derecho que como sujeto activo. No obstante, atendiendo al modelo de esposa romana caracterizado por la obediencia y la subordinación al *paterfamilias*, cabe considerar que su margen de decisión era, al menos en las primeras etapas, muy limitado. En el derecho arcaico, la mujer no intervenía en decisiones relativas, ni al matrimonio, ni a su eventual cesión con fines reproductivos[485]. Así lo ha indicado Plutarco en las cesiones de esposas, sin mención alguna al consentimiento femenino. Era decisión del esposo si retomaba a la mujer o no[486]. Esta falta de autonomía se veía agravada por la temprana edad de las nupcias sin tener capacidad de decisión[487].

---

[485] Un caso ilustrativo que se ha comentado anteriormente es el de Sila, quien entrega a su hija casada y embarazada a Pompeyo por motivos políticos, como si se tratara de una recompensa. Ni siquiera en ese contexto parece haber margen para la decisión personal de la joven romana, quien debía obedecer a su padre.

[486] Plutarco, *Comparación de Ligurco y Numa,* 3.1.

[487] Epitome Ulp., 5.2: *Iustum matrimonium est si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit; iam masculus púber quam femina potens site y utrique consentiant si sui iuris sunt aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.* (Hay matrimonio legitimo si entre los que contraen las nupcias existe connubio tanto el varón púber, como la mujer núbil y ambos consienten so son sui iuris o también sus padres si están en potestad. Panero Gutiérrez, Manual de Derecho Romano, p. 275; Plutarco, Comparación de Ligurco y Numa, 4, 3; más los Romanos casábanlas de doce años, y aún más jóvenes, porque así el cuerpo y las costumbres iban más sin vicio y sin siniestro alguno al poder del marido. Véase también Isabelle Piro, "Il fenomeno delle spose bambine. Una piaga non solo antica," en *No tan lejano. Una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, eds. María José Bravo Bosch, Alicia Valmaña Ochaíta y Rosalía Rodríguez López (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), pp. 67-82.

[487] Durante el periodo de la monarquía o principio de la república no habría esa libertad de consentimiento sino más bien una obediencia al esposo, pero si nos referimos a la republica o el principado sí que se puede decir que la mujer ya obtuvo la emancipación y con ello su capacidad jurídica de consentir. Fernández Baquero, "La cesión de la mujer con fines de procreación", pp. 273-298.

[487] D. 23.2.33 (*Marcel. 3 ad. Leg. Jul. et Pap.*): *Plerique opinantur, quum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse-, quibus assentior, si non multo tenrpore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit, maxime si nec detem vir reddiderit.* (Opinan los más, que cuando la. misma mujer vuelve al mismo marido, es este el mismo matrimonio; y asiento a la. opinión de ellos, si se hubieren reconciliado no habiendo mediado mucho tiempo, y si en el intermedio o ella no se hubiere casado con otro, el no hubiere tomado a otra. mujer, y mucho más si tampoco el marido hubiere devuelto la dote); Agustín de Hipona, La bondad del matrimonio, 18-21: Nec causa ergo numerisioris prolis fecerunt sancti nostri, quod Cato dicitur fecisse Romanus, ut tradire vivus uxorem etiam alterius domum filiis impleturam. In nostrarum quippe nuptiis plus valet sanctitas sacramenti quam fecunditas uteri (Con el consentimiento de una mujer, los romanos tomaban otra con la que tendrían hijos en común, que nacidos del coito y del semen del marido, se sometían así al poder del otro).

[487] Biológico o por matrimonio con la esposa embarazada. (Hay matrimonio legitimo si entre los que contraen las nupcias existe connubio tanto el varón púber, como la mujer núbil y ambos consienten so son sui iuris o también sus padres si están en potestad. Panero Gutiérrez, Manual de Derecho Romano, p. 275; Plutarco*, Comparación de Ligurco y Numa*, 4, 3; más los Romanos casábanlas de doce años, y aún más jóvenes, porque así el cuerpo y las costumbres iban más sin vicio y sin siniestro alguno al poder del marido. Véase también Isabelle Piro, "Il fenomeno delle spose bambine. Una piaga non solo antica," en *No tan lejano. Una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, eds. María José Bravo Bosch, Alicia Valmaña Ochaíta y Rosalía Rodríguez López (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), pp. 67-82.

No obstante, la evolución hacia el matrimonio *sine manu*[488] supuso una progresiva autonomía, que permitió a la mujer intervenir en el consentimiento matrimonial y en la disolución del vínculo. Esta mayor capacidad de decisión pudo extenderse, en ciertos casos, a situaciones de cesión con fines reproductivos. En el caso de Marcia, no hay manifestación expresa de su voluntad, pero el hecho de que aceptara el divorcio de Catón y conviviera con Hortensio hasta la muerte de este, indica una aceptación tácita. Tras enviudar, Marcia regresó con Catón, y para volver a casarse solo necesitaba dar su consentimiento [489], ya que en Roma bastaba el acuerdo mutuo para el divorcio o el matrimonio. Esta sencillez legal facilitaba el intercambio de esposas entre familias.

El procedimiento mediante el cual se llevaba a cabo estas prácticas era relativamente sencillo: la mujer se divorciaba de su esposo, contraía matrimonio con el hombre que necesitaba descendencia, cumplía con la función reproductiva esperada y, posteriormente, se disolvía ese vínculo para regresar, en su caso, al matrimonio anterior. Los hijos nacidos quedaban integrados en la familia del padre biológico[490], conforme a las reglas generales de filiación vigentes en el Derecho romano, donde la determinación jurídica de la maternidad y la paternidad no dependía exclusivamente de la gestación[491], sino del reconocimiento dentro de una estructura familiar legítima[492]. Lo determinante no era quién gestaba al hijo, sino quién era

---

[488] Durante el periodo de la monarquía o principio de la república no habría esa libertad de consentimiento sino más bien una obediencia al esposo, pero si nos referimos a la republica o el principado sí que se puede decir que la mujer ya obtuvo la emancipación y con ello su capacidad jurídica de consentir. Fernández Baquero, "La cesión de la mujer con fines de procreación", pp. 273-298.

[489] D. 23.2.33 (*Marcel. 3 ad. Leg. Jul. et Pap): Plerique opinantur, quum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse-, quibus assentior, si non multo tenrpore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit, maxime si nec detem vir reddiderit*. (Opinan los más, que cuando la. misma mujer vuelve al mismo marido, es este el mismo matrimonio; y asiento a la. opinión de ellos, si se hubieren reconciliado no habiendo mediado mucho tiempo, y si en el intermedio o ella no se hubiere casado con otro, el no hubiere tomado a otra. mujer, y mucho más si tampoco el marido hubiere devuelto la dote); Agustín de Hipona, *La bondad del matrimonio*, 18-21: *Nec causa ergo numerisioris prolis fecerunt sancti nostri, quod Cato dicitur fecisse Romanus, ut tradire vivus uxorem etiam alterius domum filiis impleturam. In nostrarum quippe nuptiis plus valet sanctitas sacramenti quam fecunditas uteri* (Con el consentimiento de una mujer, los romanos tomaban otra con la que tendrían hijos en común, que nacidos del coito y del semen del marido, se sometían así al poder del otro).

[490] Biológico o por matrimonio con la esposa embarazada.

[491] Cid López recoge la reflexión de Thomas según la cual, en el momento del parto cuando la mujer es la única protagonista su papel resulta jurídicamente irrelevante a efectos de la legitimidad del hijo, ya que lo único que interesa al Derecho es el instante en que una mujer es fecundada por un hombre. Una vez más, la relevancia jurídica la determina el varón: el momento de legitimación de los hijos e hijas parte de la actividad masculina. Cid López, *Madres y maternidades.* p. 272.

[492] Gayo, *Inst.,* I, 55: "*Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem,*

jurídicamente la madre dentro del marco familiar. La mujer ocupaba así una posición funcional dentro de la familia, en la que su capacidad de decisión quedaba condicionada por las estructuras jurídicas y sociales de la época.

Con todo, esta situación evolucionaría en etapas posteriores, en las que comenzará a exigirse el consentimiento de la esposa en determinados supuestos en los que el marido pretendía tener hijos con otra mujer[493], reflejando así una progresiva transformación en la consideración jurídica de la mujer dentro del ámbito familiar.

Esta reflexión sobre el consentimiento en la Antigüedad conecta directamente con las controversias contemporáneas. Aunque la gestación por sustitución exige hoy una declaración de voluntad libre y formal, los sectores que la prohíben argumentan que dicha decisión nunca es plenamente autónoma, debido a las presiones estructurales o económicas, lo que permite a los poderes públicos desautorizar la elección de la mujer. Esta tensión entre la libertad formal y las condiciones materiales plantea si es posible hablar de una autonomía real de la mujer sobre su capacidad reproductiva, una cuestión de vigencia bioética que será analizada en las conclusiones de esta investigación.

2.6. Cristianización del matrimonio y transformación de las prácticas reproductivas

Con la llegada del cristianismo y la reorganización del derecho bajo Justiniano (siglo VI d.C.), las percepciones sobre el matrimonio y la procreación sufrieron transformaciones. Aunque Justiniano recopiló y ordenó las leyes romanas en su *Corpus Iuris Civilis*, se especula que muchas costumbres y leyes anteriores que colisionaban con los principios cristianos fueron eliminadas[494]. La Iglesia comenzó a considerar el matrimonio como un sacramento y el

---

qualem nos habemus (También están bajo nuestro poder nuestros hijos nacidos de justas nupcias. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos; pues casi ningún otro pueblo tiene sobre sus hijos un poder como el que nosotros tenemos) y §189 "*Ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere."* (Como dijimos antes, sólo los ciudadanos romanos parecen tener a sus hijos bajo su potestad).

[493] Agustín de Hipona, *La bondad del matrimonio*, 15; *El Matrimonio y la Concupiscencia*, 1, 10.

[493] Cantarella califica esta dinámica como una "estrategia reproductiva que conciliaba planificación familiar y planificación ciudadana". Cantarella, *Pasado próximo.* pp. 151–152.

[494] Muchas de las costumbres y antiguas leyes sobre derecho de la familia que partieron de los *mores maiorum* luego pasaron a ser escritas hasta su regulación en el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano donde no se recogieron todas las leyes anteriores, si bien hubo una selección de ellas, como nos muestra Justiniano en C. 1.17.1.4:

divorcio un pecado, aunque todavía permitido, a pesar de restringirse las causas de divorcio, llegando a un punto donde no puede incluirse entre ellas, la cesión del vientre que se muestra como una práctica demasiado avanzada para la moralidad de la época.

Sin embargo, Justiniano introdujo algunas soluciones. Entre ellas destaca el reconocimiento de la impotencia masculina como causa de disolución del vínculo (*divortium bona gratia*), permitiendo a la familia de la esposa solicitar el divorcio y conservar la dote, si el esposo era impotente, durante los dos primeros años de matrimonio[495]. Esta fue una notable evolución, ya que, hasta entonces, la culpa de la falta de hijos tendía a atribuirse principalmente a la mujer.

Prácticas como la "cesión del vientre" o el uso de esclavas para procrear, aunque no estuvieran explícitamente reguladas, probablemente continuaron de forma discreta, a pesar de la desaprobación religiosa. Prueba de ello, es que Agustín de Hipona, en el siglo V d.C., reflexiona sobre la práctica de recurrir a otra mujer para procrear hijos “comunes” con el consentimiento de la esposa, en términos que evocan una cesión del vientre con legitimación jurídica:

> *Plane uxoris voluntate adhibere aliam unde communes filii nascantur unius commixtione ac semine alterius autem iure ac potestate apud antiquos patres fas erat; utrum et nunc fas sit non temeré dixerim*[496]

Del mismo modo, al comentar el Antiguo Testamento, en el primer capítulo, Agustín de Hipona señala que fue Sara quien autorizó a Abraham a yacer con su sierva Agar, afirmando que Sara es “más madre que Agar, ya que una aportaba el útero y la otra la voluntad” (*illius uterus*

Imperator Caesar Flavius Iustinianus, pius, felix, inclytus, victor ac triumphator, semper Augustus, TRIBONIANO, quaestori suo, salutem: Iubemus igitur vobis, antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine, neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiar. Quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae mullis auctoribus receptae nex usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem (Emperador Cesar Flavio Justiniano, pio, feliz, incito vencedor y triunfador, siempre Augusto , a Triboniano , su cuestor, salud “Por tanto, os mandamos que leáis y corrijáis los libros pertenecientes al derecho romano de los antiguos jurisconsultos, a quienes los sacratísimos príncipes autorizaron para redactar e interpretar las leyes, para que de ellos se recoja toda la materia, pero de suerte que no quede en ésta nada semejante ni en discordia, sino que de ellos se compile únicamente lo de cada caso que sea aplicable a todos los demás. Pues, aunque también otros escribieron libros de derecho, sus doctrinas no han sido admitidas ni profesadas por ningún autor, y nosotros no nos dignamos prestar a sus libros nuestra sanción).

[495] C. 5.17.10 y Novelas 117.12.

[496] Agustín de Hipona, *La bondad del matrimonio,* 17 (*De bono coniugali*): (A los antiguos les estaba permitido, con el consentimiento de la esposa, tomar otra mujer de la que tendrían hijos comunes. Nacidos del coito y del semen del marido, estos hijos estaban sometidos al poder de otro), trad. Félix García, rev, José Rodríguez Díez, (Madrid: OCSA/BAC 12, 1973).

accommodatus, illius voluntas accessit). De forma similar, Raquel consintió que Jacob yaciera con su sierva Bilha. En estos casos, la voluntad de la esposa era clave para validar la cesión.

Sin embargo, el propio Agustín de Hipona condena el abandono de una esposa estéril por otra fértil, calificándolo de adulterio conforme a la ley evangélica, aun cuando estuviera permitido por la ley civil romana[497], lo que demuestra una rigidez creciente entre la moralidad religiosa y las prácticas de la procreación[498]. En las interpretaciones posteriores de las Novelas de Justiniano se observa una mayor preocupación por la fidelidad conyugal y la pureza del matrimonio[499], admitiéndose la ruptura del vínculo en supuestos de infidelidad femenina. Del

---

[497] Agustín de Hipona, *El Matrimonio y la Concupiscencia*, 1.10.11: "Aunque las mujeres se unan a los hombres y los hombres a las mujeres con el fin de procrear hijos, no es lícito abandonar a la consorte estéril para unirse a otra fecunda. Si alguno hiciese esto, sería reo de adulterio; no ante la ley de este mundo, donde, mediante el repudio, está permitido realizar otro matrimonio con otro cónyuge -según el Señor, el santo Moisés se lo permitió a los israelitas por la dureza de su corazón-, pero sí lo es para la ley del Evangelio. Lo mismo sucede con la mujer que se casara con otro", trad. Teodoro C. Madrid y Antonio Sánchez Carazo, (Madrid: BAC de la ed. Católica, 1984).

[498] La figura de concubina también continuo en la Edad Media. Eginhardo menciona la existencia de hijos nacidos de concubinas en la corte de Carlomagno. En el capítulo XVIII de su *Vida de Carlomagno*, escribe: **"***Habuit et alias tres filias, Theoderadam et Hiltrudem et Hruodhaidem, duas de Fastrada uxore, quae de Orientalium Francorum, Germanorum videlicet, gente erat, tertiam de concubina quadam, cuius nomen modo memoriae non occurrit."* (Tuvo también otras tres hijas: Teodrada, Hiltruda y Rodaida, las dos primeras de su esposa Fastrada, que pertenecía al pueblo de los francos orientales, o sea germánicos, y la tercera de una concubina, cuyo nombre no tengo presente en este momento.) En el capítulo XX, añade: *"Erat ei filius nomine Pippinus ex concubina editus, cuius inter ceteros mentionem facere distuli, facie quidem pulcher, sed gibbo deformis."* (De una concubina había tenido un hijo, de nombre Pipino, a quien no he mencionado entre los demás, de bella apariencia, aunque giboso.). Véase Eginardo, *Vita Karoli Magni*, ed. y trad. Pablo J. Castiella, edición bilingüe latín-español, (Zaragoza: 2016), pp. 18 y 21.

[499] Nov. 22.16: "*nobis est in viro rationabiliter (3) obtinente talis lucra, quum et non obtinenti etiam repente nuptias facere licet quoniam nulla circa nobolis confusionem rationabilis est suspicio. Quod in mulieribus ante anni completionem recte prohibetur, et tanto est prohibitio ex hoc, quia, licet bona gratia dissolvi matrimonium contingat, tamen etiam ex Anastasii pise memoriae constitutione in annum prohibitio secundarum nuptiarum mulieribus institute est. . —Has itaque causas nobis Theodosius' explanavit, nos autem ex veteribus sumentes et alias adiecimus tres. Si enim mulier tanta teneatur nequitia, ut etiam ex ¡tudio abortum faciat virumque contristat et privet spe filiorum, vol tants libido est, ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constat matrimonium cum viro ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes, et antenuptiales habere donationes, utpote etiam his causis rationabiliter solvere valentibus matrimonium, et sub eundem deferentibus ordinem, sub quem et poenas Theodosii divinae mcmorise diñnivit constitutio* (..al marido, que con— razón obtiene tales lucros, pues son al que no los obtiene le es licito contraer desde luego segundas nupcias, porque no hay ninguna sospecha racional respecto a confusión de la prole. Lo cual con razón se prohíbe en cuanto a las mujeres antes del completo de un año, y es talen este caso la prohibición, que, aunque acontezca que el matrimonio se disuelve de buena gracia, ello, no obstante. también en virtud de la constitución de Anastasio, de piadosa 'memoria, se estableció para las mujeres la prohibición de segundas nupcias durante un año. Teodosio nos expuso estas causas, pero nosotros añadimos otras tres. tomándolas de los antiguos. Porque si la mujer estuviera dominada por tanta maldad, que también de intento procurare el aborto, y contristase al marido y le privara de la esperanza de hijos, o si es tanta su liviandad que por voluptuosidad se bañe aun con hombres, o también si subsistiendo todavía el matrimonio con su marido hubiese con otros de nupcias con ella misma, se les da por nosotros licencia. s sus maridos pura enviarles el repudio, y para que lucren la dote y retengan las donaciones antenupciales, como si también estas causas pudieren disolver con razón el matrimonio, y se refriesen si mismo orden para el cane estableció penas la constitución de Teodosio, de "vina memoria). Aunque

mismo modo, en las *Siete Partidas*[500], se recogen mecanismos destinados a proteger la legitimidad de la descendencia y la transmisión patrimonial, como, por ejemplo, la vigilancia de la mujer embarazada tras la muerte del marido[501].Cabe considerar que, de haber existido una regulación explícita de prácticas asimilables a la gestación por sustitución, esta habría sido difícilmente compatible con los principios cristianos, pese a la existencia de precedentes en la tradición bíblica.

Los romanos, sin duda, gozaron de mayor libertad que la sociedad medieval. Aunque ambos compartían los mismos objetivos: la reproducción dentro del matrimonio con el fin de asegurar la transmisión del patrimonio y la continuidad familiar, los romanos contaban con la posibilidad de divorciarse. En cambio, durante la Edad Media y épocas posteriores, estas libertades desaparecieron en gran medida debido a la creciente influencia de la Iglesia.

Bajo la influencia del Derecho Canónico prácticas como el divorcio comenzaron a considerarse pecaminosas, lo que contribuyó al retroceso hacia una sociedad más cerrada y controlada por los estamentos a través de la religión. El divorcio *sterilitatis causa* aunque no fuera popular, era un motivo válido y una solución a la esterilidad de una esposa, permitiendo reubicar la capacidad reproductiva de la mujer en una nueva unión. En la Edad Media, este pragmatismo desaparece en favor del dogma, transformando el matrimonio en un espacio de control moral absoluto.

Un vestigio de esta importancia de la procreación se halla en la obra jurídica de Alfonso X el Sabio. En *Las Siete Partidas,* concretamente en la Partida Cuarta regula el "*departimiento de los casamientos"* y reconoce causas físicas como la impotencia del varón o la estrechez de la mujer como válidas para la separación. aunque no se menciona "divorcio" en el sentido moderno, sí se permitía la separación con posibilidad de segundas nupcias.

---

la Novela 22 no menciona expresamente el embarazo prematrimonial como causa de ruptura de esponsales, la tradición jurídica posterior, especialmente en el derecho canónico y en textos como Las Siete Partidas interpretaron la pureza del vínculo como fundamento suficiente para invalidarlos. Véase *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Partida IV, Título I, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

[500] Las Siete Partidas son una de las obras jurídicas más importantes de la Edad Media hispánica. Se trata de un código legal redactado en el siglo XIII durante el reinado de Alfonso X el Sabio.

[501] Alfonso X el Sabio, *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, tomo tercero, Partida sexta, título VI, ley XVII: "Qué guarda deben poner los parientes del finado quando su mujer dice que es preñada dél". Disponible en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

En definitiva, aunque el modelo romano permitió soluciones pragmáticas orientadas a garantizar la descendencia, la progresiva influencia del pensamiento cristiano transformó el matrimonio en una institución sujeta a un control moral más estricto, sin que ello impidiera la pervivencia de ciertos elementos vinculados a la importancia de la procreación.

2.6.1. La cesión de vientre y su proyección histórica

Todo lo expuesto invita a reflexionar sobre cómo las instituciones jurídicas y sociales de la Antigua Roma, crearon una jerarquía moral y legal que perduró en la tradición jurídica occidental. Categorías como *matrona*, concubina o esclava no solo definían el estatus de la mujer, sino también el valor atribuido a su función reproductiva. En este sentido el Derecho romano no se limitaba a ordenar relaciones privadas, sino que actuaba como vehículo de transmisión de valores sociales ligados a la maternidad[502].

En este plano, la práctica de la cesión de vientre debe considerarse un antecedente funcional de la actual gestación por sustitución ante la imposibilidad de un matrimonio para procrear, se recurría a la capacidad biológica de otra mujer fértil. La ausencia de una regulación expresa en las fuentes romanas no debe interpretarse como una inexistencia de la práctica, sino como su plena integración en los *mores maiorum*. Al ser una conducta socialmente aceptada y validada por la costumbre, no requería de una formulación normativa o intervención directa del legislador. A diferencia de los sistemas contemporáneos, donde el positivismo jurídico exige una regulación detallada, en Roma la cesión se mantenía en el plano consuetudinario, donde la mujer quedaba subordinada a la continuidad del linaje[503].

Desde una perspectiva antropológica, Betzig ha señalado que, aunque el matrimonio romano era formalmente monógamo, existían dinámicas de competencia reproductiva similares a las

---

[502] Cid López, "Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua," en *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo. Cuidado y mantenimiento de la vida*, ed. Ana Delgado Hervás y María Picazo Gurina (Barcelona: Icaria, 2020).

[503] Plutarco, *Vida de Catón el Joven,* 25: "pero por naturaleza es bello y bueno para el Estado que una mujer joven y en la flor de la vida ni deje extinguirse su fecundidad y se quede improductiva, ni cause problemas y empobrezca, teniendo más hijos de los que convenga, a una familia que no los necesita. Además, el hecho de que hombres de valía tengan las sucesiones en común, aumenta su virtud y la difunde ampliamente entre sus descendientes, y mediante estas relaciones se produce la cohesión interna del Estado". Añadía que, si Bíbulo sentía mucho apego por su mujer, se la devolvería en cuanto diera a luz, después de estrechar aún más los lazos de parentesco con el propio Bíbulo y con Catón gracias a la comunidad de hijos; Séneca *De los Beneficios*, 1.9.3: *Coniugibus alienis ne clam quidem sed aperte ludibrio habitis suas aliis permisere.* (No solo en secreto, sino incluso abiertamente, tratan a las esposas ajenas como objeto de burla y permiten que las propias sean entregadas a otros).

observadas en muchas especies. Basándose en la teoría de Darwin sobre la selección sexual, sostiene que los varones con mayor poder y estatus tenían más oportunidades reproductivas. Esta lógica ayuda a comprender el valor atribuido a la fertilidad femenina y la aceptación de prácticas orientadas a asegurar la descendencia en las clases sociales más poderosas [504]. En definitiva**,** a través de estas prácticas se aprovechaba la fertilidad de las mujeres y se fortalecían todo tipo de alianzas en nombre de la República. Las mujeres, de clase alta, se convertían en instrumentos de reproducción y transmisión del linaje, a través de su función de matronas *pudicitia*[505] . No obstante, la existencia de miradas críticas en las fuentes como las ya analizadas de César o Tertuliano demuestra que el uso del cuerpo femenino con fines reproductivos[506] ya generaba controversia, marcando el inicio de un debate sobre la autonomía corporal que perdura hasta nuestros días.

2.6.2. Paralelismos entre la práctica romana y la gestación por sustitución contemporánea

La cesión de vientres romana presenta analogías con la gestación por sustitución moderna que merecen un análisis comparado. Uno de ellos es la figura del *curator ventris* cuya misión de supervisar la integridad del embarazo y proteger los intereses del *paterfamilias* guarda semejanza funcional con la labor de las clínicas y agencias especializadas. Si bien estas entidades operan hoy en un contexto comercial y sanitario regulado por marcos legales, ambas responden a la necesidad de controlar el proceso reproductivo para garantizar el éxito de la descendencia deseada.

También existe parecidos entre las *matronae* (altruistas) y *mercenariae* (remuneradas) en la Roma antigua, con las mujeres gestantes que pueden llevar a cabo la gestación de manera altruista y comercial, de las que se tratará más adelante, y en ambos casos aparece una tensión

---

[504] Laura Betzig, "Roman Polygyny," *Ethology and Sociobiology* 13, n. º 5–6 (1992): p.310.

[505] Núñez Paz explica que las mujeres romanas de buena familia eran mujeres ideales, un ejemplo que seguir, por su estatus y su cuerpo que era de interés público. Cedidas para procrear y patrióticas por cumplir con sus obligaciones civiles. Los hijos pasaban a ser propiedad de la familia a la que habían cedido su vientre; ellas eran únicamente la gestante. Núñez Paz, "El Derecho romano y las madres. La necesaria regulación de la maternidad: de la cesión del vientre al ejercicio de la tutela", pp. 255–291.

[506] Rosario Cortés Tovar reflexiona sobre la práctica de la "cesión del vientre" en la antigua Roma y la compara con el debate contemporáneo sobre los "vientres de alquiler". Señala que, aunque en Roma esta práctica se realizaba con naturalidad jurídica, seguramente se podría profundizar más en el tema y ver hasta qué punto era entonces problemático. En cualquier caso, sostiene que el debate sobre los matices con los que los romanos abordaron la cesión del vientre queda tan abierto como el que sostenemos hoy sobre los vientres de alquiler, con la diferencia de que hoy hay una lucha contra un sistema que instrumentaliza y mercantiliza la sexualidad de las mujeres y su capacidad reproductiva. Rosario Cortés Tovar, "Cesión de vientre en Roma," Tironiana, 7 de marzo de 2018, disponible en https://tironiana.wordpress.com/, consultado el 13 de mayo 2022.

entre el acto altruista de la maternidad y su mercantilización. Como señala Núñez Paz**,** esta distinción entre maternidad altruista y remunerada fue clave en la configuración del principio romano *mater semper certa est*, que subraya la certeza jurídica de la maternidad frente a la incertidumbre de la paternidad, manteniendo una continuidad conceptual hasta hoy.

Sin embargo, debe señalarse ciertas diferencias: mientras que la ley en Roma no estaba orientada a proteger a la gestante, hoy los ordenamientos intentan garantizar su consentimiento informado, la dignidad y su bienestar. Además, el reconocimiento de los derechos fundamentales introduce nuevos elementos inexistentes en la Antigüedad como los riesgos de explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad, la cosificación[507] de sus cuerpos y la idea inquietante de que una persona pueda ser "comprada" o "vendida". Este debate se ve hoy influido por enfoques bioéticos, feministas y jurídicos tanto a nivel nacional como internacional. Aun así, persisten dilemas de fondo compartidos por ambas épocas, como la protección de la mujer y del nacido, o la fricción entre altruismo y beneficio económico.

Otro aspecto destacable es el uso del término "vientre de alquiler" que resulta impreciso incluso en supuestos altruistas, porque simplifica realidades complejas. Esta ambigüedad recuerda también cómo en Roma la cesión del cuerpo de la mujer podía adoptar distintas formas dependiendo del contexto social y la motivación de la gestante.

En definitiva, la breve comparación de algunos aspectos entre ambas realidades muestra una continuidad histórica en los problemas que plantea la maternidad mediada por otra mujer. Si bien los marcos legales y sociales han cambiado, preguntas en torno a la ética, la autonomía corporal y la protección de los implicados siguen siendo objeto de debate. Estas cuestiones, junto con su evolución y tratamiento jurídico, serán objeto de análisis en los próximos capítulos.

Tras el análisis de las distintas formas de constitución de la familia en la antigua Roma, se puede concluir que esta no se estructuraba exclusivamente sobre la base de vínculos biológicos, sino que respondía a una realidad más compleja, configurada por factores sociales, jurídicos y reproductivos. Harders aporta un argumento sobre la composición de la familia romana

---

[507] María Valvidares Suárez, "El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada", en *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, eds. María Isabel Núñez Paz, Pilar Jiménez Blanco y María Leonor Suárez Llanos (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), p. 139.

expresando claramente su organización, compuesta por agrupaciones de miembros que no necesariamente provenían de un mismo material genético, Las circunstancias que contribuyeron a este fenómeno fueron entre otras: la muerte prematura de los progenitores o de los hijos, el divorcio, o las segundas nupcias. Esta autora le da a este tipo de creaciones familiares un término muy específico, definiéndolas como familias "de retazos" (*patch-work*) es decir, compuestas por distintos fragmentos de tejido que se unen entre sí pero sin ajustarse estrictamente al modelo de la familia agnaticia, porque no provenían del tronco ancestral común, ni se podían considerar una familia nuclear *per se.* Estas formas de organización familiar guardan cierto paralelismo con las familias actuales, familias reconstituidas por segundas nupcias con hijos de relaciones anteriores, familias monoparentales en las que solo uno de los progenitores está presente, familias con hijos adoptados o con hijos nacidos mediante gestación por sustitución[508].

[508] Ann-Cathrin Harders, "Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition," en *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*, eds. V. Dasen y T. Späth (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 53.

CAPÍTULO 3. CONCEPTUALIZACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD

3.1. La maternidad como concepto histórico y cultural

La maternidad constituye una de las experiencias humanas más antiguas y universales, pero también es uno de los conceptos más complejos y sujetos a reinterpretación. A lo largo del tiempo, su significado ha evolucionado en función de las condiciones sociales, las creencias religiosas, las teorías científicas y las normas que han regulado la reproducción y la filiación. Es una realidad plural, cargada de significados que han variado y que se han expresado en múltiples figuras femeninas; diosas, heroínas o madres arquetípicas, que encarnan distintas facetas de lo materno. En numerosas tradiciones, estas representaciones asocian la maternidad con la fertilidad, el amor o el sacrificio[509], mientras que en la esfera social se asocian con los roles de cuidado y crianza comunitarios.

Lejos de ser una verdad exclusivamente biológica, la maternidad ha sido interpretada de múltiples maneras en las distintas civilizaciones. En algunas sociedades antiguas se relacionó al poder simbólico de la fertilidad y a sistemas de filiación matrilineales, mientras que en otras quedó subordinada a estructuras patriarcales que atribuyeron al varón el control de la procreación y su transmisión. Estos cambios no solo afectaron al papel de la mujer, sino también a la forma en que se entendía la relación entre la gestación, el parto y el estado de madre.

En la mitología, la filosofía y el derecho se desarrollaron discursos que, en muchos casos, redujeron el papel femenino en la reproducción, a una función instrumental afianzando la idea patriarcal del parentesco. Sin embargo, al mismo tiempo, la maternidad podía compartirse, delegarse o reinterpretarse a través de nodrizas, madres sustitutas o amplias redes familiares.

Precisamente por la amplitud y diversidad de estas transformaciones, resulta imprescindible estudiar la maternidad a lo largo del tiempo. La magnitud de los cambios que ha experimentado, desde sus formas simbólicas y sociales hasta su redefinición actual en relación con las tecnologías reproductivas, exige una revisión que permita comprender no solo su evolución,

[509] En Grecia el símbolo de la maternidad viene representado por Deméter, la diosa de la agricultura, fertilidad y cosechas.

sino también las circunstancias que han dado lugar a las formas actuales de maternidad y a las cuestiones que hoy suscita.

3.2. Etimología y análisis semántico del término *maternitas*

La palabra maternidad proviene del latín *maternus* ("materno") y del sufijo abstracto *-ĭtas,* cuya evolución en el latín medieval es *maternitas, -atis,* término del que procede la forma castellana *maternidad*. El sufijo español *-idad* continúa la función del latino *-itas,* empleado para designar "estado o cualidad de madre[510].

Desde el punto de vista etimológico, *maternĭtas*, se forma a partir de *māter* "madre"[511], cuya raíz indoeuropea *māter*[512] aparece también en otras lenguas como el inglés *moth*er, el alemán *Mutt*er, o el francés *mère,* y del sufijo *-itas*, que componen los sustantivos abstractos. La combinación de ambos elementos da lugar a *maternĭtas*, que significa literalmente "la cualidad de ser madre" o "el estado propio de la madre". Desde su origen, el concepto aparece vinculado no solo al hecho biológico de la procreación, sino también a la figura de quien da vida, nutre y cuida.

En su evolución hacia las lenguas romances, el vocablo adoptó la forma castellana actual sin perder su significado original. Con el paso del tiempo, su campo semántico abarcó no solo el hecho biológico de dar a luz (relacionado con el embarazo, el parto y la lactancia), sino también otras extensiones emocionales, culturales y sociales asociadas a la experiencia de ser madre.

En la tradición latina, *maternitas* aparece documentado en obras de referencia como el *Thesaurus Linguae Latinae* que recoge su uso en contextos jurídicos y morales, especialmente en textos imperiales y en la literatura cristiana tardía[513], y el *Lexicon Totius Latinitatis* de Forcellini, lo define como *qualitas matris*, y recoge su presencia en autores clásicos, donde la palabra se asocia a ideas de piedad, deber y afecto materno[514].

---

[510] RAE, *Diccionario de la lengua española*.
[511]Alfred Ernout y Antoine Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 9.ª ed. (París: Klincksieck, 1939), voz "ago"; T. G. Tucker, *A Concise Etymological Dictionary of Latin* (Halle: M. Niemeyer, 1931; reimp. Hildesheim: Georg Olms, 1973), voces "pro" y "ago".
[512] El sufijo *–ter* de la voz indica parentesco. Edward A Roberts y Barbara Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española* (Madrid, 1996), voz "*mater"*, p. 102.
[513] *Thesaurus Linguae Latinae*, ed. Academia de Ciencias de Baviera (Leipzig: Teubner, en curso).
[514] Egidio Forcellini, *Lexicon Totius Latinitatis*, ed. Vincenzo De Vit (Padua: Typis Seminarii, 1864).

Además, *maternitas* podía hacer referencia al estatus social o legal de la madre. En el sistema romano[515], la maternidad se concebía ante todo como un hecho biológico subordinado a la autoridad del *paterfamilias* quien determinaba la incorporación del recién nacido al grupo familiar. Expresiones como *maternitas naturalis*[516], destacan su dimensión física y reproductiva. Este matiz es clave para comprender que, aunque indispensable para la procreación, la maternidad era concebida más como una función integrada en la estructura familiar romana que como una categoría autónoma con entidad propia.

Esta concepción romana contrasta con la tradición griega, donde, pese a la ausencia de un término equivalente, la función materna sí ocupó un lugar destacado en la sociedad y en el pensamiento antiguo. Algunos autores han señalado que la palabra "maternidad" como tal, no existía en la lengua griega, aunque la función materna sí estaba presente en la cultura y en la filosofía. Micolta-León comenta que, pese a la ausencia del término, la maternidad aparece representada en la mitología griega y fue objeto de análisis por parte de médicos y filósofos[517]. Knibiehler[518] también sostiene que ni en griego, ni en latín, existía inicialmente una palabra que equivaliese al concepto moderno de maternidad, aunque la función social y simbólica de la madre, sí ocupaba un lugar relevante. En el mundo griego, esta simbología se hace visible en figuras como Deméter, diosa de la fertilidad y de la agricultura.

3.3. El tránsito del Matriarcado al Patriarcado

Antes de examinar la evolución histórica de la maternidad en Occidente, hay que examinar las distintas formas de parentesco que se desarrollaron en las sociedades antiguas. Diversos autores han subrayado la existencia de sistemas matrilineales o de "derecho materno", en los que la filiación y la pertenencia al grupo, se determinaban a través de la madre. Con el tiempo, estos modelos fueron dando paso a organizaciones patriarcales en las que la paternidad y la autoridad masculina adquirieron un papel predominante. Este proceso de cambio, no solo se observa en las instituciones jurídicas y sociales, sino también en los mitos, la literatura y la filosofía de la Antigüedad.

---

[515] *Oxford Latin Dictionary*, ed. P. G. W. Glare (Oxford: Oxford University Press, 1982).
[516] Charlton T. Lewis y Charles Short, *A Latin Dictionary* (Oxford: Clarendon Press, 1879).
[517] Amparo Micolta-León, «Apuntes históricos de la paternidad y la maternidad», *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e Intervención Social*, n.º 13 (2008): p. 91.
[518] Yvonne Knibiehler, *Historia de las madres y de la maternidad en Occidente*. (Buenos Aires: Nueva Visión, 2001), pp. 1-9.

3.3.1. Modelos matrilineales primitivos

"De la mujer nace la primera civilización para los pueblos". Con esta afirmación, Bachofen[519] resumió su teoría del llamado derecho materno, según la cual la madre era la cabeza de familia. En este modelo, la pertenencia al grupo y la identidad de cada individuo, se definían a partir de la ascendencia materna. Este tipo de organización, que hoy en día puede resultar extraña, encaja dentro de las formas de parentesco matrilineal o comunal descritas por los autores antiguos.

Como ejemplo, Bachofen menciona el pueblo licio[520], cuyas genealogías, según las fuentes antiguas, se transmitían solo por vía femenina. Heródoto de Halicarnaso, señala que los licios toman el nombre de la madre y que la descendencia se transmite por vía materna. Así, el estatus de los hijos dependía del linaje materno, y únicamente las hijas podían heredar[521]. De modo que el padre, quedaba relegado a la función de mero "sembrador" sin un papel importante. Esta situación, pone de manifiesto, que las costumbres de estos pueblos estaban relacionadas con la libertad sexual femenina y una paternidad no determinada[522].

Asimismo, el filósofo Heráclides Póntico afirmó que el derecho común entre los licios se basaba en leyes no escritas y en costumbres atribuidas a una tradición gobernada por mujeres[523]. El pueblo licio no sería el único ejemplo de este tipo de comunidades. En los

---

[519] Bachofen sostiene que el derecho materno no debe entenderse como una peculiaridad de un pueblo aislado, sino como una etapa cultural universal en la evolución de las sociedades humanas. En su análisis de los locrios epizefirios, cita un pasaje de Polibio sobre la genealogía matriarcal de las cien familias nobles para reforzar dos ideas clave: 1) que el derecho materno precede históricamente al sistema patriarcal, y 2) que su declive coincide con el ascenso del orden paternal. El autor concluye que las formas matriarcales son características de los pueblos prehelénicos y constituyen un componente esencial de su cultura arcaica, al igual que las formas patriarcales lo son en la cultura griega moderna. Johann Jakob Bachofen, *Myth, Religion, and Mother Right* (Princeton: University Press, 1973), p. 71.

[520] Pueblo pre helenístico que parece ser originario de Creta. Las primeras referencias a Licia se remontan a textos hititas anteriores al año 1200 a.C.

[521] Véase Heródoto, *Historia*, 1, 173, trad. P. Bartolomé Pou (Madrid: ed. EDAF, 2003). Este testimonio se complementa con otras fuentes antiguas que confirman la prioridad femenina en Licia: *Nimfis de Heraclea*, fr. 13, corrobora la transmisión matrilineal de la herencia: *Lycii plus honoris mulieribus quam viris deferunt, nominaque eis a matribus induntur. Itemque bonorum haeredes filias, non filios relinquunt.* (Los licios conceden más honor a las mujeres que a los hombres, y los nombres se les asignan por la línea materna. Asimismo, las hijas —no los hijos— heredan los bienes). Nymphis de Heraclea, fr. 13, en Karl Müller, ed., *Fragmenta Historicorum Graecorum*, vol. III (París: Ambroise Firmin-Didot, 1841), p. 461; Bachofen, *Myth, Religion,* pp. 70–71, 135–136.

[522] Heródoto, *Historia*, 4, 180.

[523]"No tienen leyes escritas, sino únicamente costumbres no escritas. Desde tiempos inmemoriales han sido gobernados por sus mujeres." Traducción propia de la versión inglesa de Bachofen. Heráclides Póntico, citado en Bachofen, *Myth, Religion,* p. 122.

escritos de otros pueblos como los léleges, los locrios y los carios[524], también se documentan formas de adscripción familiar basadas en la madre. En el caso de los liburnios, las fuentes describen una organización social en la que el poder estaba en manos de las mujeres, mientras que las relaciones entre hombres y mujeres tenían un carácter comunitario. Según estas narraciones, los niños eran criados colectivamente hasta los cinco años y al año siguiente, se les asignaba un padre en función del parecido físico[525]. Esta forma de paternidad simbólica no se basaba en la certeza biológica, sino en la percepción social del parecido, lo que se entiende como un sistema flexible de filiación, donde la función social del padre prevalece sobre la realidad genética.

En algunos fragmentos conservados de la *Historia universal* de Nicolás de Damasco, se describen la diversidad de modelos familiares y reproductivos presentes entre los griegos, muy alejados del esquema patriarcal y monogámico que terminaría imponiéndose en épocas posteriores.

Estos testimonios coinciden en un punto fundamental: mientras la maternidad constituía una certeza biológica, la paternidad era una construcción social, atribuida mediante acuerdos comunitarios o rituales de reconocimiento. En tales sistemas, el control masculino sobre la reproducción no estaba plenamente consolidado y las mujeres disfrutaban, al menos en el ámbito sexual y reproductivo de una emancipación considerable.

No obstante, la historiografía contemporánea ha matizado estas interpretaciones. Aunque algunos pueblos antiguos presentaban rasgos de filiación matrilineal o un papel central de la maternidad, ello no implica necesariamente que hubieran existido auténticas sociedades matriarcales. Más bien muestran sistemas de parentesco en los que la identidad familiar se

---

[524] Los principios deducidos de los locrios epizefirios se confirman por una abundancia de datos relativos a otros pueblos prehelénicos. Se menciona a los léleges, carios, etolios, pelasgos, caucones, arcadios, epeios, minios y telebeos como ejemplos de culturas que ofrecen un panorama diverso del derecho materno y de las formas sociales basadas en él. Bachofen, *Myth, Religion,* p. 71.

[525] Nicolás de Damasco describe la organización familiar: *Libyrnii uxores habent communes et liberos communiter alunt usque ad annum aetatis quintum. Anno autem sexto in unum convocant omnes pueros, atque tum ex similitudine ad quemlibet virorum coniecturam facientes, cuilibet similem patri filium assignant. Quem ita a matre infantem quisque accipit, eum filium suum esse putat*. (Los liburnios tienen a las esposas en común y crían a los hijos también de forma comunitaria hasta el quinto año. En el sexto año, reúnen a todos los niños y, basándose en el parecido físico, hacen conjeturas sobre cuál de los hombres podría ser el padre de cada uno. Al hombre al que se le asigna un hijo por semejanza, ese lo toma de la madre como si fuera suyo, y lo considera su hijo). Nicolás de Damasco, en Müller, *Fragmenta Historicorum Graecorum*, vol. III, (Paris: Editore Ambrosio Firmin Didot, 1841).

transmitía por la madre, sin que ello supusiera un dominio político o social efectivo de las mujeres.

Las narraciones antiguas sobre estos pueblos considerados “otros" o "bárbaros" no solo describen costumbres distintas, sino que también cumplen una función interpretativa. Por un lado, recogen con mayor o menor fidelidad prácticas etnográficas que podían existir realmente o que eran idealizadas por los autores antiguos y por otro, servían para contrastarlas con las normas del mundo griego o romano, reforzando por oposición, la imagen de una organización social considerada “civilizada”. Los relatos de estas comunidades hacen reflexionar sobre modelos alternativos al patriarcado que, de cualquier manera, terminaría imponiéndose en la tradición jurídica clásica.

Aun así, hoy en día, persiste algún sistema matrilineal como es el del judaísmo rabínico, donde la pertenencia al pueblo judío se determina exclusivamente por la madre. Según la *halajá*[526], un individuo es considerado judío si su madre lo es, independientemente del padre. Esta regla, vigente desde la Antigüedad tardía, refleja un modelo de filiación en el que la identidad del grupo se transmite por vía materna, lo que muestra que la centralidad de la maternidad en la definición del parentesco no desapareció por completo con la consolidación de los sistemas patriarcales.

3.3.2. Transición histórica hacia el Patriarcado

En las sociedades arcaicas, las formas del derecho de familia no surgieron de manera espontánea, sino que son el resultado de una evolución en el tiempo. Si se analizan de forma aislada, solo se observa su configuración concreta, pero no las causas históricas que las originaron. El sistema patriarcal romano, tal y como se expone en las fuentes, era tan rígido que buscaba sustituir o controlar formas de organización anteriores, lo que lleva a algunos autores a interpretarlo como el final de modelos sociales en los que la maternidad ocupaba una posición central en la comunidad. Desde esta óptica, habría existido un sistema aún más antiguo

[526] Mishná, *Kiddushin* 3:12; Talmud de Babilonia, *Kiddushin* 68b–69a. La normativa rabínica establece que el estatus judío del hijo sigue el de la madre, principio codificado posteriormente en el *Shulján Aruj*, *Even HaEzer* 8:5; Véase Shaye J. D. Cohen, *The Beginnings of Jewishness: Boundaries, Varieties, Uncertainties* (Berkeley: University of California Press, 1999), pp. 263–305. En relación con su fundamentación bíblica, véase Deut 7:3–4. La exégesis rabínica de este pasaje, especialmente en Kiddushin 68b, interpreta la expresión «tu hijo» como referencia al hijo de una mujer israelita, mientras que el nacido de madre no judía no se considera parte del linaje. A partir de esta asimetría textual se formula la regla halájica de transmisión materna de la identidad judía.

que fue necesario controlar y dejar atrás[527]. Las sociedades organizadas en torno a la *materfamilias* habrían terminado integrándose en un orden patriarcal que alcanzó la cúspide de su desarrollo en Roma[528].

Bachofen sitúa el origen de esta transformación en un cambio radical en la actitud del hombre, en la religión y la evolución del poder masculino. Mientras la relación madre-hijo se basaba en una vinculo corporal, la figura del padre adquirió un carácter espiritual y normativo, elevándose por encima de la conexión orgánica. Así la maternidad quedó asociada a lo biológico, mientras que la paternidad se convertía en un principio espiritual exclusivo del varón[529].

Este tránsito se observa en la mitología, en particular, en el papel de la figura masculina dominante en los relatos míticos grecorromanos. Las tragedias griegas[530] ofrecen un ejemplo donde se escenifica el conflicto entre el antiguo derecho materno y el nuevo orden patriarcal, mostrando cómo la autoridad del padre se impone progresivamente como fundamento del orden social y jurídico.

3.3.3. Mitos y Tragedias en la afirmación del orden patriarcal

La tragedia *Las Euménides* de Esquilo[531] constituye uno de los testimonios más elocuentes de la lucha entre las dos concepciones de parentesco. En ella, Orestes mata a su madre Clitemnestra[532], para vengar la muerte de su padre Agamenón, lo que provoca la persecución de las Erinias, divinidades que encarnan la antigua ley materna y exigen el castigo del matricidio. Para resolver la disputa, Atenea instituye un tribunal para juzgar el caso y Apolo

---

[527] Bachofen, El Matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica, trad. Mar Llinares García (Madrid: Akal, 1987), p. 33.
[528] María Aurora López Gueto, "La condición jurídica de la mujer en el Derecho romano clásico." (*Pólemos*, 2020).
[529] Bachofen, *El Matriarcado,* pp. 62–63.
[530] Las tragedias griegas son obras teatrales escritas en la Antigua Grecia, durante los siglos V y IV a.C., y representan historias solemnes y conmovedoras, muchas veces basadas en mitos. Su propósito era provocar una reflexión en el público sobre temas universales como el destino, la justicia, la culpa, el poder o el sufrimiento humano. Los tres grandes autores de tragedias griegas son Esquilo, Sófocles y Eurípides. Estas obras se representaban en festivales religiosos en honor al dios Dioniso y eran parte importante de la vida cívica de las *polis.*
[531] *Las Euménides* es la tercera obra de la trilogía *Orestíada* de Esquilo, del año 453 a.C., y la única que se conserva del teatro griego antiguo. Junto con *Agamenón*, y Las *Coéforas*, la trilogía muestra cómo los dioses griegos interactuaron con los personajes e influyeron en sus decisiones sobre acontecimientos y disputas.
[532] Ciertas mujeres, como Clitemnestra que desafía el rol femenino tradicional adoptando comportamientos masculinos al asesinar a su esposo Agamenón, motivada por la venganza al sacrificar a su hija Ifigenia y la humillación de traer a la casa a Casandra, una esclava y concubina. Eurípides presenta a Clitemnestra, como una mujer que va más allá de los límites impuestos al género femenino. Helene P Foley**,** *Female Acts in Greek Tragedy* (Princeton: University Press, 2001), pp. 92-93 y 200-202.

defiende a Orestes afirmando que el padre es el verdadero generador del hijo, mientras que la madre es solo la portadora del germen masculino. Como prueba, invoca el nacimiento de Atenea, surgida de la cabeza de Zeus sin intervención femenina. El veredicto que absuelve a Orestes simboliza la primacía del principio paterno sobre el materno y la consolidación de un orden patrilineal[533].

Esta idea de la subordinación del cuerpo materno y la autosuficiencia reproductiva masculina reaparece en otros relatos míticos; así Zeus engendra a Dionisos desde su muslo[534], y Hera furiosa por el nacimiento partenogenético de Atenea[535], intenta demostrar que ella también podía concebir sin varón, revindicando una autonomía reproductiva que la tradición presenta como excepcional[536]. La rivalidad entre Hera y Zeus expresa, en clave simbólica, la disputa por el control de la procreación. En su forma más extrema, la mitología atribuye al varón la capacidad absoluta de engendrar, desplazando a la mujer, incluso de su función biológica fundamental. Loraux interpreta este desplazamiento como una estrategia simbólica destinada a minimizar el papel femenino en la reproducción y a reforzar los mitos de autogeneración masculina[537]. Atenea "la diosa sin madre"[538], encarna la culminación de esta apropiación, mientras que, en la *Teogonía* de Hesíodo, el "cerebro de Zeus" simboliza la intelectualización de la paternidad y el deseo masculino de dominar el proceso reproductivo[539].

---

[533] "Apolo: También esto contestaré y date cuenta de que lo correcto digo. No se llama madre la que engendra al hijo, sino la nodriza del embrión recién sembrado. Trae al mundo el que fecunda, pero ella, ajena a lo que es ajeno, solo guarda para sí el retoño, para que no lo dañe la deidad. Una prueba de este argumento voy a darte: en verdad, puede padre puede haber sin que haya madre; a la vista un ejemplo hay; la hija del Olímpico Zeus, pues no en las tinieblas de un vientre fue criada, sino que, cual retoño ninguna diosa podía parir." Esquilo, *Las Euménides*, 657–666, trad. Bernardo Perea Morales, (Madrid: Editorial Gredos, 2010).

[534] M. Dolors Molas i Font, "Las violencias contra las mujeres en la poesía griega: de Homero a Eurípides," en *La violencia de género en la antigüedad* (Instituto de la Mujer, Madrid, 2006), p.73.

[535] La partenogénesis es un tipo de reproducción unisexual en el que las hembras originan descendencia sin fecundación por los machos. Natalia López Moratalla, "Partenogénesis," *Cuadernos de Bioética* 15, núm. 55 (2004): p. 405. Véase también "Partenogénesis" (del gr. *παρθένος*, virgen, y *-génesis*): 1.f. Biol. Modo de reproducción de algunos animales y plantas, que consiste en la formación de un nuevo ser por división reiterada de células sexuales femeninas que no se han unido previamente con gametos masculinos. 2. f. Zool. *Partenogénesis artificial* o *experimental*: la provocada en el laboratorio mediante la acción de ciertos factores químicos o físicos en RAE, *Diccionario de la lengua española*.

[536] José Carlos Bermejo Barrera, Francisco Javier González García y Susana Reboreda Morillo, *Los orígenes de la mitología griega* (Madrid: Akal, 1996), pp. 175-181.

[537] Nicole Loraux, *Nacido de la tierra: mito y política en Atenas*, trad. de Diego Tatián (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007), p. 47.

[538] Nicole Loraux, *The experiences of Tiresias: the feminine and the Greek man.* (Princeton: University Press 1995), p. 13.

[539] Hesíodo, *Teogonía*, 924, trad. Cristóbal R. González, (México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico 1978), p. 124.

La tragedia escenifica así la confrontación entre un modelo matrilineal y otro patrilineal, mostrando como el orden patriarcal termina imponiéndose. A partir de este episodio, pueden identificarse dos líneas de reflexión: la primera es la reducción de la mujer a un contenedor pasivo, una imagen recurrente tanto en la mitología como en la filosofía antigua. En *Las Euménides* y en *Orestes* de Eurípides[540], la mujer aparece como "tierra fértil" que alberga la semilla masculina, consolidando la idea de que la descendencia pertenecen al padre[541]. Esta metáfora reaparece en la poesía latina, y en textos filosóficos como *La República* de Platón, donde la tierra es representada como madre común que engendra ciudadanos[542] .

La segunda línea de reflexión se centra en la redefinición mítica de la maternidad. En la mitología griega, la maternidad no está necesariamente vinculada al acto de dar a luz: los dioses pueden procrear sin intervención femenina, lo que supone una ruptura con el modelo biológico tradicional. Esta ruptura entre maternidad y parto femenino también se manifiesta en el teatro. En *Medea* de Eurípides[543], Jasón, el héroe mítico y esposo de Medea, declara:

> "Los hombres deberían engendrar hijos de alguna otra manera y no tendría que existir la raza femenina: así no habría mal alguno para los hombres"[544].

Esta frase es una fantasía patriarcal en el que los hombres podrían reproducirse sin depender de las mujeres[545]. Ya en la tradición clásica se imaginaban mecanismos alternativos a la reproducción femenina tradicional, donde el hombre aspiraba a apropiarse del proceso procreativo. La supuesta superioridad biológica del varón, asociada al semen como principio

---

[540] Vv. 20-69. Eurípides también relata el matricidio de Orestes, pero ofrece una visión más crítica y caótica: con un juicio popular y un desenlace dependiente de una aparición divina abrupta, Eurípides, *Orestes*, trad. Juan Manuel Macías (Madrid: Gredos, 2000).

[541] Patricia González Gutiérrez, "La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia," *Gerión. Revista de Historia Antigua* 35, n.º 1 (2017): p. 108.

[542] Platón, *La República*, III, 414: Mito de las clases. Todos los ciudadanos han sido criados y educados por la tierra, que es su madre y nodriza; por tanto, todos son hermanos entre sí. Pero en la composición de unos (guardianes gobernantes) entró el oro, en la de otros (auxiliares) la plata y en la de otros (labradores y artesanos) el bronce y el hierro. Puede darse el caso de que un hombre de oro genere uno de bronce, y que uno de hierro genere a uno de oro; en todos los casos hay que llevarlos al sector que les corresponde. Platón, *La República*, trad. Luis Gil (Madrid: Gredos, 1986), p.18.

[543] Aunque esta tragedia es la versión más conocida y representada hoy en día, el personaje de Medea aparece en múltiples fuentes literarias y mitológicas, cada una con variantes importantes, que quedan al margen de esta exposición.

[544] Eurípides, *Medea*, vv. 573–575, trad. Luis Gil (Madrid: Gredos, 1992).

[545] Este pasaje ha sido interpretado en diversos estudios como una expresión misógina, pero también como una forma simbólica de representar el deseo masculino de controlar por completo la procreación. Se encuentra otros ejemplos de ello en Hipólito, cuya *hybris* estriba en no saber reconocer en Artemisa a la diosa de los partos, o el de Eteocles, que rechaza toda convivencia con la raza de las mujeres y pretende olvidar su propio nacimiento de una mujer. Véase Loraux, *The experiences of Tiresias,* p. 38

generador[546], se convierte así en un argumento simbólico que sustenta la idea de esta dominación masculina[547].

En conjunto, estos relatos modulan una misma acción simbólica: la mujer es concebida como mero receptáculo**,** mientras que el hombre aparece como el auténtico generador[548]. La mitología y la tragedia funcionan así, como escenarios para la legitimación cultural del orden patriarcal y de la supremacía del hombre en la reproducción.

3.3.4. Filosofía clásica sobre la reproducción

El desplazamiento alegórico del principio materno hacia un orden patriarcal no solo se manifiesta en la mitología y la tragedia, sino también en la filosofía natural de la Antigüedad. Aristóteles en su obra *Generación de los animales*, describe a la mujer como un cuerpo esencialmente pasivo, representada a veces únicamente como vientre[549]. En su teoría de la reproducción, la mujer aporta la materia, identificada con la sangre menstrual "no cocida" sobre la que actúa el semen masculino, considerado el verdadero principio activo capaz de organizar y dar forma al nuevo ser.

Para explicar este proceso, Aristóteles recurre a diversas metáforas que refuerzan la idea de pasividad del cuerpo femenino: el útero es descrito como un horno, un recipiente, o un instrumento de incubación. La mujer aparece, así como una versión incompleta del varón, un "fallo de la naturaleza", o una desviación de la forma ideal. Aunque el filósofo no niega la participación femenina en la gestación, su papel queda reducido a una función material y

---

[546] Molas i Font, "Las violencias contra las mujeres", p. 54. Véase también; Sófocles, *Antígona*, vv. 944–950, Sófocles, *Antígona*. edición de M.ª Teresa Mateu; traducción de José Vara Donado, (Madrid: Cátedra, 2019).
[547] Lynne Huffer, Maternal Pasts, Feminist Futures: Nostalgia, Ethics, and the Question of Difference (Standford: Stanford University Press, 1998), p. 8.
[548] Alicia Oiberman, "Historia de las Madres en occidente: repensar la maternidad," *Psicodebate*: *Revista de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, (Universidad de Palermo, 2015); p. 119.
[549] Aristóteles expone una concepción jerárquica de la reproducción en la que el varón aporta el principio activo y la forma, mientras que la mujer contribuye únicamente con la materia. Así, en *Generación de los animales*, señala que "el macho es el principio del movimiento y de la generación, mientras que la hembra es el principio de la materia" (I, 2, 716a 5–7), que "el semen contiene el principio del alma, mientras que la sangre menstrual es la materia que lo recibe" (I, 19, 727a–b), y que el alma —como esencia del cuerpo— procede del principio masculino (II, 4, 738b 20–23). Aristóteles, *Generación de los animales*, trad. A. L. Peck (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1943). En esta misma línea, afirma que la mujer actúa como mero receptáculo de la generación (III, 3, 773a 30 ss.), idea que se ve reforzada en *Historia de los animales*, donde el principio femenino aparece como pasivo y nutritivo (585b), Aristóteles. *Historia de los animales*, trad. José Vara Dorado, (Madrid: ed. Akal, 1990). Esta concepción coexistió con otras teorías antiguas sobre la reproducción, algunas de las cuales atribuían a ambos sexos la aportación de elementos generativos. Véase Plinio el Viejo, *Historia natural*, VII, 49, trad. E. Del Barrio Sanz, L. García Arribas, A. M. Moure Casas, L. A. Hernández Miguel, Ml. Arribas Hernáez, (Madrid: Gredos, 2003).

receptiva. Parte de la filosofía contemporánea[550] ha interpretado esta concepción, como uno de los precedentes más tempranos de la construcción simbólica del cuerpo femenino como contenedor de la vida más que como sujeto activo en su generación.

Una idea análoga aparece en la filosofía platónica: en *Timeo* (49a–51b)[551], Platón introduce el concepto de *khōra*, traducido como "receptáculo", "espacio" o "madre"[552]. En este esquema, el padre representa la forma inteligible y el modelo ideal, mientras que la madre (*khōra*), es el espacio pasivo que recibe y alberga esas formas. La *khōra* carece de esencia propia y depende del principio racional para adquirir forma, lo que convierte este pasaje en uno de los más influyentes y debatidos de la tradición filosófica occidental sobre la reproducción y el género.

Esta lógica regresa siglos más tarde, en la literatura latina: Ovidio, en la cosmogonía de su obra *Metamorfosis,* describe un mundo que surge a partir de una materia caótica sobre la que actúa un principio ordenador que impone forma y armonía[553]. Aunque el poeta no se refiere directamente a la reproducción humana, el paralelismo es evidente, la materia informe asociada simbólicamente a lo femenino es moldeada por un principio activo, que recuerda al rol atribuido al varón en las teorías filosóficas de la generación[554]. La filosofía también encuentra un eco en la tragedia griega. En *Las Euménides*, como se vio, Apolo niega a la madre un papel procreador[555]:

> "La madre no es la que engendra al hijo, sino sólo la nodriza de la semilla depositada en ella; quien engendra es el que siembra".

---

[550] Thomas Laqueur, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990); Londa Schiebinger, *The Mind Has No Sex?* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989); Genevieve Lloyd, *The Man of Reason: "Male" and "Female" in Western Philosophy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993).

[551] Platón, *The Timaeus of Plato*, ed. y trad. R. D. Archer-Hind (London: Macmillan, 1888), pp. 171–175.

[552] Para referirse al receptáculo, Platón recurre a una serie de metáforas que Zamora agrupa en tres grupos: primero, las que giran en torno a las «relaciones sexuales» y «familiares», como «madre» (*mētēr*) o «nodriza» (*tithēnē*); segundo, las que se refieren al «receptáculo» (*hypodoché pandechés*), «lugar» (*chōra*, *topos*, *hédra*); y, en tercer lugar, un grupo de metáforas «artesanales» como el «oro» (*chrysós*) que el orfebre moldea, la «cera» o los «aceites» usados en la fabricación de perfumes y que han de ser lo más inodoros posible. José María Zamora, "El material espacial del demiurgo: 'La *chóra*' en el *Timeo* de Platón," *Estudios Filosóficos* 52, nº 150 (2022): pp. 277–278.

[553] Ovidio describe en *Metamorfosis* el origen del mundo como una masa informe y caótica, llamado *Caos,* donde los elementos se mezclaban sin orden, hasta que una fuerza ordenadora impone armonía sobre el desorden. Esta visión recuerda indirectamente a la concepción aristotélica de la forma que actualiza la materia. La idea general se desarrolla entre los versos I, 20–25, aunque puede ilustrarse con fragmentos como: I, 9: "unas discordes simientes de cosas no bien unidas" y I, 21: "Tal lid un dios y una mejor naturaleza dirimió". Ovidio, *Metamorfosis*, trad. Ana Pérez Vega (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005).

[554] Aristóteles, *Generación de los animales* I, 2, 716a 5–7 y II, 4,738b, 20–23.

[555] Esquilo, *Las Euménides,* vv. 657–666.

En resumen, la literatura, la filosofía y la biología convergen en un mismo imaginario cultural donde la paternidad se presenta como principio generador y la maternidad queda relegada a una función corporal siendo el hijo patrimonio exclusivo del varón[556].

Estas representaciones continuaron en el derecho romano, donde se ha comprobado que el hijo es jurídicamente familia del *paterfamilias* quien ejercía la patria potestad sin que el consentimiento de la madre fuera necesario. Aunque el cuerpo materno era indispensable para la gestación y el nacimiento, el derecho romano no otorgaba protagonismo jurídico a la mujer como generadora de vida. Como ha demostrado Thomas, lo que importaba desde el punto de vista legal, no era el parto, sino el momento de la fecundación, entendida como el acto en que se activaba la potencia generadora del padre. En este sentido, el vientre materno no era concebido como origen autónomo de filiación, sino como un "espacio neutral" que alojaba una vida ya determinada por el linaje paterno. La madre, quedaba relegada al papel de mera portadora, sin capacidad para transmitir derechos, ni identidad al hijo[557]. Por lo tanto, el derecho materno, vinculado al *ius naturale,* queda subordinado a la institución del matrimonio y a las estructuras legales dominadas por los varones[558]. En Roma, este principio patriarcal se consolidó como fundamento en el orden jurídico y político, protegiéndose frente a cualquier posibilidad de un supuesto retorno a los sistemas matrilineales[559].

En consecuencia, la mentalidad grecorromana concibe a la mujer como el cuerpo destinado a gestar la descendencia del varón. Esta idea no siempre se basaba en un desprecio hacia lo femenino, sino una interpretación naturalista de la reproducción. Según esta visión, la finalidad de los seres vivos era asegurar la continuidad de la especie, y el cuerpo de la mujer reunía las condiciones necesarias para desempeñar esa función[560]. Desde una perspectiva actual, esta visión puede parecer machista o reductiva, pero en su contexto cultural respondía a una explicación de la naturaleza basada en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Se

---

[556] Máiréad Mcauley, *Reproducing Rome: Motherhood in Virgil, Ovid, Seneca, and Statius,* (Oxford Studies in Classical Literature and Gender Theory, Oxford, 2015), pp. 55-56.
[557] Thomas, "Le 'ventre'. pp. 214–215.
[558] Bachofen, *Myth, Religion,* p. 36; El Matriarcado, p. 87.
[559] Molas i Font, "Las violencias contra las mujeres", pp. 49–56. Véase también el capítulo VI del mismo volumen sobre *Tetis*. Para una perspectiva feminista contemporánea véase Victoria Sau, *Reflexiones feministas para principios de siglo* (Horas y Horas, Madrid, 2000), pp. 21 y 24.
[560] Suzanne Dixon, *The Roman Mother,* pp. 233-236.

puede deducir que los autores antiguos entendían que la reproducción formaba parte del orden natural y que cada sexo desempeñaba un papel distinto dentro de ese proceso.

En definitiva, los discursos de la Antigüedad, desde las tragedias griegas[561] del siglo V a. C, hasta la literatura latina del siglo I d. C.[562], consolidan una representación simbólica en el que la mujer aparece como el espacio donde la vida se desarrolla, mientras que el varón es elevado a la categoría de auténtico origen[563]. Esta argumentación que atraviesa el pensamiento de Aristóteles y Platón hasta el derecho romano, legitima la apropiación masculina de la descendencia y la configuración de sistemas patriarcales en los que la maternidad queda reducida a una función corporal y socialmente controlada[564].

3.4. La evolución histórica de la maternidad

La maternidad en la Antigüedad no se limitaba a la gestación biológica. Como se ha mencionado, las sociedades antiguas desarrollaron prácticas donde el vínculo materno podía construirse a través del cuidado, la convivencia o la pertenencia comunitaria, por lo que se puede entender como una conceptualización con diferentes significados.

3.4.1. Maternidad en la Antigüedad

La idea de que la maternidad puede ser compartida, delegada o asumida por distintas figuras aparece ya recogida en las antiguas civilizaciones. La primera manifestación de la maternidad no biológica se encuentra en la corte real de Ur, en Sumeria, donde era habitual recurrir a nodrizas para amamantar a los recién nacidos. La nodriza Rabbatum, llegó a encargarse del

---

[561] Las tragedias griegas, fuentes mitológicas, son simbólicas; sin embargo, consideramos que deben ser tenidas en cuenta, ya que reflejan aspectos fundamentales de la vida real en la Antigüedad. La mitología constituye, en este sentido, una manifestación del pensamiento primordial, una forma de testimonio cultural y social, y, por tanto, una fuente adicional para comprender las estructuras de poder y las transformaciones en torno a la organización familiar y la reproducción.

[562] Pese al salto cronológico se aprecia una sorprendente continuidad con matices culturales y jurídicos particulares en la construcción simbólica del cuerpo femenino como lugar de control y subordinación. Ambos contextos indican una ideología que legitima la apropiación masculina de la función reproductiva, ya sea mediante narrativas míticas o mediante discursos literarios que reflejan la mentalidad de su tiempo.

[563] J. Roy, "Polis and Oikos in Classical Athens," *Greece and Rome* 46, n.º 1 (1999): pp. 1–18; Núñez Paz y Jiménez Blanco, *Mujer: Sujeto u objeto de derechos reproductivos*, pp. 25 y 59.

[564] Molas Font, sostiene que "las féminas sólo alumbran: ellas paren a los hijos y a las hijas, pero la fuerza generadora que aporta la simiente es masculina... la mujer no es sino receptáculo que acoge y alumbra la simiente y la vida aportada por los varones". Con esta afirmación, la autora subraya que esta era, efectivamente, la concepción dominante en la Antigüedad clásica: la mujer era entendida como un mero receptáculo dentro del *oikos*, destinada a recibir la semilla masculina y a dar forma a la vida generada por el varón. Molas Font, "La maternidad usurpada," p. 133

cuidado de la hija de la reina, quien en sus cartas la llamaba "madre"[565]. Aquí se puede apreciar que, en las sociedades remotas la maternidad podía distribuirse entre diferentes mujeres del entorno doméstico. En Roma estas prácticas ya mencionadas y comentadas por Cid López[566] se observaron en la función de las nodrizas y las diversas formas de cuidado infantil. Un lugar emblemático y público en Roma era la Columna Lactaria (*literalmente* "columna de la leche"), donde se abandonaban recién nacidos de forma anónima, se entregaban bebés a nodrizas y se contrataban servicios de lactancia. Era, en esencia, un punto de encuentro entre madres, nodrizas y familias que necesitaban entregar, cuidar o recibir un niño.

En el capítulo anterior se estudió como las nodrizas desempeñaban un papel fundamental en las familias de la élite romana. Amamantaban, cuidaban y educaban a los menores, estableciendo con ellos vínculos afectivos. En los hogares podían coexistir ambas figuras maternas; la madre que gestaba y la madre que nutría, lo que confirma la idea de que la maternidad, no era una tarea exclusiva de la madre biológica, sino una labor compartida con otras mujeres[567].

Dixon señaló que, en Roma, debido a la elevada mortalidad materna, el divorcio, las segundas nupcias y la práctica habitual de contratar nodrizas, la crianza podía delegarse en otras personas. La función de la madre estaba más orientada a formar a sus hijos como ciudadanos ejemplares desde una temprana edad para asumir responsabilidades cívicas[568]. Por esa razón, la familia era un instrumento de transmisión de valores sociales, morales y políticos[569]. Autores como Cicerón, Tácito, o Quintiliano reconocen la influencia formativa de la madre en la educación de los hijos, sin en ningún momento enfatizar el vínculo emocional. Durante los primeros años, el cuidado cotidiano y maternal solía recaer en nodrizas o esclavas, que convivían con los niños desde su nacimiento[570]. No obstante, las fuentes epigráficas indican que si existía un cierto apego sentimental entre padres e hijos, como lo prueban algunas inscripciones funerarias, dedicadas a niños fallecidos. Aun así, el vínculo madre-hijo, no se

[565] Stol, "Women in Mesopotamia", p. 129.
[566] Rosa María Cid López, "La Columna Lactaria, las nutrices y la *exposiio* infantil. Lactantes y *pietas* en la ciudad de Roma," *Dialogues d'histoire ancienne*, Suppl,19 (2019): pp. 149–169.
[567] Cid López, "Madres sustitutas y oficios femeninos", p. 130.
[568] Dixon, *The Roman Mother,* pp. 3,4, 8,14-15,34.
[569] McAuley, *Reproducing Rome,* pp. 55–56.
[570] Tácito, *Diálogo sobre los oradores*, 28.6–7, en *Complete Works of Tacitus*, ed. Sara Bryant (New York: Random House,1942).

concebía necesariamente como un lazo natural e inmediato, en el mismo sentido en que se suele entenderse hoy.

La tradición romana ofrece un ejemplo en la leyenda de Rómulo y Remo. Los gemelos, nacidos de la unión de Rea Silvia[571] con Marte, no fueron criados por su madre biológica, ya que, tras ser abandonados, fueron amamantados por una loba y posteriormente criados por una pastora. La narración desplaza a la madre del relato y otorga el protagonismo a otras figuras cuidadoras[572]: primero a la loba, y luego a la pastora. Aquí lo importante no es la madre biológica, sino quién alimenta y protege al niño. Este mito fundacional anticipa prácticas reales de la sociedad romana, donde la maternidad podía dividirse o delegarse sin que ello se percibiera como una anomalía.

La literatura latina ofrece también ejemplos de maternidades sustitutas o simbólicas, como los que aparecen en Aulo Gelio en *Noches Áticas* (12.1), en Tácito en el *Diálogo de los oradores* (28) y en Plutarco en *Sobre la educación de los hijos* (5)[573]. En *La Tebaida* de Estacio[574], Tisífone, una de las Furias, actúa como madre sustituta de Edipo, salvándolo de Jocasta y cuidándolo como si fuera su propio hijo. Aunque se trata de una figura monstruosa, asociada a la violencia y la destrucción, el poema reconoce su función protectora, desplazando de nuevo a la madre biológica[575].

Marcial, en *Epigramas* interpreta la extensión de las relaciones familiares en Roma al señalar que un niño podía llamar *mammae* o *tatae* a personas que no eran sus progenitores biológicos[576] y Bradley[577] menciona que los niños podían referirse con nombres afectivos a personas que no eran sus padres. El uso de estas palabras da a entender la coexistencia de diferentes figuras parentales dentro de un mismo hogar.

---

[571] Jorge Martínez-Pinna, "La madre de Rómulo y Remo," *Hormos - Ricerche di Storia Antica,* n.º 3 (2011): pp. 120-129.
[572] Aquí también refleja el deseo masculino de apropiarse del poder femenino de dar vida.
[573] Plutarco, *Sobre la educación de los hijos*, *Obras morales y de costumbres*, introd., trad. y notas de Concepción Morales Otal y José García López, (Madrid: Gredos, 1992).
[574] Estacio, *Tebaida*, Libro I, trad. de Juan de Arjona, (Madrid: Librería de la viuda de Hernando y Cia., 1888).
[575] Mairéad, *Reproducing Rome,* pp. 336-337.
[576] Valerio Marcial, *Epigramas*, Libro I, C, trad. José Guillén: "*Mammas atque tatas habet Afra, sed ipsa tatarum / dici et mammarum maxima mamma potest*" (Afra tiene mamás y papás, pero ella puede ser llamada la bisabuela de sus papás y sus mamás).
[577] Bradley. Discovering the Roman Family, pp. 76-102.

En la filosofía política griega se reflexionó sobre formas alternativas de organización de la maternidad. En su obra, *La República*[578], Platón propone que los hijos de la clase dirigente fueran separados desde su nacimiento de sus madres, y criados colectivamente por cuidadoras designadas por el Estado de modo que se evitara la formación de lazos familiares. Esta organización pretendía subordinar la maternidad al interés de la comunidad y liberar a las mujeres de las funciones domésticas para que pudieran participar en tareas políticas y militares junto a los hombres[579].

Sin embargo, en su obra posterior *Las Leyes*, el filósofo adopta una posición más cercana a las estructuras familiares tradicionales, devolviendo a las mujeres un papel centrado en la procreación, la crianza y la educación de los hijos, mientras que los hombres continúan ocupando las funciones públicas[580]. Este cambio refleja el paso de un modelo filosófico idealizado, propio de *La República*, a una propuesta legislativa más pragmática y acorde con las realidades sociales de la *polis*[581].

Estos ejemplos, explican cómo funcionaban estas formas de maternidad en la práctica. A partir de ellos, la historiografía contemporánea ha revisado la imagen tradicional de la familia romana. Autores como Hackworth Petersen y Salzman-Mitchell[582] han subrayado la diversidad de formas de maternidad y parentesco en el mundo antiguo. Esto vuelve a resaltar la idea de que en muchas sociedades anteriores los hijos no se percibían únicamente como

---

[578] Platón, *La República,* Libro V, 457e.

[579] Las diosas de la mitología griega no eran representadas como madres dedicadas. Ninguna diosa, salvo en casos excepcionales, cuando sus hijos se enfrentaban a un peligro mortal, mostraba interés por la crianza. Un ejemplo es Deméter, quien no se consagra al cuidado de su hija Perséfone, sino que actúa más bien en respuesta a eventos específicos. Esto refuerza la idea de que la mitología griega separaba la procreación de los aspectos emocionales y afectivos de la maternidad. Graciela Cardó Soria, "El mito de Deméter y Perséfone: la relación primaria con la madre y la feminidad*,"* (XXVI Congreso Latinoamericano de Psicoanálisis**,** Lima, 2006), pp. 7-8. Otro ejemplo se encuentra en Clitemnestra, quien desafía el rol femenino tradicional, adoptando comportamientos masculinos al asesinar a su esposo, Agamenón, motivada por la venganza al sacrificar a su hija Ifigenia y la humillación de traer a la casa a Casandra, una esclava y concubina. Eurípides presenta a Clitemnestra, como una mujer que va más allá de los límites impuestos al género femenino. Foley, *Female Acts* pp. 92-93 y 200-202.

[580] Nathalie Ernoult, "Las madres en las ciudades ideales de Platón", *Mora.* 15, n.º 1 (2009): pp. 9-12; Paula Quintano Martínez, "Las mujeres en la familia y el *oikos* de la Atenas clásica" (VII Congreso Virtual de Historia de las Mujeres, 2015), pp. 679-676.

[581] En la antigua Grecia, las esposas eran vistas como productoras de hijos dentro del matrimonio legítimo, monógamo y regulado por normas. Las mujeres eran piezas clave en la creación de relaciones entre familias y en la construcción de redes sociales que fortalecían la cohesión de la *polis*. Sin embargo, estas relaciones eran controladas por los hombres, y las mujeres quedaban excluidas de los aspectos contractuales que determinaban su destino, *Las Leyes,* trad. F. Lisi, (Madrid: Gredos, 1999).

[582] Lauren Hackworth Petersen y Patricia B Salzman-Mitchell, *Mothering and Motherhood in Ancient Greece and Rome* (Austin: University of Texas Press, 2012), p. 12

responsabilidad exclusiva de la madre sino también como parte de una comunidad[583]. Esto sugiere que los valores familiares en el mundo antiguo eran más flexibles de lo que tradicionalmente se ha supuesto, lo que apunta a una sociedad en la que los roles vinculados al cuidado infantil podían adaptarse a las circunstancias sociales del grupo. Se regulaba quién debía gestar, quién debía criar y cómo debían organizarse la colectividad doméstica. Kampen afirma que "la familia, en toda su aparente naturalidad, es un vehículo para comunicar la rectitud de las estructuras y de los titulares del poder"[584]. Por lo tanto, la maternidad debe entenderse también como una institución social y política integrada en la organización patriarcal. Esta forma de organización se relaciona con la concepción jurídica de la familia en Roma.

Este análisis pone de relieve que la maternidad en el pasado fue una institución más compleja de lo que parece a simple vista, ya que combinaba varias funciones que a su vez podían delegarse, compartirse o representarse simbólicamente, y cuyo significado podía variar según el contexto histórico.

En la época postclásica, bajo la influencia del pensamiento aristotélico[585] y los apologistas cristianos, se mantuvo y radicalizó la visión que minimizaba la participación de la mujer en la generación de la vida. Tertuliano, en su obra *Tratado sobre el alma,* llega a referirse a las madres como meros «hornos uterinos» (uterinos caminos), reduciendo su función a la de un receptáculo pasivo[586]. Esta metáfora del útero como horno presenta la consolidación de la visión tradicional del rol femenino en la reproducción: la mujer no aporta la esencia del ser, sino solo el calor y el espacio físico para que la semilla masculina se desarrolle. Esta idea, en línea con las teorías aristotélicas de la potencia y el acto, prepararía el terreno para la interpretación moral y religiosa que la teología y la posterior escolástica impondrían sobre el cuerpo gestante.

---

[583] Peter Bogucki, *Encyclopedia of Society and Culture in the Ancient World* (New York: Facts on File, 2008), pp 186-187.
[584] Natalie Kampen, *Family Fictions in Roman Art* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 2, traducción propia.
[585] Aristóteles explicó detalladamente la clase de inferioridad de la mujer, desde su pasivo papel en la procreación hasta la limitada capacidad para la actividad mental. El pensamiento filosófico helenístico y romano más popular: el Estoicismo dirigía las energías femeninas al matrimonio y la maternidad.
[586] Tertuliano, *De anima,* 25 y 37, en *Ante-Nicene Fathers*, vol. 3, trad. Peter Holmes, ed. Alexander Roberts, James Donaldson y A. Cleveland Coxe (Christian Literature Publishing Co., 1885).

3.4.2 La maternidad desde la Edad Media hasta el siglo XX

Con la expansión del cristianismo y la creación de nuevas instituciones políticas y familiares durante la Edad Media, la maternidad comenzó a interpretarse dentro de un marco distinto al de las sociedades grecorromanas.

Si en el mundo antiguo la maternidad era ante todo una función cívica y patrimonial, la llegada del cristianismo no la liberó de esa carga, sino que la reencuadró en un marco distinto: el de la moral religiosa. El cambio no fue tanto en lo que se esperaba de la mujer, que seguía siendo parir y criar, sino en el porqué. Ya no se trataba solo de dar continuidad al linaje o de servir al Estado, sino de cumplir un mandato divino. La procreación pasó de ser una obligación jurídica a ser una obligación espiritual, y esa diferencia lo cambió todo en términos simbólicos.

El modelo que lo presidía todo era la Virgen María. A partir del siglo XII su culto se extendió por Europa y con él se consolidó un ideal de maternidad que combinaba pureza, obediencia y sacrificio. La madre perfecta no era la que más hijos tenía sino la que los ofrecía a Dios y a la comunidad con humildad. Frente a esta imagen de la maternidad sagrada, la maternidad carnal, la del cuerpo, el deseo y el placer, quedaba asociada a Eva y al pecado original[587]. La mujer estaba atrapada entre dos modelos ser María o ser Eva. Y en esa tensión se construyó el discurso medieval sobre la maternidad.

La Iglesia también introdujo algo nuevo: los términos *maternitas* y *paternitas* comenzaron a usarse para describir relaciones espirituales dentro de la institución eclesiástica, referidas a funciones de guía y protección ejercidas por figuras religiosas. La maternidad dejaba de ser exclusivamente biológica para convertirse también en una metáfora del poder y del cuidado institucional. Paradójicamente, mientras se exaltaba a la madre como figura sagrada, se seguía insistiendo en su obligación reproductiva. El dominico Nicolás de Gorran lo expresaba sin rodeos: la primera obligación de la mujer era engendrar hijos de forma continua y hasta la muerte[588]. Lo divino y lo biológico se fundían en una misma exigencia. Las formas de

[587] Cristina Palomar Verea, "Maternidad: historia y cultura" *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 22 (2005*)*: pp. 40-41; Micolta-León, "Apuntes históricos", p. 95
[588] Georges Duby, Michelle Perrot y Reyna Pastor, *Historia de las mujeres en Occidente.* vol. 2: Edad Media (Madrid: Taurus, 2000), p. 150.

maternidad en el mundo antiguo no desaparecieron, pero sí experimentaron algunos cambios al igual que las estructuras sociales, religiosas y jurídicas de Europa.

La idea tradicional de la maternidad comenzó a modificarse gradualmente a partir de la Edad Moderna. Antes de la Ilustración, el papel de la madre seguía siendo el de reproducir y las esposas eran valoradas por su fertilidad, más que por su capacidad para criar o educar a los hijos. Sin embargo, entre los siglos XVII y XVIII, y en determinados sectores de la burguesía y de la aristocracia, se observa un cambio progresivo en la percepción de la infancia. Los hijos, empiezan a ser considerados sujetos que requieren protección y cuidados específicos. En este proceso el filósofo Rousseau contribuyó a difundir una idea romántica de la maternidad, presentándola como un elemento central en la vida de las mujeres, y defendiendo que el vínculo maternal respondía a un impulso natural[589].

A pesar de esta nueva revalorización del vínculo entre madre e hijo, la organización familiar continuó otorgando al padre una posición predominante en la autoridad y en la educación de la prole [590]. Sin embargo, surgió una nueva apreciación cultural de la maternidad, en la que el amor materno pasa a adquirir un papel cada vez más importante, siendo un elemento esencial para el desarrollo emocional y educativo del niño, idea que resultó clave en la creación de un nuevo modelo que situaba la afectividad de la madre en el centro de la vida familiar[591].

Durante los siglos XIX y XX, esta evolución se intensificó. La maternidad pasó a definirse como una relación afectiva y emocional fundamental para el niño. En Estados Unidos, por ejemplo, apareció una ideología que identificaba el hogar y la crianza de los hijos como contribuciones esenciales al bienestar social. Según Hays, esta idea dio lugar a la denominada "maternidad intensiva" [592], en la que el cuidado del niño debía concentrarse principalmente en la figura materna.

De forma paralela, se desarrolló también un proceso de maternidad profesionalizada. Esta tendencia partía del cuidado de los hijos requería conocimientos científicos y formación específica. Un ejemplo de ello fue el Congreso Internacional sobre la Condición y los Derechos

---

[589] Jean-Jacques Rousseau, *Emile, or, On Education*, trans. William H. Payne (Amherst, NY: Prometheus Books, 2003), cap. V, pp. 259–308.
[590] Elisabeth Badinter, *Mother's Love: Myth and Reality* (New York: Macmillan, 1981), pp. 6-28.
[591] Palomar Verea, "Maternidad," p. 41.
[592] Sharon Hays, *The Cultural Contradictions of Motherhood* (New Haven: Yale University Press, 1996), pp. 19-29.

de las Mujeres (1900), en el que la doctora Edwards Pillet propuso la creación de un ministerio de la infancia y el establecimiento de una "escuela de madres" destinada a la formación de las mujeres en sus responsabilidades maternales. Pillet defendía que las mujeres embarazadas y lactantes debían ser consideradas "funcionarias sociales", merecedoras de apoyo institucional en aspectos como la alimentación, el alojamiento o el descanso, en reconocimiento al esfuerzo físico y simbólico que implica la maternidad[593]. En este marco, la maternidad se afianzó como el eje central de la identidad femenina. La figura de la madre fue idealizada mediante una personalización simbólica entre mujer y maternidad, concebida como un destino natural e inevitable. A partir de aquí, se atribuyó a las mujeres una supuesta capacidad innata para el amor, la empatía y el cuidado afectivo[594].

De este modo, la maternidad pasó a interpretarse no solo como una función social, sino también como una fuente de realización personal. Se difundió la teoría de que la mujer encontraría una recompensa emocional y psicológica en el cuidado de los hijos. No obstante, esta interpretación mantenía una división rígida de los roles de género, al situar a los hombres en una posición secundaria respecto a las tareas de crianza[595].

Durante gran parte del siglo XX el amor maternal fue exaltado como un rasgo constitutivo de la feminidad. Así, el control social sobre la reproducción femenina no desapareció, sino que fue adoptando formas diferentes según la época. Este proceso se manifestó en las políticas natalistas, donde la maternidad era un deber patriótico y la procreación fue incentivada mediante medidas como la condena de la anticoncepción y del aborto, especialmente durante el periodo del *baby boom*. El Estado comenzó así a politizar la maternidad, interviniendo progresivamente en la regulación de la reproducción y en la organización familiar.

A partir de la década de 1970 surgieron las críticas feministas que cuestionaron la identificación automática entre feminidad y maternidad, y defendieron la posibilidad de que las mujeres se definieran como sujetos autónomos, más allá de su función reproductiva[596].

---

[593] Claude Barbizet, *Blanche Edwards-Pilliet: femme et médecin, 1858–1941* (Le Mans: Cénomane, 1988), pp. 108–112.
[594] María Elisa Molina, "Transformaciones histórico-culturales del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer," *Psykhe* 15, n.º 2 (2006): p. 98.
[595] Molina, "Transformaciones", p. 97.
[596] Palomar Verea, "Maternidad", p 41.

En esta línea crítica, Badinter[597] sostiene que el amor maternal no es natural ni universal, sino que se construye y se desarrolla a lo largo del tiempo a través de la relación con el hijo, y depende de factores externos. Desde esta perspectiva, rechaza la idea de que dicho amor sea inherente a la naturaleza femenina o que las mujeres estén biológicamente destinadas a la maternidad. De forma similar, Delassus afirma que "una madre no nace, sino que se hace", aludiendo a un proceso complejo que se desarrolla a lo largo de la vida y que remite a experiencias y aprendizajes adquiridos desde la infancia[598].

En la actualidad, la maternidad aparece como un fenómeno complejo, que integra múltiples funciones (procreación, crianza, educación y vínculo afectivo) que, como se ha visto a lo largo de la historia, no siempre han sido desempeñadas de forma exclusiva por la madre biológica. No obstante, el modelo actual de maternidad tiende a concentrar estas tareas en la figura materna, lo que genera resistencias frente a los intentos de flexibilización de dicho modelo[599].

A ello se añade un proceso de progresiva desvinculación entre maternidad y sexualidad. En determinadas familias, la ausencia de la figura paterna contribuye a reforzar esta tendencia. En este sentido, el término *single mother* (madre soltera) remite a una forma de maternidad socialmente construida como "desviada", al apartarse del modelo tradicional basado en la presencia de ambos progenitores[600].

3.4.3. Transformaciones de la maternidad en el s. XXI: de la maternidad a la parentalidad

A finales del siglo XX, la identidad femenina comienza a diversificarse y la maternidad pierde progresivamente su carácter como propósito único y exclusivo de la vida de las mujeres. Las tareas asociadas con la procreación y la crianza empiezan a considerarse como opciones posibles, y no como destinos inevitables. No obstante, las expectativas tradicionales vinculadas

[597] Elisabeth Badinter, *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX* (Barcelona: Paidós-Pomaire, 1981), pp. 94-95, 100-101.
[598] Jaques M. Delassus, *Devenir mère, Histoire secrète de la maternité* (París : Dunod, 1998), p. 116.
[599] Molina, "Transformaciones", p. 99.
[600] Jane Flax, "Forgotten Forms of Close Combat: Mothers and Daughters", en *Toward a New Psychology of Gender: A Reader*, ed. Mary M. Gergen y Sarah N. Davis (New York: Routledge, 1997), pp. 311–324.

al rol de madre no desaparecen del todo. La asociación simbólica entre mujer y madre sigue muy presente y se resiste al cambio[601].

Desde este punto de vista, la maternidad deja de ser solo un hecho biológico y pasa a ser una práctica social e histórica, influida por valores de género, tradiciones y normas culturales. Benedek sostiene que la maternidad posee una doble dimensión biológica y psicológica, y, que la experiencia materna está modulada por diversos factores[602]. Además, gracias al acceso generalizado a métodos anticonceptivos, la maternidad ha dejado de ser una imposición, para convertirse, al menos formalmente, en una elección.

Un factor decisivo de esta transformación ha sido el desarrollo de las tecnologías reproductivas, como la fecundación in vitro, la gestación por sustitución o los trasplantes de útero. Estas técnicas permiten la procreación sin necesidad de una relación sexual e, incluso, sin la presencia de un padre, lo cual pone en duda las bases tradicionales de la filiación y obliga a reinterpretar las categorías de madre y padre[603].

Desde un plano antropológico[604], diversos autores han señalado que las nuevas prácticas reproductivas están cambiando las nociones tradicionales de maternidad y paternidad mediante la segmentación del proceso reproductivo en dimensiones genética, gestacional y social, lo que puede dar lugar a que un hijo quede vinculado a varias figuras parentales[605]. Asimismo, estas transformaciones, no se limitan a las categorías de madre y padre, sino que se extienden a otros

---

[601] Mabel Burin y Irene Meler, Género y familia: poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad (Buenos Aires: Paidós, 1998), pp. 19-31; Alain Ehrenberg, La fatiga de ser uno mismo. Depresión y sociedad. (Buenos Aires: Nueva Visión, 2000), pp. 64-65, 76; Kenneth Gergen, El yo saturado. (Buenos Aires: Paidós, 1991), p. 32

[602] Therese Benedek, "The Psychobiology of Parenthood," en *American Handbook of Psychiatry*, vol. 1 (New York: Basic Books, 1974), pp. 5-6, 12.

[603] Micolta León, "Apuntes Históricos.", p. 117.

[604] Marcia C. Inhorn y Daphna Birenbaum-Carmeli, "Assisted Reproductive Technologies and Culture Change", *Annual Review of Anthropology* 37 (2008).

[605] Margarete Sandelowski, *With Child in Mind: Studies of the Personal Encounter with Infertility* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993); Charis Thompson, "'Quit Sniveling CryoBaby-Baby, We'll Work Out Which One's Your Mama': Kinship in an Infertility Clinic", en *Cyborg Babies: From Techno Sex to -Sex to Techno-Tots*, ed. Robbie DavisFloyd-Floyd y Joseph Dumit (London: Routledge, 1998), pp:40–66.

modelos familiares, al facilitar el acceso a la reproducción a parejas del mismo sexo y a personas solas[606].

Por lo tanto, la maternidad y la paternidad están siendo reinterpretadas debido a los cambios tecnológicos, sociales y culturales y aunque se promueve una mayor igualdad en las responsabilidades, los efectos de estos cambios siguen siendo ambiguos[607]. La pregunta de si la maternidad puede seguir considerándose un "acto natural" está en el centro del debate. La idea de que la experiencia materna constituye una construcción cultural, y no únicamente una función biológica, se ha fortalecido en las últimas décadas[608].

En la actualidad se observa una transición del concepto "maternidad" al de "parentalidad" que pretende superar la asociación exclusiva entre maternidad, gestación, parto y cuidado. Este enfoque propone que la crianza es una responsabilidad compartida de aquellos que se encargan de la educación y el cuidado del menor, y pone en duda la tradicional división de roles basada en el género[609]. Así, la maternidad deja de ser vista como una función únicamente femenina y pasa a ser considerada como parte de un conjunto más amplio de responsabilidades parentales. En este modelo, la crianza no se atribuye únicamente a la madre biológica, sino que puede ser participada con el padre u otras personas.

El recorrido histórico de la maternidad muestra que, aunque la gestación es un componente biológico importante entre la mujer y el hijo, no es el único elemento que define ser madre. Existen otros muchos aspectos que tienen una igual e incluso mayor influencia. Este planteamiento aborda de manera más inclusiva la diversidad de modelos familiares existentes hoy en día, como las familias monoparentales, homoparentales, adoptivas, de acogida o formadas mediante técnicas de reproducción asistida.

Según el Comité de Bioética "por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad"[610]. Sin embargo, esta disociación ya existía en la Antigüedad y

---

606 Amy Agigian, Baby Steps: *How Lesbian Insemination Is Changing the World* (Middletown, CT: Wesleyan University Press, 2004); Anne Cadoret, "The Contribution of Homoparental Families to the Current Debate on Kinship", en *Kinship Matters: European Cultures of Kinship in the Age of Biotechnology, ed*. Jeanette Edwards y Carles Salazar (New York: Berghahn, 2008); Laura Mamo, *Queering Reproduction: Achieving Pregnancy in the Age of Technoscience* (Durham, NC: Duke University Press, 2007).
607 Palomar Verea, "Maternidad", p. 49.
608 Oiberman, *Historia de las adres*, p. 128.
609 Micolta León, "Apuntes Históricos", p. 117.
610 Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (Madrid: Comité de Bioética de España, 2017).

no fue hasta finales del siglo XVII que la conceptualización de la maternidad dio un giro y se empezó a asociar gestación y maternidad.

El debate sobre la maternidad también ha sido tratado desde posturas filosóficas y feministas que cuestionan la identificación tradicional entre feminidad y reproducción. De Beauvoir señaló que hasta entonces la mujer estaba, "consagrada a la procreación y a tareas secundarias, despojada de su importancia práctica y de su prestigio místico, ya sólo aparece como una sierva"[611]. Frente a esto, formuló su célebre pregunta, "¿qué es una mujer?" y criticó la reducción biológica de la identidad femenina, proponiendo la necesidad de ampliar el concepto de madre mucho más allá del útero, el embarazo y el parto[612].

Llevando esta crítica aún más lejos, autoras como Firestone[613] adelantada a su tiempo, imaginó que la verdadera liberación de la mujer se alcanzaría mediante el desarrollo de las tecnologías reproductivas (como los úteros artificiales). Para ella, esto lograría superar la «división sexual» que ha esclavizado a las mujeres durante siglos, vinculando la emancipación a la posibilidad de disociar la reproducción de la biología femenina y rompiendo así con la idea de que la maternidad es el destino natural de la mujer.

Esta ruptura con el determinismo biológico establece una distinción entre la maternidad como proceso orgánico y la experiencia social del cuidado. En este sentido, la psicoanalista Tubert advierte que el deseo de ser madre, entendido como el acto de dar a luz, no equivale necesariamente al deseo de amar y criar a un hijo. Es importante diferenciar entre la maternidad ligada al parto, y aquella centrada en el desarrollo emocional del niño. Esta separación permite

---

[611] Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, trad. Constance Borde y Sheila Malovany-Chevallier (New York: Vintage International, 2011), p. 105.
[612] De Beauvoir, *The Second Sex,* p. 23.
[613] "Y del mismo modo que el objetivo final de la revolución socialista no era sólo la eliminación del privilegio de clase económica sino de la propia distinción de clase económica, el objetivo final de la revolución feminista debe ser, a diferencia del del primer movimiento feminista, no sólo la eliminación del privilegio masculino sino de la propia distinción de sexo: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarían culturalmente (una reversión a una pansexualidad sin obstáculos. La «perversidad polimorfa» de Freud, sustituiría a la hetero/homo/bisexualidad). La reproducción de la especie por un sexo en beneficio de ambos sería sustituida por (al menos la opción de) la reproducción artificial: los niños nacerían de ambos sexos por igual, o independientemente de uno u otro, según se prefiera verlo; la dependencia del niño de la madre (y viceversa) daría paso a una dependencia muy reducida de un pequeño grupo de otros en general, y cualquier inferioridad restante respecto a los adultos en fuerza física sería compensada culturalmente. La división del trabajo terminaría con la eliminación total del trabajo (mediante la cibernética). Se acabaría con la tiranía de la familia biológica". Traducción propia. Shulamith Firestone, *The Dialectic of Sex*, (Londres: The Women's Press, 1979), p. 11.

entender mejores situaciones como la adopción o el uso de gametos donados, donde el lazo afectivo y la filiación no dependen de la genética.

En sintonía con este análisis, Parker[614] observa que la identidad maternal nunca ha sido completamente indivisible. Las nuevas tecnologías y los cambios en los modelos familiares simplemente han hecho visibles las múltiples figuras maternas que ya existían en prácticas tradicionales como la lactancia, la adopción o la crianza comunitaria. El autor ejemplifica esto con las parejas de lesbianas que comparten la crianza, donde a la pregunta "¿quién es la madre?", la respuesta es, que madre puede haber más de una. Esta teoría se materializa en casos como las familias "*rainbow*" de Dinamarca, donde la progenitura puede recaer en tres personas, sin que el rol de madre sea en una sola figura.

Desde un enfoque filosófico, Derrida[615] sostiene que los avances actuales no han inventado esta pluralidad, sino que han sacado a la luz una diversidad que siempre ha existido. Las tecnologías reproductivas actuales cuestionan los sistemas tradicionales de filiación basados en una genealogía[616] única, al permitir la coexistencia de diversas figuras maternas genéticas, gestacionales y sociales. Así, lo que suele etiquetarse como una "crisis de la maternidad" es, para el autor, el reconocimiento explícito de una diversidad estructural ya presente en la sociedad[617].

Reforzando esta línea, del Olmo sitúa el elemento central de la maternidad no en la biología, sino en la experiencia del cuidado. Al criticar el esencialismo, la idea de que hombres y mujeres poseen naturalezas inmutables señala que el "instinto maternal" es una construcción cultural

---

[614] Andrew Parker, *The Theorist's Mother* (Durham: Duke University Press, 2012), p. 9.
[615] Jacques Derrida, *Archive Fever: A Freudian Impression*, trad. Eric Prenowitz (Chicago: University of Chicago Press, 1996), p. 48.
[616] Comete un error al afirmar que no puede haber duda alguna sobre la identidad de la madre, en la medida en que depende del testimonio de los sentidos, mientras que la identidad del padre sigue siendo siempre dudosa, ya que depende, y sólo de ella, de una inferencia racional, como esa «ficción legal» de la que habla Stephen en el *Ulises* de Joyce. Sin embargo, hoy mejor que nunca, aunque sólo sea con la posibilidad de las madres subrogadas, las maternidades protésicas, los bancos de esperma y todas las inseminaciones artificiales, tal como nos las asegura ya y nos asegurará aún más en el futuro la tecnociencia biogenética, sabemos que la maternidad es tan inferida, construida e interpretada como la paternidad. Y como ley paterna. En verdad, siempre ha sido así, para la una y para la otra. Freud comete un segundo error al creer con Lichtenberg que la paternidad, y sólo ella, es tan incierta como la cuestión de si la luna está habitada: hoy sabemos, con toda certeza objetiva, que la luna está deshabitada y, a la inversa, es más fácil ver y tocar el suelo de ese satélite que la identidad cierta de una madre. Comete un tercer error al extraer de todos estos errores, ilusiones o fantasmas una conclusión falogocéntrica: por esta presunta llamada a la razón en la asignación de la paternidad, más allá del «testimonio de los sentidos», el paso al patriarcado marcó el triunfo civilizatorio de la razón sobre la sensibilidad, de la ciencia sobre la percepción. Traducción propia. Derrida, *Archive Fever,* pp. 47–48.
[617] Parker, *The Theorist's Mother*, pp. 14-15.

reciente. De hecho, sostiene que ambos sexos poseen capacidades similares para el cuidado de recién nacidos, exceptuando la lactancia. Esta evolución se refleja en políticas públicas como la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor, que buscan equilibrar la responsabilidad parental y cuestionar la primacía exclusiva de la madre biológica en la crianza[618]. No obstante, la autora advierte que un constructivismo social extremo puede llegar a desvalorizar la experiencia biológica del embarazo, pues este proceso mantiene una relevancia propia en la relación madre-hijo[619].

En conjunto, estas interpretaciones demuestran que la maternidad no es un hecho puramente biológico, sino una realidad compleja influenciada por múltiples factores. Históricamente, los discursos de género han asignado roles y expectativas rígidas a padres y madres, favoreciendo la persistencia de desigualdades. Sin embargo, la maternidad ha transitado desde ese modelo rígido hacia una interpretación mucho más plural y diversa[620].

La convergencia entre los avances tecnológicos, el feminismo y las transformaciones sociales ha abierto la puerta a redefinir la parentalidad. Aun así, este proceso no está exento de tensiones y contradicciones subjetivas que aún buscan resolución. En definitiva, tanto en sociedades antiguas como modernas, la maternidad ha sido un espacio de regulación y control por parte de instituciones y los hombres. Las normas, representaciones culturales y las concepciones científicas han contribuido a definir quién puede procrear, en qué condiciones y con qué consecuencias sociales. Incluso en la actualidad hay muchos debates en torno a la reproducción y a la autonomía reproductiva de las mujeres, por ejemplo, en las restricciones legales relativas al aborto o al acceso a determinados métodos anticonceptivos.

3.5. El instinto maternal y su revisión crítica

[618] Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

[619] Carolina del Olmo, "Cómo se vive la maternidad," en *Pensar la maternidad*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, n.º 50 (Barcelona, 2019), pp. 1-85, 22–31.

[620] del Olmo, "Cómo se vive la maternidad", p. 40

El llamado “instinto maternal” suele presentarse como un impulso natural e inmediato que vincula a la mujer con el cuidado de sus hijos. Sin embargo, diversas investigaciones en antropología y biología[621] cuestionan esta idea, señalando que el vínculo maternofilial no surge necesariamente de forma automática en el momento del parto.

Las investigaciones sobre el desarrollo del apego indican que la relación con el recién nacido es en realidad, una evolución gradual a través de la convivencia y el cuidado diario. Convertirse en madre es un proceso que se desarrolla con el tiempo. Mas allá de las tradiciones culturales, la primera reacción de muchas mujeres ante el recién nacido puede ser distante o incluso de rechazo. El hecho de que existían parturientas que no conecten emocionalmente con su hijo de forma instantánea tras el parto demuestra que el afecto no es un "amor a primera vista" universal ni inevitable. Por el contrario, el llamado instinto suele aparecer de forma paulatina a medida que se establece y consolida la relación interactiva entre madre e hijo[622].

Asimismo, las conductas de protección no dependen estrictamente de una relación fisiológica. En el reino animal, desde aves hasta mamíferos como ratones, perros o cuervos. es común observar a hembras cuidando crías que no son biológicamente suyas[623].. Una vez establecida la asociación, los comportamientos de atención se desarrollan con éxito sin necesidad de un vínculo genético directo, lo que sugiere que el cuidado no emana exclusivamente del hecho de parir. Algo similar ocurría en distintas sociedades primitivas donde las mujeres vivían en comunidades solidarias cuidando y amamantando a los niños en colectividad. Los hijos no eran objeto exclusivo del cuidado de su madre biológica sino comunes a todas las mujeres del grupo[624].

Las fuentes históricas ofrecen varios ejemplos de este tipo de prácticas. Plutarco relata que, durante las festividades de las Matralia, celebradas en honor a la diosa *Mater Matuta* las mujeres tomaban en brazos a los hijos de sus hermanas en lugar de los propios. como símbolo

---

[621] Elisabeth Badinter, ¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX (Barcelona: Paidós-Pomaire, 1981); Sarah Blaffer Hrdy, Mother Nature: A History of Mothers, Infants, and Natural Selection, (New York: Pantheon Books, 1999); John. Bowlby, *Attachment and Loss, vol.* 1: *Attachment* (New York: Basic Books, 1969); Margaret Mead, *Male and Female: A Study of the Sexes in a Changing World* (New York: William Morrow, 1949).

[622] Robert Briffault, *The Mothers: A Study of the Origins of Sentiments and Institutions* (New York: The Macmillan Company, 1927), pp. 510 ss.

[623] Sarah Blaffer Hrdy, *Mothers and Others: The Evolutionary Origins of Mutual Understanding* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2009), pp. 80, 93 y 19 8.

[624] Alexander de Humboldt y Aimé Bonpland, *Personal Narrative of Travels to the Equinoctial Regions of the New Continent during the Years 1799–1804* (London: Longman, 1821), pp. 547–548.

de solidaridad femenina y parentalidad comunitaria[625]. Polibio describe que en Esparta existían formas de organización familiar en las que varios hermanos podían compartir una esposa y criar en común a los hijos[626]. Julio César señala que en algunos pueblos britanos también se practicaba la comunidad de esposas[627], y Dión Casio recoge un discurso de la reina Boudica[628] en el que afirma que su pueblo tenía todo en común, incluso las mujeres y los hijos[629]. Más allá de las particularidades de estas fuentes, estos testimonios reflejan la existencia de modelos de parentalidad y crianza más colectivos que los propios de las sociedades modernas.

Además de cuestionar la idea de un vínculo automático tras el parto, algunos estudios han puesto en duda que la capacidad de cuidado esté limitada únicamente a las mujeres[630]. Estudios realizados por la antropóloga y bióloga evolutiva Hrdy sobre especies de primates estrechamente emparentadas con los humanos y sociedades contemporáneas de cazadores-recolectores, han mostrado que tanto hombres como mujeres pueden desarrollar conductas de crianza. La predisposición al cuidado no depende únicamente del embarazo o del parto, sino

---

[625] Plutarco describe un ritual vinculado a la maternidad en el culto a Mater Matuta, en el que se observa la sustitución simbólica de los hijos propios por los de los hermanos, lo que sugiere prácticas relacionadas con formas de parentesco no estrictamente biológicas. “Empezó por hacer estas plegarias y votos a los. Dioses, que si tenía glorioso fin la guerra daría grandes juegos y consagraría un templo a la Diosa, a quien llaman madre Matuta los Romanos. Puede pensarse que esta es la misma que Leucotoe, por la especie de ritos que en su culto se practican; porque introduciendo una esclava a su santuario, le dan de bofetadas, y después la lanzan fuera; a los hijos de los hermanos los ponen en el regazo en vez de los propios, y ejecutan cosas muy parecidas a las de las. nodrizas de Baco, y a los errores y trabajos que a causa de la combleza sufrió Ino.” Plutarco, *Vida de Camilo*, 5.

[626] Polibio, *Historias*, 4, en *The Histories of Polybius*, Loeb Classical Library (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1935): “Entre los lacedemonios era una costumbre hereditaria y bastante habitual que tres o cuatro hombres compartieran una sola esposa —o incluso más si eran hermanos—, siendo los hijos propiedad común de todos. Y cuando un hombre ya había engendrado suficientes hijos, era honorable y bastante común que entregara su esposa a uno de sus amigos". Traducción propia.

[627] Cayo Julio César, *La guerra de las Galias*, IV, 14, *La guerra de las Galias,* trad. José Goya Muniáin y Manuel Balbuena (Barcelona: Editorial Iberia, S. A., 1982): “Los más civilizados de todos estos pueblos son los que habitan en Kent, que es una región completamente marítima, y no difieren mucho de las costumbres galas. La mayoría de los habitantes del interior no siembran grano, sino que viven de leche y carne, y visten con pieles. Todos los britanos, en efecto, se tiñen con glasto (una planta), lo que les da una coloración azulada y así adquieren una apariencia más aterradora en combate. Llevan el cabello largo y se afeitan todo el cuerpo excepto la cabeza y el labio superior. Diez o incluso doce hombres comparten una misma esposa, especialmente los hermanos entre sí y los padres con sus hijos; pero si hay descendencia de estas mujeres, se considera que son hijos de aquel con quien la mujer estuvo por primera vez cuando aún era virgen. Traducción propia.

[628] Boudica fue la reina de la tribu celta de los icenos que encabezó una rebelión contra el dominio romano en Britania en los años 60–61 d. C. Joshua J. Mark, “Boudicca”, *World History Encyclopedia*, disponible en: https://www.worldhistory.org/Boudicca/, consultado el 19 de abril de 2025.

[629] Dión Casio, *Historia romana*, 62, 6, en *Roman History*, trad. Earnest Cary, Loeb Classical Library (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1914).

[630] Nancy Chodorow, *The Reproduction of Mothering (*Berkeley: University of California Press, 1978).

que puede surgir a través de la interacción y de la responsabilidad asumida hacia el recién nacido[631].

En conjunto, estos ejemplos cuestionan la idea de un instinto maternal innato. La relación entre progenitores e hijos no se establece necesariamente en el momento de la gestación o del nacimiento, sino que puede construirse progresivamente a través de la convivencia y la experiencia compartida. Aunque el hombre todavía no pueda gestar se le considera tan "maternal" como una madre biológica.

3.6. La desconstrucción del principio *mater sempre certa est*

Como se analizó previamente, el ordenamiento romano definió la maternidad a partir del vínculo físico entre la mujer que gesta y el hijo que nace de su vientre. Bajo la expresión *partus sequitur ventrem* («el parto sigue al vientre»), se establecía una relación directa e indisoluble entre gestación y filiación. No obstante, la praxis social romana ya matizaba esta linealidad mediante la delegación de la crianza o la cesión de la capacidad procreadora[632]. Es precisamente en este escenario, donde la evidencia física del parto servía como único pretexto legal, donde germinó un principio que ha dominado el derecho occidental durante siglos, pero cuya aplicación resulta hoy cada vez más problemática.

A pesar de que la maternidad es una realidad histórica influida por múltiples factores, el derecho civil mantuvo durante siglos un dogma aparentemente incuestionable: *mater semper certa est*. Este aforismo ha funcionado como pilar de la filiación al establecer una identidad automática entre la condición de madre y el acto fisiológico de dar a luz[633]. Sin embargo, en la actualidad, los avances biotecnológicos, las nuevas formas de reproducción asistida y la transformación de los modelos familiares han puesto en cuestión la vigencia de este axioma. Por ello, comprender el origen de esta regla es importante para analizar el desajuste que plantea frente a una realidad científica que ha fragmentado lo que antes era indivisible.

Este principio surgió cuando la maternidad biológica se presentaba como una verdad evidente a los sentidos, pues no existían medios para diferenciar la aportación genética del desarrollo gestacional. La formulación clásica se atribuye al jurista Paulo, quien fundamentaba la certeza

---

631 Hrdy, *Mothers and Others*, p. 140
632 Cantarella, *Pasado próximo,* pp. 158–160.
633 Núñez Paz, "La voluntas de las madres", p. 24.

de la madre en la visibilidad del parto; en contraste, la paternidad se configuraba como una incertidumbre que solo el derecho podía resolver. Así lo recoge el Digesto (D. 2,4,5 (*Paul. 4 com. Ed.):*

> *Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* (La madre siempre es cierta, aunque haya concebido del vulgo; el padre, en cambio es el que las nupcias señalan)[634].

Frente a la certeza física de la madre, la paternidad dependía de la regla *pater is est quem nuptiae demonstrant,* que atribuía la condición de padre al esposo de la mujer parturienta, siempre que el nacimiento ocurriera dentro de los plazos de la convivencia matrimonial. Se trataba, pues, de una presunción *iuris tantum*, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contra.

Hoy, este esquema se ha invertido: la presunción matrimonial ha sido desplazada por el principio de realidad genética, que la doctrina contemporánea resume en la fórmula *pater is est quem sanguinis demonstrat*[635]. Este nuevo criterio otorga prevalencia a la veracidad biológica (ADN) frente a la filiación formal, evidenciando cómo la evolución científica ha transformado la determinación del parentesco.

Como consecuencia de este cambio de paradigma, el principio *mater semper certa est* ha perdido su carácter absoluto. Las innovaciones biomédicas han introducido una separación inédita permitiendo distinguir entre la madre genética (donante de óvulos), la madre gestacional (quien da a luz) y la madre social o intencional (quien asume la voluntad de crianza) [636].

Núñez Paz señala que el análisis histórico facilita comprender hasta qué punto este principio sostuvo durante siglos una concepción biológica y determinista de la maternidad que hoy choca con familias que ya no responden al modelo patriarcal original. La persistencia de la regla se

---

[634] D. 1.5.19: (*Cel. 29*): "*Quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur; vulgo quaesitus matrum sequitur"* (Cuando se hayan celebrado legitimas nupcias, los hijos siguen al padre; el concebido del vulgo sigue a la madre).

[635] Si bien la RAE recoge el término páter referido a los sacerdotes; si bien, la palabra padre, derivado del mismo término latino -*pater*, entre sus múltiples acepciones recoge: 1-. el de varón que ha engendrado uno o más hijos, 2.- el de varón con cualidades atribuidas a un padre, especialmente su carácter protector y afectivo, o 3.- el de varón que ejerce de padre. RAE, *Diccionario de la lengua española*.

[636] Brigid Schulte, "A brief history of how we think about motherhood," *The Washington Post*, 6 de mayo de 2016, disponible en https://www.washingtonpost.com/opinions/a-brief-history-of-how-we-think-about-motherhood, consultado en junio de 2020.

explica, en gran medida, por la inercia de la tradición jurídica, que continúa aplicándolo incluso cuando las realidades sociales han cambiado[637].

La gestación por sustitución constituye uno de los ámbitos donde este conflicto se manifiesta con mayor claridad. Casas León ha mostrado que desde la Antigüedad hasta la actualidad persiste una notable asimetría jurídica; cuando el padre aporta el material genético, su paternidad biológica suele obtener reconocimiento inmediato mediante las pruebas de ADN; en cambio, cuando la madre aporta sus gametos, su maternidad genética no obtiene el mismo reconocimiento judicial[638] automático. De este modo, la madre sigue siendo la mujer gestante, incluso cuando no ha aportado material genético[639].

Fernández de Bujan subraya que, mientras la prueba genética es hoy definitiva para el padre, la filiación materna permanece atada al alumbramiento. Esta disparidad, lógica en Roma por la imposibilidad de disociar ambos procesos, carece de sustento en un contexto donde la genética permite diferenciar con nitidez entre la maternidad genética y la gestacional[640], lo que obliga a revisar la vigencia del principio.

Los avances médicos plantean además nuevos desafíos, como el trasplante de útero, es decir, una mujer gestar mediante un órgano donado[641], ilustran la erosión de las categorías tradicionales y la complejidad de los nuevos escenarios bioéticos.

La evolución del derecho contemporáneo demuestra que las normas pueden y deben adaptarse a las transformaciones sociales. Un ejemplo es la reforma del artículo 30[642] del Código Civil (Ley 20/2011), que eliminó los requisitos romanos de que el nacido tuviera "figura humana" y sobreviviera veinticuatro horas para ser considerado persona a efectos civiles. Una disposición

---

[637] Núñez Paz, "Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma".
[638] María Etelvina de las Casas León, *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual* (Madrid: Dykinson, 2020), p. 289.
[639] Casas León, *Las máximas*, p. 18.
[640] Marta Albert, Ángel Sánchez de la Torre y Cristina Fuertes-Planas Aleix, "Deconstrucción jurídica de la maternidad y determinación de la filiación," en *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias*, 1ª ed. (Madrid: Dykinson, 2019), pp. 391–395.
[641]Hospital Clínic Barcelona, "El Hospital Clínic hace el primer trasplante de útero en España," disponible en https://www.clinicbarcelona.org/noticias/el-hospital-clinic-hace-el-primertrasplante-de-utero-en-espana, consultado 16 septiembre 2023.
[642] Art. 30 del Código Civil español (redacción anterior a la reforma de 2011): «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

que hoy resulta totalmente obsoleta. La eliminación de este requisito deja claro que las reglas de raíz histórica pueden ser revisadas cuando dejan de responder a la realidad[643].

En las técnicas de reproducción asistida, la brecha entre lo biológico (genético y gestacional) y la voluntad procreacional o intención de ser madre, es cada vez más amplia. La gestación por sustitución es el exponente máximo de esta disociación, ya que la mujer gestante y los donantes genéticos pueden no tener la intención de convertirse en progenitores legales del niño. Este proceso ha transformado las nociones de maternidad, generando debates legales y éticos sobre su definición y sobre los criterios que deben prevalecer en la atribución de la filiación.

La aparición de tecnologías aún más avanzadas plantea desafíos adicionales para el derecho. Entre ellas destaca la ectogénesis[644], entendida como el desarrollo de un embrión o feto fuera del cuerpo humano, mediante un útero artificial. Esta técnica permitiría llevar a término un embarazo en un entorno externo al cuerpo femenino, cuestionando de nuevo los fundamentos tradicionales de la filiación. Aunque la gestación completamente extracorpórea aún no es una realidad, los avances científicos apuntan hacia escenarios cada vez más plausibles. En 2017 un equipo del Hospital infantil de Filadelfia desarrolló un útero artificial (*Biobag*) para mejorar la supervivencia de bebes prematuros, obteniendo resultados exitosos con corderos en condiciones similares a las de una placenta humana. Asimismo, en la Universidad de Cambridge se logró mantener vivo un embrión humano fuera del cuerpo durante trece días, deteniendo el experimento al alcanzarse el límite legal de catorce días establecido para este tipo de investigaciones. Estos progresos, aunque todavía preliminares, muestran que la ectogénesis podría a llegar a ser posible en las próximas décadas[645].

---

[643] Mª Teresa Duplá Marín analiza el origen romano del principio jurídico que identifica a la madre como la mujer que da a luz, y cómo este se ha transformado frente a las técnicas modernas de reproducción asistida. A través de un recorrido histórico y legislativo, especialmente en el contexto español y catalán, cuestiona la vigencia de dicho principio ante fenómenos como la gestación por sustitución, la doble maternidad y la fecundación post mortem, proponiendo una revisión crítica de los conceptos clásicos a la luz de los nuevos modelos familiares y avances biomédicos. Mª Teresa Duplá Marín, "El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida," *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 22 (2019): pp. 289–325.

[644] "Útero artificial o *Biobag*" (2017). Dicha técnica puede ser de tipo parcial, cuando los sujetos se desarrollan en el útero artificial antes de ser transferidos, o de manera completa, donde su desarrollo es totalmente en la *Biobag*. E. Partridge, M. Davey, M. Hornick et al., "An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb," *Nature Communications* 8, n. º 1 (2017): 2–14, citado en *Revista Médico Científica* 34, n. º 2 (2021): pp. 5–7.

[645] Helen Sedgwick, "Artificial wombs could soon be a reality. What will this mean for women?", *The Guardian*, 4 de septiembre de 2017, disponible en https://www.theguardian.com, consultado el 2 enero de 2019.

En estas circunstancias, el principio romano *mater semper certa est* perdería totalmente su sentido original, al desvincularse el nacimiento del cuerpo femenino[646]. Los últimos estudios realizados[647] son el primer paso hacia la eventual creación de estos fenómenos capaces de sobrellevar un proceso completo de gestación sin la necesidad de una persona humana[648]

En definitiva, este principio, nacido en un contexto jurídico y social radicalmente distinto del actual, ha ejercido una influencia duradera en la construcción de las reglas de filiación del derecho occidental. Sin embargo, la convergencia de los avances científicos y las transformaciones sociales contemporáneas obliga a reconsiderar su alcance, su vigencia y su capacidad para dar respuesta a la diversidad de la familia en el siglo XXI.

[646] Albert, "Deconstrucción jurídica de la maternidad ", pp. 392–412.
[647] "Una placenta artificial para aumentar la supervivencia de los prematuros extremos," Hospital Sant Joan de Déu Barcelona, 3 de diciembre de 2020, disponible en https://www.sjdhospitalbarcelona.org, consultado el 23 de diciembre de 2020.
[648] Casas León, *Las máximas,* p. 24

PARTE II

CAPÍTULO 4. CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

4.1. Precisiones terminológicas y conceptualización

La gestación por sustitución plantea, desde el inicio, un problema de denominación con implicaciones legales. La falta de consenso sobre cuál es el nombre más adecuado, muestra la pluralidad de criterios y la evolución que atraviesa. En el lenguaje común, en la doctrina y en los medios de comunicación se emplean de forma indistinta expresiones como *"*vientres de alquiler*"*, *"*maternidad subrogada*"*, *"*gestación subrogada*"*, *"*madre de alquiler" o *"*madre sustituta*"*, cada una de ellas cargada de connotaciones semánticas que, desde un plano regulador, no son neutras.

Una primera objeción dogmática afecta al uso de expresiones que incorporan de manera simplista la palabra maternidad, lo cual, es cuestionable en términos conceptuales. Como se ha expuesto en capítulos anteriores, la maternidad va más allá de la mera gestación biológica, ya que produce ciertos efectos legales, filiativos, afectivos y sociales, que no se agotan en el hecho fisiológico del embarazo, ni del parto. El empleo del término "maternidad subrogada", por ejemplo, puede resultar equivoca, ya que identifica de forma automática a la mujer gestante con la madre en sentido jurídico pleno, ignorando que una de las características de esta práctica es, precisamente, la disociación entre gestación y filiación.

A esta problemática se añade el uso del adjetivo "subrogada", que, aunque parezca neutral hay dudas interpretativas. En el lenguaje jurídico, la subrogación implica un que una persona pasa a ocupar la posición jurídica de otra. Llevada al terreno reproductivo, esta idea puede hacer pensar, que la mujer gestante sustituye a la madre. Sin embargo, esa forma de expresarlo no siempre describe con exactitud lo que sucede. La gestante no ocupa necesariamente el lugar de una madre ya determinada, sino que asume la función biológica de llevar a término el embarazo, mientras que la atribución de la filiación de los progenitores comitentes se establece por una vía jurídica propia, que según el ordenamiento puede producirse antes del nacimiento, en el momento del parto o después a este. Por tanto, el problema no es solo terminológico, sino

de fondo: la palabra elegida influye en la manera de entender la estructura biológica y jurídica del proceso.

Se vuelve aún más complicado, si se tiene en cuenta que la expresión "maternidad subrogada" ha estado históricamente relacionada a supuestos en los que la mujer que gestaba coincidía con la que aportaba el material genético, que hoy se denomina gestación tradicional. Aqui, la utilización del término "maternidad" podía parecer más intuitiva, pues la gestante tenía el nexo genético. Sin embargo, en la modalidad hoy más frecuente, la llamada gestación gestacional, la mujer que lleva a término el embarazo no aporta sus óvulos y, por tanto, no tiene vínculo genético con el nacido. Ello genera un desajuste entre el vocabulario tradicional y la realidad biotecnológica actual. El uso indiscriminado de la expresión "maternidad subrogada" proyecta sobre todos los supuestos un esquema conceptual que solo encaja plenamente en una categoría ya no predominante.

Esta ambigüedad terminológica se conecta con otra cuestión de interés: la determinación de quién debe ser considerada "madre" en la gestación por sustitución. En efecto, que la expresión "maternidad subrogada" sea adecuada o impropia depende del criterio que se adopte para definir la maternidad. Si se parte del criterio gestacional tradicional, conforme al principio romano *mater semper certa est,* la madre sería la mujer que da a luz. Desde ese punto de vista, la gestante sería efectivamente la madre originaria en sentido jurídico, y la posterior atribución de la filiación a los progenitores comitentes implicaría la sustitución de esa maternidad inicial. Bajo este enfoque, la locución "maternidad subrogada" podría considerarse técnicamente defendible, pues parte de la existencia de una maternidad previa que es desplazada por una construcción jurídica posterior.

Ahora bien, esa coherencia desaparece si se adopta un criterio genético. Si la maternidad se vincula a la aportación del material genético femenino, en los supuestos de gestación gestacional la mujer que lleva el embarazo no podría ser considerada madre en sentido propio, ya que no existe entre ella y el nacido una relación genética. Desde esta perspectiva, no habría una maternidad originaria que pudiera ser sustituida, sino simplemente una gestacion asumida por una tercera persona. En tal caso, hablar de "maternidad subrogada" no solo sería impreciso, sino también engañoso, porque presupone una maternidad previa que no se reconoce en el propio esquema biológico del proceso.

Por ello, resulta más exacto afirmar que lo que se sustituye no es necesariamente la maternidad, sino la gestación. La tercera mujer no reemplaza siempre a una madre, sino que asume el proceso biológico del embarazo en lugar de quien, por razones médicas, biológicas o estructurales, no puede hacerlo. En este sentido, la expresión "gestación por sustitución" presenta una ventaja clara: identifica con precisión el elemento que realmente sustituye, es decir, la gestacion, sin prejuzgar desde el propio lenguaje la cuestión de la maternidad, cuya titularidad dependerá del criterio jurídico o biológico que se adopte en cada ordenamiento. Se trata, por tanto, de una fórmula más neutra y descriptiva y, al mismo tiempo, más adecuada para reflejar la complejidad jurídica de la institución.

Esta conclusión se vuelve aún más clara en los supuestos en los que los progenitores comitentes son una pareja de hombres. En tales casos no existe, dentro del proyecto parental, una figura materna que pueda ser sustituida. Puede haber una mujer que aporte el material genético y otra que geste, o incluso una sola mujer que desempeñe ambas funciones, pero ninguna de ellas coincide necesariamente con la posición jurídica de madre dentro del proyecto familiar diseñado por los comitentes. En este escenario, la expresión "maternidad subrogada" resulta aún más inadecuada, porque introduce la idea de una madre sustituida, que no se corresponde con la estructura del supuesto. En cambio, la fórmula "gestación por sustitución" conserva toda su utilidad descriptiva, ya que se limita a nombrar la realidad objetiva del proceso: la asunción del embarazo por una tercera mujer.

En definitiva, la discusión terminológica no es un debate menor. La elección entre "maternidad subrogada" y "gestación por sustitución" implica tomar posición sobre qué debe entenderse por maternidad, sobre el valor del vínculo genético, sobre el alcance del principio *mater semper certa est* y sobre la relación entre biología, gestación y filiación. Precisamente por ello, la expresión "gestación por sustitución" resulta preferible: no porque elimine todas las controversias, sino porque evita incorporar al propio término una respuesta anticipada a cuestiones que siguen siendo objeto de disputa jurídica y doctrinal.

Parte de la doctrina[649] considera que la palabra "sustitución" resulta adecuada, en la medida en que enfatiza que la gestación se realiza "para otro", destacando la función instrumental de la

[649] Ricardo de Lorenzo, "Gestación por sustitución vs. interés superior del menor", *Redacción Médica*, 21 de mayo de 2017, disponible en: https://www.redaccionmedica.com/opinion/gestacion-por-sustitucion-vs-interes-superior-del-menor--3251, consultado el 23 de enero de 2023.

mujer gestante dentro del proceso reproductivo. Lamm[650] reitera que esta expresión proyecta de forma más fiel la naturaleza del proceso y evita equívocos asociados a la categoría de maternidad. En términos similares, Igareda González[651] ha señalado que los avances biomédicos ponen en cuestión la rigidez del principio *mater sempre certa est*, al separar elementos tradicionalmente unidos, como gestación, genética y filiación.

Esta idea, además, contrasta con la institución de la adopción. A diferencia de lo que ocurre en la gestación por sustitución, en la adopción sí existe una maternidad previa plenamente constituida que es sustituida jurídicamente mediante la creación de un nuevo vínculo de filiación. En este sentido, la noción de "sustitución" proyectada sobre la maternidad resulta más coherente que en el de la gestación por sustitución.

En el ámbito académico, el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona**,** reconoce que no hay un consenso sobre la formulación más apropiada. No obstante, el ordenamiento español ha optado por la fórmula *"*gestación por sustitución*"*, tanto en el plano normativo como en el doctrinal, siendo la utilizada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Esta elección no es casual, sino que responde a la voluntad de delimitar con mayor precisión el hecho objeto de regulación, evitando ambigüedades que podrían derivarse de otras denominaciones.

En consecuencia, optar por la expresión "gestación por sustitución*"* no es solo una cuestión de forma, sino a la necesidad de usar un término más preciso, y útil para delimitar el objeto de estudio, sin introducir juicios de valor implícitos sobre la maternidad. Aun así, la persistencia de múltiples denominaciones muestra el desacuerdo en torno a la legitimidad, los límites y el encaje jurídico de esta práctica en los sistemas modernos.

4.2. Tipos de Gestación por sustitución

Se ha comprobado que la gestación por sustitución no es un fenómeno reciente; las dificultades para concebir han existido desde épocas antiguas y esta práctica ha sido una vía para garantizar la descendencia. No obstante, las técnicas de reproducción asistida que hoy la hacen posible sí

---

[650] Eleonora Lamm, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2012): p. 4.
[651] Noelia Igareda González, "La inmutabilidad del principio '*mater semper certa est'* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España"*, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política,* n.º 21 (enero 2015): p. 5.

que representan una novedad médica y tecnológica al permitir, por primera vez, la separación efectiva entre la gestación, el vínculo genético y la determinación de la filiación.

En el marco jurídico y clínico actual, esta práctica adopta diversas modalidades que pueden clasificarse en cuatro criterios: el origen del material genético, la técnica biomédica empleada, la identidad y composición de las personas comitentes y la naturaleza económica del acuerdo[652].

En relación con este último elemento, conviene señalar que la gestación por sustitución puede ser solicitada por perfiles familiares muy diferentes. Las personas comitentes pueden ser parejas heterosexuales, parejas del mismo sexo, personas solas (familias monoparentales) e incluso agrupaciones de más de dos personas bajo modelos crianza compartida. Esta pluralidad no solo desafía la familia nuclear tradicional, sino que plantea interrogantes en materia de responsabilidad parental y atribución de la maternidad[653], obligando al Derecho a dar respuesta a situaciones que van más allá de los patrones biológicos heredados.

4.2.1. Gestación por sustitución tradicional, genética o parcial

La gestación por sustitución tradicional, también denominada genética o parcial es aquella modalidad en la que la mujer gestante aporta también su propio material genético, de modo que asume a la vez, la condición de donante del óvulo y de portadora del embarazo. En estos casos, la concepción del niño suele realizarse mediante técnicas de inseminación artificial y, de forma excepcional, por medios naturales. A diferencia de la modalidad gestacional, aquí no existe separación entre la genética y la gestación, ya que ambas confluyen en una misma persona.

Precisamente por esa coincidencia, esta modalidad ha sido progresivamente desplazada por otras fórmulas, al considerarse que plantea mayores dificultades jurídicas y bioéticas[654]. Al existir un vínculo genético directo entre la mujer gestante y el nacido, la atribución de la

---

[652] Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde), *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?* (Vitoria-Gasteiz: Emakunde, abril de 2018), pp. 8-12, disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf., consultado el 10 de abril de 2024.

[653] Asociación Son Nuestros Hijos, *¿Qué es la subrogación gestacional?*, disponible en: https://www.sonnuestroshijos.com/., consultado el 10 de septiembre de 2023.

[654] *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal. App. 4th 1218 (California Court of Appeal 1994), disponible en: https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/25/1218.html, consultado el 4 de abril de 2026.

filiación se vuelve mucho más conflictiva, especialmente en aquellos ordenamientos en los que la maternidad se determina a partir del parto. En tales supuestos, la gestante ocupa una posición complicada, al ser madre genética y gestacional, lo que refuerza su posición jurídica inicial y añade obstáculos a la renuncia previa de la filiación o a la patria potestad.

Esta circunstancia explica que la gestación tradicional haya sido vista con especial cautela por numerosos legisladores. En comparación con la modalidad gestacional, la posibilidad de que la gestante reclame posteriormente la maternidad tiene mayor riesgo. De ahí que muchos ordenamientos que admiten la gestación por sustitución hayan preferido excluir esta variante y limitar la práctica a aquellos casos en los que la mujer gestante no aporta material genético.

Pese a ello, esta modalidad no ha desaparecido por completo. Aunque hoy ya no es la forma más habitual en la práctica clínica, sigue apareciendo en determinados supuestos, como en el caso de hombres solos, parejas masculinas o mujeres que no pueden producir óvulos viables. Además, suele darse, por lo general en casos, donde la gestante pertenece al entorno familiar o cercano de las personas comitentes, y suelen ser acuerdos de carácter altruista. Esa cercanía puede reducir la conflictividad práctica y emocional del proceso, al ocurrir en un marco de confianza previa, pero no elimina la ambigüedad legal.

Desde el punto de vista económico, la gestación tradicional resulta también menos costosa que la gestacional, ya que normalmente no exige recurrir a técnicas de fecundación in vitro ni a procedimientos de transferencia embrionaria. Esta menor complejidad técnica ha contribuido a que se siga considerando una opción viable. Sin embargo, esa aparente simplicidad biológica trae consigo más problemas jurídicos, precisamente porque en una misma mujer coinciden dos elementos que hoy muchos ordenamientos prefieren separar: la aportación genética y la gestación.

Por ello, la principal objeción a esta modalidad no se encuentra solo en su forma técnica, sino en las consecuencias personales y jurídicas que puede generar. El hecho de que la gestante tenga también un vínculo genético con el nacido ha llevado a varios legisladores a prohibirla expresamente, incluso en países que admiten otras formas de gestación por sustitución. La razón de fondo es que ese vínculo biológico más intenso puede dar lugar a conflictos posteriores, ya sea porque la gestante desarrolle un vínculo personal más fuerte con el niño, ya sea porque pueda reclamar la maternidad después del parto.

En definitiva, la gestación por sustitución tradicional es la modalidad en la que más claramente coinciden la dimensión genética y la gestacional y, en cierta medida, también la afectiva. Esa acumulación explica tanto su retroceso en la práctica clínica como el rechazo que provoca en muchos de los ordenamientos que regulan esta materia. Aunque no ha desaparecido por completo y sigue apareciendo en algunos supuestos concretos, su tratamiento jurídico continúa siendo especialmente problemático, lo que ha favorecido la preferencia por la modalidad gestacional en los sistemas que admiten esta práctica.

4.2.2. Gestación por sustitución gestacional, completa o total

La gestación por sustitución gestacional, también denominada completa o total, es la modalidad más extendida en la actualidad. Su rasgo definitorio es la ausencia de vinculo genético entre la mujer gestante y el niño, al no aporta sus óvulos, ya que el embrión se crea mediante fecundación in vitro a partir de gametos procedentes de los progenitores comitentes, de donantes anónimos o de una combinación de ambos[655].

De este modo, la gestante actúa solo como portadora del embarazo, lo que supone una separación biológica entre la maternidad genética y la gestacional. Precisamente por ello ha sido la fórmula preferida en muchos de los ordenamientos que admiten la gestación por sustitución, ya que se entiende que la ausencia de vínculo genético entre la gestante y el nacido disminuye el riesgo de reclamaciones posteriores de maternidad y facilita la atribución de la filiación a los progenitores comitentes.

Ahora bien, ello no significa que esta modalidad elimine por completo los problemas jurídicos. La separación entre genética, gestación y filiación hace más visible lo complejo que es esta práctica, porque la parentalidad puede construirse a partir de planos distintos que no siempre coinciden entre sí. El material genético puede proceder de diversas combinaciones: de ambos comitentes, de uno de ellos y un donante, o incluso de dos donantes ajenos al proyecto parental. En consecuencia, el nacido puede presentar múltiples configuraciones de filiación genética, que no tienen por qué no siempre coinciden con la parentalidad social ejercida.

Esta fragmentación de funciones obliga a distinguir entre la madre o el padre genético, la mujer que gesta y la persona o personas que asumirán la posición jurídica de progenitores. En los

---

655 Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28.

supuestos más sencillos, una parte de estas puede coincidir; sin embargo, en otros casos, cada una de ellas recae en sujetos distintos. Así, la gestación por sustitución gestacional no simplifica tanto la cuestión de la filiación como la desplaza hacia otros criterios de atribución, obligando a determinar qué elemento debe recibir preferencia: la genética, la voluntad procreacional, el parto o la decisión del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva clínica y psicológica, además, los estudios comparativos realizados entre mujeres que han participado como gestantes genéticas y gestantes gestacionales muestran que no existen diferencias significativas en sus experiencias o en la valoración subjetiva del proceso[656]. Este dato es interesante porque indica que la existencia o ausencia de vínculo genético no determina por sí sola la vivencia personal de la gestación, ni permite extraer de forma automática conclusiones jurídicas sobre la intensidad del vínculo establecido durante el embarazo. En otras palabras, aunque la modalidad gestacional se haya considerado durante mucho tiempo menos problemática por la ausencia de conexión genética, la realidad demuestra que la complejidad del proceso no desaparece y que sus implicaciones no pueden resolverse únicamente a partir de un criterio biológico.

4.2.3. Gestación por sustitución altruista o remunerada

Otra distinción es la existencia o no de una compensación económica a favor de la mujer gestante. En la gestación por sustitución altruista, la gestante no percibe una contraprestación por el servicio prestado, salvo el reembolso de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, en la modalidad remunerada o comercial, la gestante percibe una contraprestación económica por su participación en el proceso[657] reconociendo el carácter oneroso de su intervención. Esta distinción es la que mayor controversia bioética genera, especialmente en lo relativo a la posible mercantilización del cuerpo femenino y la validez del consentimiento en contextos de desigualdad económica. La cuestión se vuelve especialmente delicada cuando la compensación económica se ofrece en contextos de vulnerabilidad, pues en tales casos se pone en duda que el consentimiento de la mujer gestante pueda considerarse plenamente libre.

---

[656] Olga Van den Akker, "Surrogate Motherhood: Demystifying the Controversies", *British Journal of Midwifery* 6, n. º 12 (1998), p:768 y "Genetic and Gestational Surrogate Mothers' Experience of Surrogacy", *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 21, n. º 2 (2003): pp. 145-161.

[657] Ruth Walker y Liezl van Zyl, "Three Models of Surrogacy" en *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood* (2017): pp. 127 y ss.

Por esta razón, muchos ordenamientos que han optado por admitir la gestación por sustitución solo lo hacen en su modalidad altruista, limitando o prohibiendo cualquier ganancia económica y permitiendo solo la compensación de gastos estrictamente vinculados al embarazo. Con ello se pretende evitar que el proceso se convierta en una relación contractual y patrimonial. Sin embargo, esta solución tampoco elimina todas las dificultades. En la práctica, la frontera entre compensación de gastos y retribución encubierta no siempre resulta fácil de trazar, y ello ha dado lugar a problemas de control, supervisión y prueba.

En cambio, en aquellos países que admiten la modalidad remunerada, la intervención de la gestante es un servicio que puede ser objeto de contraprestación económica. Este modelo suele ir acompañado de una mayor presencia de clínicas, agencias intermediarias y contratos detallados, lo que lo dota de una profesionalidad, pero también lo acerca más a una lógica de mercado. Precisamente por ello, esta modalidad ha sido la más cuestionada por la doctrina y por diversas instancias internacionales, al entender que puede convertir un tema tan sensible como la gestación y el nacimiento de un niño, en objeto de intercambio económico.

Cuando, además, esta práctica se desarrolla fuera del país de residencia de las personas comitentes, aparece la dimensión internacional de la gestación por sustitución, vinculada al fenómeno del denominado “turismo reproductivo”. En estos supuestos, las diferencias entre legislaciones nacionales, unidas a la búsqueda de costes más bajos o de marcos regulatorios más permisivos, favorecen el desplazamiento de los comitentes hacia otros Estados. Esta dimensión transnacional, que será objeto de análisis más detenido en capítulos posteriores, añade nuevos problemas jurídicos, en particular en relación con el reconocimiento de la filiación en el país de origen, la inscripción registral del menor, la adquisición de la nacionalidad y el riesgo de que el nacido quede en una situación de indefensión o incluso de apatridia.

En definitiva, la distinción entre gestación por sustitución altruista y remunerada pone de manifiesto que no estamos ante una práctica uniforme, sino ante realidades muy distintas entre sí, cuya valoración jurídica no puede hacerse de manera indiferenciada. La combinación de factores económicos, personales, técnicos y transnacionales da lugar a supuestos heterogéneos, con niveles diferentes de conflicto y riesgo. Por ello, cualquier análisis de la gestación por sustitución debe empezar por esta diversidad interna y tener en cuenta atender las particularidades de cada modalidad, porque no es un fenómeno unitario y homogéneo.

4.3. Las partes y sus derechos

En la gestación por sustitución intervienen, como mínimo, tres partes: la mujer gestante o portadora, las personas/progenitores comitentes, y el recién nacido. La primera es la mujer que, en virtud de un acuerdo previo, asume el compromiso de gestar un embarazo con la finalidad de entregar al nacido a las personas comitentes una vez finalizada la gestación, renunciando a cualquier pretensión de filiación. Su papel se define por su participación directa en el proceso gestacional, con independencia de que aporte o no material genético[658].

Los comitentes son quienes impulsan el proceso reproductivo y que, conforme al acuerdo alcanzado, asumen la voluntad de ejercer la parentalidad respecto del nacido. El término "comitente" procede del ámbito del Derecho mercantil y se utiliza para designar a quien encarga a un tercero la realización de una determinada actividad[659]. Aunque su origen se vincula a relaciones de carácter económico o profesional, su uso se ha extendido al terreno de la reproducción asistida para identificar a quienes organizan y dirigen la gestación por sustitución, sin que ello presuponga la existencia de una relación comercial. Se ha comprobado que existen modelos en los que la intervención de la gestante se realiza a cambio de una compensación económica y otros en cambio tienen carácter altruista. En ambos supuestos, la noción de comitente cumple una función descriptiva, al identificar a la parte que encarga y promueve el proceso reproductivo, con independencia si es o no remunerado. Los comitentes suelen ser personas que, por razones médicas, sociales, personales o culturales, no pueden o no desean gestar. A través del acuerdo alcanzado con la mujer gestante, buscan hacer posible la concepción y el nacimiento de un hijo respecto del cual pretenden asumir la responsabilidad parental. Esta diversidad de situaciones da lugar al análisis del consentimiento, la filiación y la protección del menor.

Por último, el niño constituye el tercer sujeto implicado en esta práctica y el principal destinatario de protección jurídica. A diferencia de la mujer gestante y de las personas comitentes, su posición se caracteriza por una especial situación de vulnerabilidad, al no intervenir en el proceso ni en el acuerdo que da origen a su nacimiento. Su estatuto jurídico se

---

[658] Raquel Bolton, «Maternidad subrogada. Análisis desde la bioética», en *Enciclopedia de Bioética*, Dir. José Juan García, disponible en: https://enciclopediadebioetica.com/, consultado el 6 de agosto de 2025.

[659] Art. 244 y ss. del Código de Comercio. No debe olvidarse además que el latín *comittere,* que significa "encomendar", "unir", "comenzar" o "cometer". Derivado de *cum* (con) *y mittere* (enviar), implica reunir o poner juntos elementos.

articula fundamentalmente en torno a la determinación de la filiación, la adquisición de la nacionalidad y la garantía de sus derechos fundamentales, siendo el interés superior del menor el criterio rector en la resolución de los conflictos que puedan surgir.

4.3.1. La mujer gestante: consentimiento y autonomía procreadora

El reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer se apoya en un conjunto de instrumentos internacionales común y proteccionista. Entre ellos destaca la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en vigor desde 1981, que establece obligaciones para los Estados en materia de salud, igualdad y relaciones familiares[660]. En particular, su artículo 12 impone a los Estados la adopción de medidas dirigidas a eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la atención sanitaria, garantizando el acceso en condiciones de igualdad a los servicios relacionados con la planificación familiar. Por su parte, el artículo 16 exige abolir cualquier discriminación de la mujer en el matrimonio y las relaciones familiares y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, así como reconoce el derecho de la mujer a decidir de forma libre y responsable el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, y poder acceder a la información y a los medios necesarios para ejercer dicha facultad.

Este reconocimiento se ve ampliado por los acuerdos adoptados en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994. En su Programa de Acción se define la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social vinculado al sistema reproductivo y se subraya la libertad de las personas para decidir si desean procrear, cuándo y con qué frecuencia. Asimismo, afirma que los derechos reproductivos forman parte de los derechos humanos ya reconocidos, y comprenden la posibilidad de adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacción o violencia[661].

Bajo este prisma internacional, la reproducción se entiende como una esfera de libertad personal protegida por los derechos humanos. En este punto cabe indicar que la autonomía de la mujer no debe limitarse únicamente a la decisión de ser o no madre biológica en sentido

---

[660] Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), arts. 12 y 16, aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.
[661] Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, *Programa de Acción*, El Cairo, 1994, cap. VII, arts. 7.2 y 7.3.

legal, sino que, como parte de sus derechos reproductivos, deberían incluir la facultad de decidir si desea gestar para otros. Impedir a priori esta posibilidad basándose en un proteccionismo genérico podría entrar en conflicto con la libertad de decidir sobre el propio cuerpo y los procesos biológicos que en él tienen lugar, siempre que dicha decisión esté exenta de coacción.

De todo ello se desprende que la gestación debe concebirse como una opción voluntaria, incompatible con cualquier forma de imposición o intimidación. Es aquí donde el principio de autonomía, tal como se formula en el plano internacional, enlaza con el ordenamiento civil español; la validez de esta decisión requiere de una voluntad libre, lo que remite a la teoría general del consentimiento. Así, aunque el artículo 1265 del Código Civil se refiera al ámbito contractual, su espíritu es aplicable como garantía de libertad: la nulidad de cualquier consentimiento prestado bajo error, violencia, intimidación o dolo es el mecanismo legal que protege que una decisión de tal calado biológico y personal sea auténticamente libre. Esta idea es esencial para comprender los problemas que plantea el consentimiento en la mujer gestante en esta práctica.

Por este motivo el consentimiento adquiere una importancia central. La decisión de asumir un embarazo en favor de terceros exige una voluntad libre y consciente, previa a la formalización de cualquier acuerdo y basada en un conocimiento suficiente de las implicaciones médicas, personales y legales del proceso. En este sentido, si se reconoce el derecho de las personas a decidir libremente sobre su reproducción, cabe plantear si dicha libertad puede extenderse también a la decisión de participar en un proceso de gestación por sustitución. Desde esta perspectiva, la elección de una mujer de gestar para otros podría considerarse, al menos en principio, una expresión de la autonomía de la voluntad reproductiva, siempre que sea libre e informada.

No obstante, la doctrina, ha cuestionado el grado de la libertad del consentimiento de la gestante en determinadas situaciones al encontrarse influida por factores como la pobreza, la falta de oportunidades o determinadas circunstancias personales[662]. A este respecto, el desequilibrio entre los implicados: progenitores comitentes, intermediarios y mujer gestante, podría generar

[662] Parlamento Europeo, *Report on Human Rights and Democracy in the World and the European Union's Policy on the Matter 2015/2016*, Documento A8-0000/2016 (Bruselas: Parlamento Europeo, 2016).

formas de presión indirecta que afecten a la autonomía real de la gestante en entornos socioeconómicos desfavorables[663].

Este argumento se apoya en el hecho de que, en muchos casos, los padres comitentes y las agencias intermediarias cuentan con mayores recursos económicos y legales, lo que se traduce en una posición de desigualdad a la hora de negociar y comprender el alcance del acuerdo. Esta preocupación destaca en países con menor renta per cápita, donde la necesidad económica puede influir en la decisión de la mujer de participar en estos procesos. Estas circunstancias han llevado al cambio de la ley de algunos países, como India o Tailandia, que han restringido el acceso a la gestación por sustitución por parte de extranjeros, con el objetivo de evitar situaciones de explotación y reducir el impacto del turismo reproductivo. Ello pone de manifiesto que el debate sobre la libertad del consentimiento no puede desvincularse de las condiciones estructurales en las que se desarrolla la práctica.

Ahora bien, la evidencia muestra que no todas las mujeres gestantes actúan en situaciones de extrema necesidad. Diversos estudios realizados en medios occidentales cuestionan la imagen de la gestante como una mujer joven, pobre y sin recursos, ya que en muchos casos se tratan de mujeres educadas con estabilidad económica, familiar y capacidad de decisión que participan por motivos diversos[664].

Como dato ilustrativo hay que destacar el testimonio de una gestante ucraniana recogido en una entrevista periodística. En ella explica haber tomado la decisión de gestar para otros de forma consciente, sin encontrarse en una situación de vulnerabilidad, y con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida. La entrevistada niega haber sentido presiones externas y afirma no haber experimentado deseo alguno de quedarse con el recién nacido tras el parto.

Este tipo de testimonio es una muestra de la equivocada concepción de la gestante y la necesidad de evitar afirmaciones categóricas sobre la falta de libertad del consentimiento en

---

663 Janice G. Raymond, *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom* (San Francisco: HarperCollins, 1993), pp. 138-144.

664 Busby, Karen, and Delaney Vun, "Revisiting *The Handmaid's Tale*: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers", *Canadian Journal of Family Law* 26 (2010): pp. 52–59; Janice C. Ciccarelli y Linda J. Beckman, "Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy" *Journal of Social Issues* 61 (2005): pp. 29–35; Olga Van den Akker, "Psychological Aspects of Surrogate Motherhood." *Human Reproduction Update* 13 n.º. 1 (2007): pp. 55–56.

todos los casos, evitando caer en un paternalismo jurídico que anule la capacidad de decisión de la mujer[665].

En este punto, hay que establecer una conexión necesaria con la tradición histórica analizada en capítulos previos. A diferencia de la época romana, donde la posición de la mujer (especialmente si era esclava o de estratos sociales bajos) estaba supeditada a la *potestas* masculina o a la necesidad de subsistencia de las *mercenariae*, el Derecho contemporáneo debe garantizar que la gestación no sea una forma de servidumbre, sino un ejercicio de libertad. La clave reside en garantizar mecanismos que refuercen la libertad real de la decisión, como el acceso a asesoramiento legal independiente, atención médica propia y una información completa y comprensible antes de asumir cualquier compromiso, en cualquier tipo de acuerdo de esta índole. Por ello, el análisis del consentimiento de la gestante exige una valoración caso por caso. No resulta adecuado afirmar que toda gestación por sustitución implica necesariamente coacción o manipulación, del mismo modo que tampoco puede ignorarse la existencia de situaciones en los que la autonomía de la mujer pueda encontrarse condicionada.

Por ello, la valoración del consentimiento no puede hacerse de forma abstracta, sino que debe atender al contexto concreto en el que se presta. Esa es, en realidad, la clave de todo el debate sobre su voluntariedad. En sistemas desarrollados, donde esta técnica se encuentra regulada y existen garantías jurídicas suficientes, suelen plantearse menos dudas sobre la aceptación libre de la mujer gestante. En cambio, en ordenamientos con escasa protección legal, economías más precarias, regulaciones laxas o inexistentes, falta de oportunidades y derechos insuficientemente garantizados, el consentimiento puede verse condicionado por factores ajenos a una decisión verdaderamente libre, entre ellos, la compensación económica.

Desde esta perspectiva, el análisis de los motivos que llevan a una mujer a actuar como gestante resulta inseparable de la cuestión del consentimiento, pues solo a partir de esos motivos puede valorarse en qué medida la decisión responde a una voluntad libre o, por el contrario, aparece influida por factores externos. En este punto conviene recordar que la donación de material biológico y la colaboración en tratamientos médicos constituyen prácticas habituales en el ámbito sanitario, especialmente en el tratamiento de la infertilidad. La donación de semen y de

---

[665] Ana María Ortiz, "Una gestante ucraniana: 'No pensé en quedarme el bebé; quería el dinero para pagar un piso'", *El Mundo*, 6 de septiembre de 2018, disponible en https://www.elmundo.es/, consultado el 14 de enero 2023.

óvulos se ha generalizado y diversos estudios han señalado que, aunque la compensación económica puede influir sobre todo en donantes más jóvenes, la motivación principal suele ser el deseo de ayudar a personas con dificultades reproductivas[666]. La gestación por sustitución implica una entrega física y personal mucho mayor, ya que supone llevar un embarazo completo, con los riesgos, controles médicos y cambios vitales que ello conlleva. La mayoría de las mujeres que actúan como gestantes han sido madres con anterioridad, lo que explica que conocen bien las exigencias físicas y emocionales del embarazo y valoren de forma realista sus aspectos positivos y negativos.

Las investigaciones sobre el tema indican que, al igual que ocurre con otras formas de donación biomédica, el altruismo aparece como un motivo predominante entre mujeres que gestan para terceros[667]. Muchas describen esta experiencia como una forma de ayudar y también como una fuente de satisfacción personal. El componente económico suele entenderse más como una compensación por las molestias, riesgos y gastos derivados del proceso que como el incentivo principal, y muchas gestantes consideran que el dinero no debería ser la razón determinante. No obstante, algunos autores advierten que, en circunstancias de dificultad económica, la compensación puede actuar como un factor de presión, lo que alimenta las críticas sobre la posible mercantilización de la maternidad[668].

Un ejemplo de generosidad se comprueba en el testimonio de "Tania" recogido por la prensa nacional donde reconoce haber gestado al hijo de un amigo cercano en cumplimiento de una promesa de juventud[669]. Este caso es ilustrativo en un doble sentido: por un lado, muestra la generosidad como motivo personal de la gestante y por otro, la forma de gestación altruista basada en la cercanía entre las partes, Al mismo tiempo, pone de relieve que incluso los

---

[666] S. Ribeiro y M. Moura Ramos, "Examining Information, Willingness to Donate and Beliefs Regarding Gamete Donation among People of Reproductive Age", *Human Reproduction* 39, suppl. 1 (2024); Ido Alon, Mathilde Cassou, Orit. Cherny Golan et Vardit Ravistsky, "Mapping Ethical, Legal, and Social Implications (ELSI) of Gamete Donation", *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 41 (2024): pp. 2860-2864.

[667]Ciccarelli y Beckman, "Navigating Rough Waters...", pp: 29-32; Sarah Imrie y Vasanti Jadva, "The LongTerm-Term Experiences of Surrogate Mothers", *Reproductive BioMedicine Online* 41 (2020): p. 428; Zsuzsa Berend, *The Online World of Surrogacy*, New York: Berghahn Books, (2016): pp. 146 y ss.

[668] Amrita Pande, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India* (New York: Columbia University Press, 2014), pp. 11-19; "Moral Economies of Transnational Surrogacy", *Medical Anthropology* 40 (2021): pp. 123–137; Alon, Cassou, Golan et al., "Mapping Ethical", pp. 2860–2864.

[669] Ana Macpherson, "Testimonios de padres, hijos y gestantes," *La Vanguardia*, 2 de junio de 2017, disponible en: https://www.lavanguardia.com, consultado el 19 de abril de 2025.

supuestos inspirados en la ayuda mutua pueden quedar expuestos a una inseguridad jurídica cuando no existe una regulación que les dé cobertura.

En relación con las motivaciones de la mujer gestante, cabe preguntarse si, cuando su decisión nace de una voluntad altruista de ayuda y no de un mero interés económico, ello debería tener alguna incidencia en la posibilidad de reconsiderar el consentimiento tras el nacimiento. La cuestión enlaza de forma directa con la renuncia al recién nacido por parte de la gestante. A menudo se presupone que la separación generará un conflicto emocional[670]; sin embargo, los estudios muestran una realidad más compleja. Las gestantes pueden experimentar sentimientos ambivalentes: junto a la tristeza propia de la despedida, aparece también la satisfacción por haber contribuido al proyecto parental de las personas comitentes y por el bienestar del menor[671]. En esta línea, Gamble[672] recoge la experiencia de una gestante que describió el momento de la entrega del bebé como el más feliz y satisfactorio de su vida, al ver a los padres convertirse finalmente en una familia. Este ejemplo confirma la idea de que, cuando existe una preparación psicológica adecuada y una motivación clara, la separación no se vive como una pérdida traumática, sino como el cumplimiento exitoso de un compromiso de ayuda hacia terceros.

Desde este punto de, se ha defendido que la gestante podría disponer de un margen para rescindir el acuerdo y quedarse con el bebe, especialmente en casos que exista un vínculo genético, aunque este argumento también se ha extendido a supuestos de gestación gestacional. La justificación radica en que el consentimiento prestado antes del embarazo puede no reflejar plenamente la realidad emocional y personal derivada del proceso de gestación, lo que cuestiona su carácter definitivo. Algunos ordenamientos, como el portugués, han incorporado mecanismos que permiten cierta reversibilidad después del nacimiento del menor, poniendo en

---

[670] Imrie y Jadva, "The Long-Term Experiences" p. 428.
[671] S. Yee, S. Hemalal y C. L. Librach, "Not My Child to Give Away': A Qualitative Analysis of Gestational Surrogates Experiences", *Women and Birth* 33 (2020), pp. 256–265; K. Shaw, S. Imrie, P. Hall y V. Jadva, "It's All Settled on the Right Page': Surrogates Feelings and Reflections of Surrogacy Two Decades On," *Human Reproduction* 39, nº 12 (2024): pp. 2734-2742.
[672] "I have heard an experienced surrogate mother asked how she dealt with handover at birth: wasn't it a difficult, emotional process? 'No,' she explained, 'it's not difficult at all, it's the best bit – I see the parents, who are now my friends, turn into jelly in front of me because I have helped them go from being a childless couple to being a family". Natalie Gamble, "Should Surrogate Mothers Still Have an Absolute Right to Change Their Minds?", *BioNews*, 2 de octubre de 2012., disponible en: https://www.progress.org.uk/should-surrogate-mothers-still-have-an-absolute-right-to-change-their-minds/,consultado el 23 de mayo de 2024.

evidencia la discrepancia entre la seguridad jurídica del acuerdo y la protección de la autonomía real de la mujer gestante.

El tipo de relación que se establece entre la mujer gestante y el menor, así como con las personas comitentes varía en función del modelo regulatorio y del entorno social. En sistemas con menor grado de regulación o con una orientación más contractual, se tiende a limitar el contacto entre la gestante y el recién nacido tras el parto. Por el contrario, en otros entornos más regulados, hay una tendencia a permitir e incluso fomentar cierto grado de relación entre las partes, tanto durante el embarazo como, en ocasiones, con posterioridad al nacimiento, en reconocimiento del papel tan importante desempeñado por la gestante. Esta situación contrasta con la adopción tradicional, donde el contacto entre la familia biológica y la adoptiva ha sido históricamente inexistente o muy limitado, si bien en la actualidad también se observan modelos más abiertos.

No obstante, cuando surgen conflictos, estos pueden ser muy complejos tanto humana como jurídicamente, lo que justifica la necesidad de abordarlos con cautela y de prever soluciones adecuadas de protección para todas las partes implicadas[673].

4.3.2. Los progenitores comitentes

El recurso a la gestación por sustitución suele estar motivado por el deseo de formar una familia cuando la esterilidad o la imposibilidad biológica impide hacerlo por medios naturales. Diversos trabajos han señalado que la imposibilidad de tener hijos puede vivirse como una forma de exclusión social, lo que intensifica el anhelo de convertirse en padres. A ello se suma, el deseo de una continuidad genética, una opción que muchas personas valoran por encima de otras alternativas como la adopción, así como la voluntad de dar y recibir afecto, compartir la crianza y vivir el proyecto vital que supone tener hijos[674]. No todos los casos en que los progenitores recurren a la gestación por sustitución responden a una necesidad médica. Bauman

---

[673] Susan Golombok et al.,"Surrogacy Families: Parental Functioning, Parent–child Relationships and Children's Psychological Development at Age 7", *Developmental Psychology* 47, n.º 6 (2011); Elly Teman, "The social construction of surrogacy research: An anthropological critique", *Social Science & Medicine* 67, no. 7 (2008); Jenny Gunnarsson Payne et al., "Surrogacy relationships: a critical interpretative review," *Upsala Journal of Medical Sciences* 125, no. 2 (2020): pp. 183–191.

[674] Farzaneh Golboni et al., "Factors Affecting on Couple's Decisions to Use Surrogacy: A Qualitative Study", *Journal of Family & Reproductive Health* 13, n. º 4 (2019): pp. 201–208; Susan Golombok, *Modern Families: Parents and Children in New Family Forms* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015): pp. 220–224; Karin Hammarberg et al., "Intended parents' motivations and information and support needs when seeking extraterritorial compensated surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online* 31, n.º 5 (2015): pp. 690-692.

considera que en ocasiones la decisión de tener hijos puede responder también a motivaciones de carácter más individual, como la búsqueda de satisfacción personal, la necesidad afectiva o la consideración del hijo como un objeto de consumo emocional[675]. En algunos casos, las razones son de conveniencia personal, como el deseo de evitar los cambios físicos del embarazo[676], este tipo de razones también se observaron en la antigua Roma en los discursos de los autores clásicos que reprochaban a las damas de clase alta la utilización de otras mujeres para gestar y criar sus hijos.

Desde una óptica crítica, algunos informes de bioética han advertido del riesgo de extender la gestación por sustitución más allá de los supuestos médicos. Por ello, numerosos marcos regulatorios y códigos deontológicos sostienen que su uso debería limitarse a aquellos casos en los que el embarazo resulte imposible o clínicamente desaconsejable.

Esta práctica no solo afecta a la mujer gestante, sino también a los derechos e intereses de los progenitores comitentes. El punto de partida es el reconocimiento del derecho a fundar una familia[677] y el derecho a la libertad sexual y reproductiva. Este reconocimiento también se relaciona con el derecho a la salud reproductiva y la consideración de que la esterilidad y la infertilidad son patologías que pueden impedir el ejercicio del derecho a procrear tal y como ha señalado la OMS[678].

Desde la perspectiva de los progenitores comitentes, la gestación por sustitución se presenta como una alternativa vinculada al ejercicio de la libertad reproductiva, entendida como la capacidad de decidir de forma libre y responsable sobre la propia reproducción. Esta autonomía incluye la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida como medio para superar la infertilidad o la esterilidad, situando estas decisiones en la esfera más íntima de la persona y, por tanto, en un espacio en el que la intervención estatal debe ser especialmente cautelosa.

---

[675] Zygmunt Bauman, *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2005), pp. 64–68.
[676] Florence Kaslow y Lita Linzer Schwartz, "To Whom Does the Foetus or Baby Belong? Surrogate Motherhood and Family Psychology/Therapy," *The American Journal of Family Therapy* 18, n.º 4 (1990): pp. 385–392.
[677] Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III).
[678] F. Zegers-Hochschild, et al. en nombre de ICMART y la OMS, "The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009", *Human Reproduction* 24, n. º 11 (2009): pp. 2683–2687.

Ahora bien, cuando la reproducción implica la participación de una tercera persona, esta autonomía colisiona con otros intereses jurídicos. Una parte de la doctrina sostiene que el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto y que su ejercicio debe someterse a límites derivados de la protección de la dignidad humana y de otros valores fundamentales prohibiendo aquellas que se consideran contrarias a estos valores, En este sentido, los poderes públicos pueden establecer restricciones al uso de determinadas técnicas[679] cuando existan razones de interés general que lo justifiquen, siempre que dichas limitaciones no supongan una negación desproporcionada de la autonomía personal.

Por lo tanto, esta libertad reproductiva presenta una doble vertiente: una negativa que opera como un derecho de defensa frente a intrusiones externas en las decisiones personales relativas a la reproducción que se conecta, además, con la protección de la vida privada, en la medida en que las decisiones sobre la procreación forman parte de esta intimidad, y una positiva, vinculada al acceso a los medios necesarios para hacerla efectiva. Sin embargo, esta segunda vertiente no implica necesariamente la existencia de un derecho ilimitado a acceder a cualquier técnica reproductiva, ni a exigir su reconocimiento jurídico en todos los supuestos.

En el derecho comparado, Estados Unidos ha desarrollado una interpretación amplia de la autonomía reproductiva. La Constitución protege la capacidad individual para adoptar decisiones de planificación familiar sin interferencias estatales, salvo por motivos acreditados de interés prevalente[680]. La jurisprudencia norteamericana ha afirmado que, si el Estado no puede interferir en la decisión de tener o no descendencia, tampoco debería hacerlo respecto del método empleado para lograrla. Bajo esta lógica, los acuerdos de gestación por sustitución quedarían amparados por la protección constitucional de la autonomía reproductiva, incluso cuando incluyan compensaciones económicas.

Frente a esta posición, otros autores niegan que el derecho a la procreación comprenda el acceso a las técnicas de reproducción asistida[681]. Al considerar que la fecundación artificial altera el proceso natural de reproducción y esta libertad se encuentra limitada por la propia capacidad biológica de la persona. En consecuencia, se rechaza la participación de terceras personas en

[679] Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho genético: principios generales* 5.ª ed., (2010): pp. 191–192.
[680] *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).
[681] Claudia Morán De Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial* (Lima: ARA, 2005).

el proceso reproductivo, y se niega la existencia de un derecho al hijo ejercitable de forma subrogada.

En España el derecho a la procreación no se reconoce como una categoría autónoma en la Constitución, pero se sostiene de manera indirecta a través de otros derechos como el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) o el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE). Este último incluye la atención a la esterilidad y a determinadas enfermedades genéticas, tratadas mediante técnicas de reproducción asistida dentro del sistema sanitario. No obstante, el reconocimiento de esta libertad reproductiva no implica la admisión de todos los medios para ejercerla, ya que el ordenamiento establece límites a determinadas prácticas, entre ellas la gestación por sustitución[682].

Esta discordancia entre el deseo de descendencia y la norma jurídica ha mutado desde la Antigüedad romana. Mientras que en Roma la necesidad de garantizar la continuidad de la familia justificaba el recurso a ficciones jurídicas y la intervención de terceros sin mayores cuestionamientos éticos priorizando el interés del *paterfamilias*, en el Derecho moderno el debate se ha desplazado hacia la autonomía individual y los derechos humanos. Si para el romano la descendencia era un deber cívico y social, para el ciudadano contemporáneo es un ejercicio de libertad personal que, sin embargo, encuentra su límite en la no instrumentalización del cuerpo ajeno.

En consecuencia, los derechos reproductivos de los progenitores comitentes se articulan sobre el eje de la autonomía personal, que ampara el acceso a las técnicas de asistencia procreadora cuando la vía natural resulta inviable. Ahora bien, aunque en otras técnicas también puede intervenir una tercera persona, como en la donación de óvulos o de semen, la gestación por sustitución tiene una complejidad añadida, ya que esa intervención no se limita a la aportación de material biológico, sino que implica asumir el embarazo y el parto. Esa circunstancia justifica una mayor intervención del ordenamiento jurídico. el recurso a la gestación por sustitución, al involucrar la participación de una tercera persona, introduce una complejidad que legitima la intervención del ordenamiento jurídico. Los Estados, en ejercicio de su potestad

[682] Encarna Roca i Trías, «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en el *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (Trivium, Madrid, 1988), pp. 17 y ss.

regulatoria, pueden establecer límites proporcionales orientados a salvaguardar bienes jurídicos superiores, tales como la dignidad de la mujer y del nacido o la prevención de cualquier forma de instrumentalización biológica.

Bajo esta premisa, la libertad reproductiva de los comitentes no puede concebirse como un derecho absoluto o ilimitado, sino como una facultad cuya eficacia debe armonizarse con los valores fundamentales del sistema. Por lo tanto, el acceso a esta técnica se sitúa en un delicado equilibrio entre la libertad individual de fundar una familia y el deber del Estado de preservar la integridad ética del proceso reproductivo, sin que la regulación deba suponer, en ningún caso, una anulación arbitraria de la autonomía de la voluntad.".

4.3.3. El recién nacido

El menor nacido mediante gestación por sustitución ocupa una posición especialmente delicada a diferencia de la de los adultos implicados. El niño se encuentra en una situación de vulnerabilidad y dependencia, que exige que su interés sea primordial. Esta protección no se limita a los ordenamientos internos, sino que además se extiende a un conjunto de garantías internacionales, aplicables con independencia del contexto en el que haya tenido lugar su nacimiento. La doctrina concibe el interés superior del menor como una categoría general que engloba todas aquellas instituciones orientadas a asegurar su protección efectiva cualquiera que sea su situación personal o familiar[683].

A partir de aquí, la protección del menor no puede quedar condicionada por la licitud o ilicitud de la técnica en el Estado de origen de los progenitores, ni por las divergencias entre los distintos ordenamientos. Su estatuto jurídico es autónomo como titular de derechos propios, lo que ha llevado al Derecho internacional a establecer garantías mínimas que obligan a los Estados a asegurar, en todo caso, el respeto a su identidad, su nacionalidad y su vida familiar, evitando situaciones de desprotección como la apatridia o la ausencia de reconocimiento legal[684].

---

[683] Alegría Borrás Rodríguez, y Encarna Roca i Trías, *El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho privado* (Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1993).
[684] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: Art. 3.1: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas

Estas exigencias adquieren especial importancia en los supuestos transfronterizos, donde la falta de reconocimiento puede afectar de manera directa al estatuto personal del niño. La DUDH[685] proclama el derecho de toda persona a una nacionalidad y prohíbe su privación arbitraria, sin atender al modo en que fue concebido, o la técnica reproductiva empleada. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado de forma extensa, integrando la identidad del menor, como la filiación y la pertenencia familiar. El eje de este sistema de garantías es el principio del interés superior del menor, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño como criterio fundamental en todas las decisiones que le afecten[686]. Este planteamiento se reproduce también en el ordenamiento español, tanto en la Constitución[687] como en la Ley Orgánica 8/2015, que refuerzan la prevalencia del interés del menor y la obligación de garantizar su protección conforme a los compromisos internacionales asumidos por España[688].

---

o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Art. 7: "1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". Art. 8.1: "Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

[685] Art. 15.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III).

[686] Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de1950.

[687] Art. 39.1 CE.: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

[688] Art. 2.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el ámbito e interés superior del menor, (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015): "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Desde un principio, la situación de los menores ha ocupado un lugar transcendental, dando lugar a preocupaciones sobre su ajuste psicológico, su identidad y la calidad de sus vínculos familiares. Por ello resulta necesario examinar qué pruebas existen sobre el desarrollo y el bienestar de estos niños, así como las condiciones familiares y sociales que influyen en él. La investigación psicológica y social disponible indica que los menores nacidos mediante gestación por sustitución no presentan diferencias significativas en su desarrollo emocional, conductual o cognitivo respecto a aquellos nacidos por concepción natural o por otras técnicas de reproducción asistida[689]. Estudios longitudinales realizados desde la primera infancia hasta la adolescencia muestran que estos menores se desarrollan de forma adecuada y mantienen relaciones familiares estables y seguras, siempre que crezcan en entornos funcionales y con lazos afectivos sólidos[690].

Estos estudios destacan que la calidad de las relaciones familiares, la transparencia sobre el origen del nacimiento y el bienestar de los progenitores comitentes son factores más determinantes para la evolución del menor que la técnica reproductiva empleada[691]. Por ejemplo, una progenitora comitente que había tenido dos hijos mediante gestación por sustitución explicaba que nunca ocultaron a sus hijos cómo habían venido al mundo, ni a la familia, ni a los amigos, y que mantenían una relación muy estrecha y positiva con la gestante[692]. En aquellos casos en los que los niños han sido informados de manera progresiva y adaptada a su edad sobre su origen, los resultados apuntan a una buena comprensión del proceso y a una vivencia positiva de su identidad[693]. No se ha constatado que la gestación por

---

689 Susan Golombok y Clare Murray, "Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life". *Fertility and Sterility*, 80 suppl. 3 (2004): pp. 50-63.

690 Susan Golombok et al., "The European Study of Assisted Reproduction Families: The Transition to Adolescence", *Human Reproduction* 17, n. º 3 (2002): pp. 830–840; Susan Golombok et al., "Families Created by Gamete Donation: Follow-up at Age 2", *Human Reproduction* 20, n.º 1 (2005): pp. 286–293. Susan Golombok et al., "Surrogacy Families: Parental Functioning, Parent-Child Relationships and Children's Psychological Development at Age 2", *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 47, n.º 2 (2006): pp. 213–222; Susan Golombok et al., "Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of 18-Year-Old Adolescents Conceived by In Vitro Fertilisation", Human Fertility 12, n.º 2 (2009): pp. 63–72; Vasanti Jadva, Lucy Blake, Polly Casey y Susan Golombok, "Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children's Understanding of Their Surrogacy Origins", *Human Reproduction* 27, n.º 10 (2012): pp. 3008–3014.

691 Nicolás Ruiz-Robledillo y Luis Moya-Albiol, "Gestational Surrogacy: Psychosocial Aspects", *Psychological Intervention* 25, n. º 3 (2016): pp. 201–208; Golombok, *Modern Families*, pp: 2022-224.

692 Entrevista por WhatsApp a una progenitora comitente, realizada por la autora, 25 de enero de 2024.

693 Lucy Blake et al., "'Daddy Ran Out of Tadpoles': How Parents Tell Their Children That They Are Donor Conceived, and What Their 7-Year-Olds Understand," *Human Reproduction* 25, n.º 10 (2010): pp. 2527–2534; "Families Created by Assisted Reproduction: Children's Perspectives," en *Relatedness in Assisted Reproduction: Families, Origins and Identities,* eds. Tabitha Freeman, Susanna Graham, Fatemeh Ebethaj y Martin Richards (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 251-266.

sustitución genere, en sí misma, perjuicios psicológicos, lo que ha llevado a una revisión crítica las preocupaciones expresadas en los primeros debates bioéticos sobre esta materia.

Ahora bien, que los estudios descarten efectos negativos relevantes no significa que su situación jurídica esté exenta de dificultades. Los principales problemas no derivan de su bienestar emocional, sino de las respuestas normativas y judiciales relativas su filiación, identidad y el reconocimiento de sus relaciones familiares. Es en este plano donde surgen problemas entre la protección del interés superior del menor y la aplicación de legislaciones nacionales restrictivas, especialmente cuando entran en juego vínculos biológicos, contratos de gestación y situaciones transfronterizas.

Otra de las cuestiones discutidas son las relativas a la importancia del nexo biológico y el posible derecho del menor a mantener relaciones con la madre gestante. La respuesta varía según el modelo jurídico adoptado. En algunos sistemas, como el estadounidense, el análisis se ha centrado principalmente en los derechos de los adultos y en la atribución de la patria potestad en función de la conexión genética o, especialmente, de la voluntad de procrear, más que en la existencia de un derecho autónomo del menor a relacionarse con sus progenitores biológicos[694]. Aunque en un principio sí que se dio peso al vinculo biológico como se aprecia en el conocido caso *Baby M*[695] donde el tribunal otorgó la custodia a los padres comitentes atendiendo al interés superior de la menor, pero reconoció a la madre biológica un derecho de visitas, al considerar beneficioso preservar ese vínculo[696]. Sin embargo, esta solución no se generalizó, y otros tribunales tendieron a priorizar la estabilidad familiar y la voluntad de procrear, incluso en ausencia de vínculo genético. Así lo establece la jurisprudencia más reciente, en el caso *Johnson vs. Calvert*[697], donde el tribunal otorgó la filiación a quienes habían manifestado la intención de ser padres, con independencia del vínculo gestacional de la mujer que dio a luz.

En este mismo plano jurídico, tal como se ha indicado, cobra énfasis el derecho del menor a conocer sus orígenes, entendido como el acceso a la información sobre su identidad genética y

---

[694] Alex Finkelstein, Sarah Mac Dougall, Angela Kintominas y Anya Olsen, *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. Report of the Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic* (Nueva York: Columbia Law School, 2016). pp. 20-22, 37.
[695] In the Matter of Baby M., 109 N.J. 396 (Supreme Court of New Jersey, 1988).
[696] Miller-Jenkins v. Miller-Jenkins, 912 A.2d 951 (Supreme Court of Vermont, 2006).
[697] *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Supreme Court of California 1993).

gestacional. Aunque la gestación por sustitución no implica una ruptura del vínculo de origen en los mismos términos que la adopción, la fragmentación del proceso reproductivo puede dificultar la identificación de las distintas figuras que intervienen en su nacimiento. En este marco, la protección de este derecho debe conciliarse con otros intereses en juego, como la privacidad de las personas implicadas y la estabilidad del entorno familiar del menor.

Uno de los principales retos en la protección del menor radica en la determinación de su filiación. La falta de armonización entre los distintos ordenamientos puede dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica, en las que el menor se vea privado de un estatuto personal claro o de un reconocimiento inmediato de sus progenitores. Este riesgo se identifica en los supuestos internacionales, donde pueden surgir dificultades para la inscripción registral, el acceso a derechos básicos o la determinación de la nacionalidad. Este problema se desarrolla en el siguiente capitulo dentro del ordenamiento jurídico español.

Estas diferencias muestran que el interés superior del menor no conduce a una única respuesta, sino que hay diversas formas de tutela según el caso. En la gestación por sustitución, hay que ponderar factores como la identidad del menor, su estabilidad emocional y el reconocimiento efectivo de sus derechos desde el momento de su nacimiento, evitando que la aplicación rígida de prohibiciones nacionales derive en situaciones de desamparo jurídico y la vulneración de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, el uso de técnicas de reproducción asistida no debe generar diferencias entre los niños nacidos por medios naturales y aquellos concebidos mediante procedimientos artificiales, pues ello podría dar lugar a situaciones de trato discriminatorio. La filiación no puede quedar condicionada por el modo en que se ha producido el nacimiento, ni el menor puede ver limitado su reconocimiento jurídico por razón de su origen. Por ello, los niños nacidos mediante gestación por sustitución deben ser tratados como cualquier otro menor, garantizándose la plena protección de sus derechos.

4.4. Marco bioético y repercusiones sociales

Una vez analizados los derechos, intereses y motivos de las partes implicadas, resulta necesario entender la gestación por sustitución desde una perspectiva bioética, en la que emergen los principales dilemas que esta práctica plantea en relación con la dignidad humana, la autonomía y los límites de la intervención técnica en la reproducción.

En lo que se refiere a las técnicas de reproducción asistida, parte de la literatura bioética advierte que la profesión médica ha evolucionado hacia unos criterios de eficacia, control y utilidad en detrimento de una reflexión moral. El desarrollo de la investigación biomédica no se dirige ya de forma prioritaria a fines meramente terapéuticos, sino que incorpora intervenciones cuya justificación responde a intereses distintos, tanto personales, sociales o económicos. Ejemplos de esta tendencia pueden encontrarse en prácticas como la transferencia de embriones en mujeres, la selección del sexo o el uso extensivo de técnicas reproductivas sin una indicación clínica estricta, lo que ha generado controversias sobre su adecuación a los valores que deben guiar la atención sanitaria. De ahí que autores como Andorno o Gafo cuestionen si todo aquello que resulta técnicamente posible puede considerarse éticamente aceptable[698]. En las últimas décadas, los avances en reproducción humana han sido tan rápidos que ni el Derecho, ni la sociedad han logrado adaptarse del todo, generándose un desfase entre la evolución tecnológica y la capacidad normativa.

La ética de la procreación plantea dudas que van más allá de la relación clásica entre profesional sanitario y paciente. Entre ellos destacan las cuestiones relativas al estatuto del embrión, al origen y destino de gametos y embriones, a la determinación de los sujetos legitimados para acceder a estas técnicas, al anonimato de los donantes y al derecho del menor a conocer su origen biológico. El nexo de estas prácticas con otros modelos reproductivos como la clonación, la partenogénesis o la ectogénesis llevan a una reflexionar sobre los límites del uso de la tecnología en la reproducción humana. Hoy en día, ya no se trata únicamente de una relación interpersonal entre médico y paciente, sino de una situación que incorpora a un tercero en el proceso gestacional y que produce efectos de gran alcance. Esto obliga a replantear los enfoques tradicionales éticos, situando la reproducción asistida en el centro del debate sobre la dignidad, la autonomía y la responsabilidad colectiva.

En este punto, surge un debate ético fundamental: el principio de no utilización del ser humano[699]. Según esta idea, ninguna persona debe ser usada simplemente como una herramienta para lograr los objetivos de otros. Aplicado a nuestro estudio, se cuestiona si la gestación por sustitución convierte el cuerpo de la mujer en un simple "instrumento biológico".

---

[698] Roberto Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*. 2ª ed. Tecnos, (2012); Javier Gafo, *Bioética teológica*, 3.ª ed. (Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003).

[699] Art. 3 UNESCO, *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*: La dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales deben respetarse plenamente. Los intereses y el bienestar del ser humano deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Desde esta postura, se defiende que la dignidad de la mujer se ve afectada si su capacidad de gestar se somete a un contrato, tratándola como un medio para que otros cumplan su deseo de ser padres y no como un fin en sí misma.

Dentro de la bioética, otra de las líneas críticas hacia las técnicas de reproducción asistida, y en concreto a la gestación por sustitución se apoya en que la maternidad no se limita al momento del parto ni a la atribución jurídica de la filiación, sino que sitúa en fases muy tempranas del proceso. Autoras como Bolton defienden que la relación entre madre e hijo se inicia desde la fecundación natural, es decir, la fecundación no es un acto puramente mecánico, sino el inicio de un proceso en el que se establece una primera interacción vital para el desarrollo embrionario[700]. A partir de ahí, incluso en las fases iniciales, el embrión empieza a relacionarse con el cuerpo de la mujer que lo gesta. Para la autora, se trata de una forma temprana de comunicación biológica entre la madre y el embrión.

En esta teoría se plantea que este vínculo no se produce en los casos de fecundación artificial propio de la gestación por sustitución, ya que las primeras fases del desarrollo embrionario tienen lugar fuera del cuerpo de la mujer que luego gestara. Esta ausencia de relación inicial es un elemento ético significativo, al entenderse que el vínculo materno no puede formarse cuando la gestación no se inicia en el cuerpo de la mujer.

Frente a esta postura, otras aproximaciones bioéticas cuestionan que el vínculo materno se origine necesariamente en el momento de la fecundación o que este tenga un valor ético determinante por sí mismo. Desde estos planteamientos, se sostiene que las primeras fases del desarrollo embrionario, especialmente en el caso de la fecundación in vitro, no implican la existencia de una relación materna en sentido pleno, sino un proceso biológico inicial que adquiere relevancia progresivamente a lo largo de la gestación. En esta línea, Shalev señala que la gestación por sustitución no elimina un vínculo originario, sino que cuestiona la idea de que dicho vínculo exista de forma automática desde la fecundación, defendiendo una concepción menos esencialista y más gradual de la relación maternofilial[701].

---

[700] Raquel Bolton, "Maternidad subrogada. Análisis desde la bioética".
[701] Carmel Shalev, *Birth Power: The Case for Surrogacy* (New Haven: Yale University Press, 1989), pp.105-120

Mas allá de estas posturas teóricas, la ciencia moderna aporta hoy un dato clave: la epigenética[702]. La bioética actual advierte que la relación entre la gestante y el feto no es como la de una "incubadora" pasiva. Durante los nueve meses, existe un intercambio constante de moléculas que pueden incluso modificar cómo se activan los genes del bebé. Este descubrimiento es muy importante para la ética, ya que demuestra que la gestante no es un recipiente neutro, sino que participa biológicamente en la formación de la identidad del niño. Esto complica la idea de que se puede separar totalmente al nacido de la mujer que lo ha gestado, aunque no haya un vínculo de ADN directo. De este modo, la ciencia contemporánea parece dar la razón a las tesis que defienden la imposibilidad de reducir la gestación a un proceso puramente mecánico o externo a la identidad del nacido.

Estos planteamientos dan a entender que la gestación por sustitución no se limita a la distribución de derechos y obligaciones entre las partes implicadas, sino que afecta a cuestiones más complicadas relacionadas con el origen del vínculo materno, la identidad del nacido y los límites de la intervención técnica en la reproducción. Las distintas posiciones bioéticas expresan diferentes puntos de vista desde los que analizar esta práctica, así como la dificultad de alcanzar consensos en un ámbito atravesado por factores científicas, morales y sociales.

Resulta interesante observar cómo ha cambiado la ética de la reproducción desde la Antigüedad romana. En Roma, la prioridad no era la autonomía de la mujer ni su dignidad individual, sino la utilidad social del matrimonio y la supervivencia del linaje del *paterfamilias*. Si una mujer gestaba para otro, se veía como un servicio necesario para la comunidad o la familia. Hoy el enfoque es distinto. La mujer ya no puede verse como un simple medio para tener un hijo, sino como una persona con derechos, voluntad propia y plena dignidad. Por eso, ya no basta con preguntarse si puede nacer un hijo, sino también en qué condiciones y si durante el proceso se han respetado la libertad, la integridad y el consentimiento de la mujer.

La diferencia de fondo es clara: en Roma la reproducción se entendía principalmente como un medio para asegurar la continuidad del linaje, mientras que hoy también se valora el modo en que ese resultado se alcanza. La reflexión ética contemporánea no se centra solo en el

[702] Epigenética" designa el conjunto de mecanismos biológicos que regulan la expresión de los genes sin alterar la secuencia del ADN, influyendo en qué genes se activan o se silencian en función del entorno celular y ambiental. Véase National Institutes of Health (NIH), *What Is Epigenetics?*, (U.S. National Library of Medicine, 2022).

nacimiento del hijo, sino también en las condiciones del proceso, en la libertad del consentimiento, en el riesgo de cosificación de la mujer y en la protección del menor.

Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es resolver en abstracto el debate bioético, sino analizar cómo esas dudas se trasladan al terreno jurídico y dan lugar a problemas concretos, que nacen de formas distintas de entender la reproducción y la maternidad.

4.5. La gestación por sustitución ante los límites del mercado

Cuando la gestación por sustitución se incorpora al mercado, la situación cambia, porque la reproducción pasa a verse condicionada por intereses económicos[703]. Desde una posición crítica, se ha sostenido que no todas las relaciones humanas pueden convertirse en objeto de intercambio, y que la reproducción es uno de los casos especialmente sensible. Por eso, el Derecho no debe limitarse a validar acuerdos privados, sino que también debe proteger los derechos fundamentales que pueden verse comprometidos en el proceso[704].

Lejos de surgir como una oferta espontánea, la gestación por sustitución puede responder a una demanda de mercado impulsadas por la actuación de agencias intermediarias con ánimo de lucro. Aunque la práctica se presenta como una elección libre basada en el consentimiento, parte de la doctrina advierte que la capacidad real de decisión puede verse condicionada por factores socioeconómicos. Este planteamiento no implica negar la existencia de consentimiento, sino poner de relieve que su grado de libertad puede variar en función del contexto en el que se produce. En entornos de desigualdad económica, la decisión de la mujer gestante puede estar influida por situaciones de vulnerabilidad que el mercado tiende a aprovechar, por lo que se necesita una intervención activa para prevenir posibles abusos.

En Europa rige un principio consolidado: el cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de comercio. La existencia de un mercado global rentable pone en cuestión la capacidad de los poderes públicos para mantener ese límite y los obliga a reforzar la protección del sistema sanitario, a fin de evitar que la reproducción acabe tratándose como una actividad mercantil. Estas presiones aumentan con la globalización, porque la economía opera a escala internacional

---

[703] Lorenzo Del Savio y Giulia Cavaliere, "The Problem with Commercial Surrogacy: A Reflection on Reproduction, Markets and Labour", *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. º 2 (2016): pp. 74-75.
[704] María Casado y Mónica Navarro-Michel, *Documento sobre gestación por sustitución* (Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2019). Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf.

mientras el Derecho sigue aplicándose dentro de cada Estado. Por eso, cada situación debe valorarse a la luz de las circunstancias concretas de cada país, y las respuestas normativas deben revisarse de forma constante para evitar que la protección jurídica se debilite por efecto de las fronteras.

Diversas instituciones y organismos internacionales[705] han defendido la prohibición de la gestación por sustitución incluso su modalidad altruista, al considerar que vulnera los derechos de las mujeres y pueden derivar en situaciones que se asemejen a la venta de menores[706]. En este análisis, Radin[707] examina la gestación por sustitución a partir del debate sobre la llamada "venta de bebés", y muestra que no existe una respuesta simple sobre su aceptación.

La autora, expone que incluso dentro del feminismo existen posiciones enfrentadas. Por un lado, algunas autoras defienden que, si una mujer consiente libremente en gestar para otros y recibir una compensación económica, las leyes no deberían impedirlo, ya que supondría limitar su autonomía personal. Por otro lado, otras posiciones advierten que permitir este tipo de contratos no necesariamente libera a las mujeres, sino que puede producir desigualdades, al convertir la gestación y el parto en un servicio sujeto a las reglas del mercado.

Radin recurre al caso *Baby M*, para mostrar estas discrepancias. En dicho asunto existía un contrato, una compensación económica y un vínculo genético entre el padre comitente y el menor. A partir de este ejemplo, la autora se cuestiona cuándo una gestación por sustitución debe considerarse realmente una venta y si el hecho de que el padre aporte su material genético cambia la naturaleza del acuerdo. Su conclusión es que la existencia de un vínculo genético no elimina el carácter de venta cuando hay dinero y una transferencia previa de derechos parentales.

En este debate sobre los límites del mercado, conviene detenerse en el concepto de "comodificación" o mercantilización desarrollada por Radin. La autora advierte del riesgo de convertir capacidades humanas especialmente íntimas en simples bienes de intercambio y, al

---

[705] Parlamento Europeo, La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de los Derechos del Niño, la Conferencia de La Haya.

[706] Art. 2 (a) del Protocolo *Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, "Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

[707] Margaret Jane Radin, "What, If Anything, Is Wrong with Baby Selling?", *McGeorge Law Review* 26, n. º 2 (1995): pp. 135-145.

mismo tiempo, introduce una distinción importante: la de la comodificación incompleta. Con ello quiere decir que existen ciertos bienes o capacidades, como los órganos, la sexualidad o la capacidad de gestar, que no deberían entrar plenamente en el mercado como si fueran mercancías ordinarias. Desde esta perspectiva, una mercantilización completa reduciría el útero a un recurso disponible para el intercambio económico y, con ello, la dignidad de la mujer quedaría rebajada a un simple valor de uso.

Frente a ello, la idea de comodificación incompleta sostiene que el Estado puede llegar a admitir cierta compensación económica, por ejemplo, para evitar mercados clandestinos o para ofrecer una mínima protección a las partes, pero sin renunciar al control del proceso. Es decir, no se trataría de dejar que el beneficio económico marque por sí solo las condiciones de la gestación, sino de imponer límites claros. Desde este punto de vista, el Derecho no se limita a dar validez a un acuerdo, sino que actúa también como un freno para evitar que la reproducción y la vida humana terminen tratándose como si fueran un producto hecho a demanda.

Esta necesidad de poner límites éticos al mercado pone de relieve, sin embargo, una contradicción importante: la dignidad se aplica a veces de manera selectiva. Si se acepta, como plantea Radin, que ciertas capacidades humanas no deberían quedar plenamente disponibles para el mercado porque ello las degrada, resulta difícil justificar la diferencia de trato que existe en algunos ordenamientos. La contradicción aparece cuando el legislador considera "explotación" o "mercantilización inaceptable" que una mujer geste a cambio de una compensación económica, pero al mismo tiempo admite o tolera otras formas de prestación corporal, como la prostitución. Esta diferencia sugiere que la dignidad no siempre actúa aquí como un criterio general frente a la mercantilización del cuerpo, sino también como un juicio moral específico sobre la reproducción. En otras palabras, el sistema tolera en ciertos casos el uso del cuerpo con fines sexuales, pero rechaza su uso con fines reproductivos, lo que puede revelar un paternalismo más centrado en controlar la maternidad que en proteger de forma coherente la integridad de la mujer frente al mercado.

En última instancia, la valoración moral de este tipo de acuerdos no es neutral ni automática, sino que depende de cómo se conciban dos cuestiones fundamentales: qué entendemos por persona y qué límites creemos que debe tener el mercado. Si se considera que el mercado puede regular cualquier ámbito de la vida y que la gestación es una capacidad más que puede intercambiarse, la práctica puede parecer aceptable. En cambio, si se entiende que la gestación, el nacimiento y los hijos forman parte de realidades ligadas a la dignidad humana y a las

relaciones personales básicas, la entrada del dinero en este ámbito resulta problemática. Por ello, Radin no ofrece una respuesta cerrada, sino que muestra por qué el desacuerdo persiste.

Estas reflexiones plantean si la gestación por sustitución constituye realmente una excepción a la prohibición de venta de menores por el mero hecho de existir un vínculo genético entre los comitentes y el niño, o si dicho vínculo resulta insuficiente para alterar la naturaleza de la transacción y el acuerdo se limita, a la gestación. La mayoría de los ordenamientos exigen este requisito precisamente para evitar cualquier vínculo jurídico o simbólico con la mujer gestante., priorizando la genética sobre la gestación.

Más allá del vínculo genético la doctrina crítica advierte que el peligro reside en situar al menor en una posición de especial vulnerabilidad al vincular su nacimiento a un acuerdo contractual previo, se corre el riesgo de que el niño sea concebido como el producto de una transacción donde los intereses de los adultos prevalecen sobre su condición de sujeto autónomo. Esto conecta con una concepción clásica del Derecho occidental según la cual, a diferencia de los objetos, las personas y su cuerpo, sus funciones reproductivas y la filiación no pueden ser objeto de comercio[708].

En este punto, autores como Smolin han defendido que los contratos de gestación por sustitución comerciales entran en conflicto con las normas internacionales que prohíben la venta de niños, y con los principios del Derecho de adopción y la lucha contra la trata de personas. A su juicio, estos acuerdos desplazan el foco del interés superior del menor en favor de los proyectos parentales de los adultos, al prever de forma anticipada la transferencia de la filiación y la renuncia a la patria potestad. "¿No implican ambas situaciones el pago tanto de los servicios de gestación como de la renuncia contractual a la patria potestad?" Se pregunta el citado autor. Esta inquietud recuerda, en cierto sentido, el retorno a una idea de propiedad sobre la descendencia similar a la *patria potestas* del Derecho Romano, donde el hijo podía ser objeto de transferencias patrimoniales (*mancipatio*), una realidad que el Derecho Civil moderno pretendía haber superado definitivamente al situar al menor como sujeto de derechos y no como objeto de potestad.

[708] De Lorenzo, "Gestación por sustitución".

Frente a estas críticas, otros autores rechazan que la gestación por sustitución implique necesariamente una compraventa de niños o una cosificación del menor. Ergas[709] sostiene que el niño no puede ser considerado el objeto de una transacción comercial, incluso cuando existe una compensación económica. Según esta autora, la retribución se vincula a la prestación de servicios gestacionales o a la donación de material genético, sin que ello transforme al menor en una mercancía. Desde esta perspectiva, la filiación se atribuye en función de la voluntad de procrear mientras que la mujer gestante tiene un papel de carácter funcional y no materno. Esta visión se aleja de la rigidez biológica y de las estructuras de parentesco romanas basadas en el poder, para centrarse en la 'voluntad' como la fuente moderna de la filiación, intentando separar el proceso biológico del estatus jurídico del nacido.

Estas posiciones doctrinales ponen de manifiesto la dificultad de encajar la gestación por sustitución dentro de los marcos jurídicos tradicionales. Mientras que algunos autores alertan de los riesgos de mercantilizar y de subordinar los derechos del niño a la lógica contractual, otros consideran que una regulación adecuada puede evitar la cosificación del menor y garantizar su protección. En todo caso, ambas aproximaciones coinciden en situar al menor en el centro del análisis.

4.6. Conclusiones

El análisis realizado muestra que la gestación por sustitución no puede entenderse como una realidad uniforme, sino como una práctica compleja en la que confluyen elementos biológicos, jurídicos, sociales y económicos. La diversidad de modalidades, la pluralidad de sujetos intervinientes y la fragmentación del proceso reproductivo ponen de relieve que las categorías tradicionales del Derecho no bastan, por sí solas, para dar una respuesta completa a este fenómeno.

Por otra parte, el examen de las distintas partes implicadas evidencia la coexistencia de intereses que no siempre resultan fáciles de conciliar. La autonomía reproductiva de los progenitores comitentes y la libertad de decisión de la mujer gestante ocupan un lugar central,

[709] Yasmine Ergas, "Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy," *Emory International Law Review* 27 (2013): pp. 122–145.

pero la posición del menor exige una protección reforzada que condiciona la construcción jurídica del conjunto.

En un plano más amplio, los debates bioéticos y la posible inserción de esta práctica en el mercado ponen de manifiesto las fricciones existentes entre autonomía, dignidad y límites a la mercantilización de la reproducción humana. Todo ello confirma que la gestación por sustitución desborda el plano estrictamente jurídico y se sitúa en un terreno en el que entran en conflicto valores fundamentales.

Al mismo tiempo, los avances biotecnológicos y la globalización de los mercados tienden a difuminar las fronteras de lo que puede llegar a ser objeto de acuerdo privado, mientras que la bioética y el Derecho contemporáneo insisten en que la persona no puede quedar reducida a una mera función instrumental, ni en la figura de la mujer gestante ni en la del menor nacido.

Por último, la ordenación jurídica de la gestación por sustitución exige un enfoque integral, capaz de atender a la interacción entre todas estas dimensiones. Ello justifica que el capítulo siguiente se centre en su tratamiento específico dentro del ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO 5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

5.1. Marco Normativo español y su evolución.

El marco normativo español en materia de técnicas de reproducción asistida no ha sido estático, sino que se ha formado de manera progresiva en respuesta a los avances biomédicos y a las transformaciones sociales en torno a la procreación. Desde las primeras iniciativas legislativas hasta la consolidación del modelo actual, el legislador ha tratado de equilibrar la apertura a la innovación científica con la necesidad de establecer límites jurídicos claros en ámbitos especialmente sensibles

5.1.1. Ley 35/ 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida en España

En España, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida (TRA) se asentó en un medio de rápidos avances biomédicos y de una temprana respuesta normativa por parte del legislador. A comienzos de la década de 1980, la fecundación in vitro (FIV) se empezó a aplicar de forma experimental en diversos países europeos tras el nacimiento en 1978 de la primera niña concebida mediante esta técnica en el Reino Unido[710]. En nuestro país estos avances se materializaron en 1984, con el nacimiento del primer bebé procreado mediante FIV en el Instituto Universitario Dexeus de Barcelona[711], hito que marcó el inicio de la reproducción asistida en la práctica clínica española[712].

La rápida incorporación de estas técnicas planteó, desde el inicio, interrogantes éticos, jurídicos y sociales de gran calado, especialmente en relación con la filiación, el estatuto del embrión, el anonimato de los donantes y los límites de la intervención médica en la procreación humana. En este contexto, España optó por una regulación adelantada y sistemática, aprobando la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)[713].

---

[710] Robert G. Edwards y Patrick Steptoe, *A Matter of Life: The Story of a Medical Breakthrough* (London: Hutchinson, 1980).
[711] Dexeus Mujer, "40º Aniversario de Victoria Anna: Se cumplen 40 años del primer nacimiento por Fecundación in vitro en España," nota de prensa, 4 de julio de 2024, disponible en: https://www.dexeus.com/es/noticias/40-aniversario-victoria-anna, consultado el 20 agosto de 2024.
[712] "Historia de la Reproducción Asistida", *Blog de Actualidad Vita medicina Reproductiva* (s.f.), disponible en https://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/historia-reproduccion-asistida, consultado el 13 mayo de 2024.
[713] Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

Esta norma nos situó entre los primeros países europeos en dotarse de un marco legal específico en la materia, junto con ordenamientos como el francés o el británico[714].

La Ley 35/1988 permitió el uso de técnicas como la inseminación artificial y la FIV, tanto en parejas heterosexuales como en mujeres solteras, introduciendo un concepto relativamente avanzado para la época. Al mismo tiempo, estableció límites claros inspirados en criterios de prudencia bioética, entre ellos; la prohibición de la gestación por sustitución y la subordinación de las TRA a finalidades terapéuticas o reproductivas concretas. Asimismo, la ley incorporó mecanismos de control público, como la autorización administrativa de los centros y la creación de órganos consultivos en materia de reproducción asistida, anticipando un modelo de supervisión que se consolidaría en reformas posteriores.

Durante la década de 1990 y los primeros años del 2000, el desarrollo científico y tecnológico en el ámbito de la medicina reproductiva fue bastante intenso. La mejora de las tasas de éxito de la FIV, la generalización de la crioconservación de gametos y embriones, y la progresiva normalización social de estas técnicas, dejaron patente las limitaciones de unas leyes diseñadas en un estadio inicial de la biomedicina reproductiva[715]. En esta situación, el legislador acometió una primera actualización mediante la Ley 45/2003 de 21 de noviembre[716], que reformó parcialmente la anterior Ley 35/1988 con el objetivo de adaptarla a los avances técnicos y a la práctica clínica consolidada[717].

Frente a esto, España fue definiéndose como un destino destacado en la reproducción asistida a nivel europeo, tanto por la calidad científica de sus centros como por una legislación

---

[714] Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico* (Madrid: Reus, 2012).
[715] Marta Reguera Cabezas y Joaquín Cayón-de las Cuevas, *Criobiología y reproducción asistida: implicaciones éticas y clínicas* (Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, 2021); El Confidencial, "Tres décadas de ciencia para crear vida: así ha avanzado la reproducción asistida en España", disponible en: https://www.elconfidencial.com/bienestar/2025-11-02/evolucion-reproduccion-asistida-fertilidad_4237519/; EFE Salud, "40 años de reproducción asistida en España", disponible en: https://efesalud.com/reproduccion-asistida-espana-fecundacion-in-vitro-fertilidad-expertos/; Quirónsalud, "40 años del primer nacimiento por fecundación in vitro en España", disponible en: https://www.quironsalud.com/es/comunicacion/actualidad/40-anos-primer-nacimiento-fecundacion-in-vitro-espana, consultados el 27 de diciembre de 2025.
[716] Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).
[717] Otras leyes de interés: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de 11 de 2002); Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006) y Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28826 a 28848 (23 págs.).

comparativamente flexible en aspectos como la donación de gametos[718] o el acceso a las técnicas por parte de mujeres solteras y lesbianas. Este proceso se vio consolidado por la actuación de organismos como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que desempeñó un papel notable en la elaboración de informes, recomendaciones y criterios interpretativos dirigidos a armonizar la práctica clínica con los principios éticos y jurídicos del sistema[719].

En este sentido, la evolución de las TRA no puede entenderse únicamente como una sucesión de hitos legislativos, sino como el resultado de una interacción constante entre ciencia, derecho y sociedad. El legislador ha mostrado una tendencia a combinar una apertura a la innovación biomédica con la afirmación de determinados límites normativos considerados indisponibles, especialmente en cuanto a la dignidad de la persona, la protección del menor y la indisponibilidad del cuerpo humano[720].

Este proceso de maduración normativa y doctrinal desembocó en la aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que supuso una reorganización integral del régimen jurídico de TRA en España. Esta ley no solo consolidó muchas de las prácticas ya existentes, sino que reafirmó de forma expresa determinadas prohibiciones, entre ellas la nulidad del contrato de gestación por sustitución, configurando el marco jurídico actual.

5.1.2. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

En 2006, la ley sobre reproducción asistida fue de nuevo actualizada mediante la Ley 14/2006, de 26 de mayo (TRHA)[721], que derogó la anterior Ley 35/1988 y dejó sin efecto la reforma

---

[718] Según los datos más recientes del Registro Nacional de Actividad 2022, publicados por el Ministerio de Sanidad y la SEF, el 12% de los nacimientos en 2022 provinieron de técnicas de reproducción asistida. Esto representa un total de 39.546 bebés nacidos mediante estas técnicas en ese año. Disponible en: https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/actividades.htm. España es líder europeo en tratamientos con donación de óvulos**,** pero no se publica un porcentaje exacto de nacimientos por tipo de gameto a nivel nacional debido al marco legal de anonimato (Ley 14/2006). Sociedad Española de Fertilidad (SEF), *Registro Nacional de Actividad 2022. Informe estadístico de técnicas de reproducción asistida 2022* (Madrid: SEF, 2023). Disponible en: https://www.registrosef.com/public/docs/sef2022.pd.

[719] Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Memorias e informes sobre técnicas de reproducción asistida* (Madrid: Ministerio de Sanidad, varios años); "Pasado, presente y futuro de la Reproducción Asistida", *Blog Instituto Bernabéu* (s.f.), disponible en https://www.institutobernabeu.com/es/foro/pasado-presente-y-futuro-de-la-reproduccion-asistida. , consultado el 13 mayo 2024.

[720] Carlos María Romeo Casabona, "25 años de legislación biomédica en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n.º 56 (2022): pp.15–25.

[721] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

parcial introducida en 2003. La Ley 14/2006 es la norma vigente en esta materia y regula de forma sistemática los TRA autorizados en España.

Dentro de su ámbito de aplicación, se permiten diversas TRA, tal y como se recoge en el anexo de la propia ley. Entre ellas se incluyen: la inseminación artificial; la FIV y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides, tanto con gametos propios como de donante, y con transferencia de preembriones; y la transferencia intratubárica de gametos. Estas tecnologías solo pueden aplicarse cuando concurran indicaciones científicas y clínicas, y siempre que se realicen en centros sanitarios y de investigación, que cuenten con la correspondiente autorización y acreditación, bajo la responsabilidad de equipos profesionales especializados.

No obstante, la gestación por sustitución queda expresamente excluida de este catálogo de técnicas autorizadas. El artículo 10 de la LTRHA establece su prohibición y su nulidad de pleno derecho, impidiendo cualquier contrato, con o sin contraprestación económica, mediante el cual una mujer se comprometa a gestar para otra persona. Esta exclusión se fundamenta en la determinación legal de la filiación por el parto, lo que impide reconocer como progenitores legales a los comitentes en virtud de dicho contrato.

> Artículo 10. 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.
>
> 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta prohibición se amplía con el artículo 2 de la misma ley, donde se establece un mecanismo de control para la incorporación de nuevas técnicas no contempladas en el anexo. Según dicho precepto: “la aplicación de cualquier técnica no incluida requiere autorización sanitaria previa, acompañada de un informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y su práctica debe realizarse de forma provisional y tutelada como técnica experimental. Además, el Gobierno podrá actualizar el anexo mediante real decreto, siempre que se acredite científicamente la viabilidad de la técnica”.

La exposición de motivos endurece esta disposición restrictiva. En ella se determina que las TRA tienen como finalidad: "la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. Asimismo, se contempla su uso en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, siempre que existan suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14 a 17 de la Ley".

Aunque en el apartado II se menciona la posibilidad de incorporar nuevas técnicas conforme a los avances científicos, en casos de enfermedades genéticas graves que requieran alternativas reproductivas para evitar o curar dichas patologías[722], la gestación por sustitución no se incluye entre ellas. A pesar de que podría considerarse una técnica alternativa en circunstancias excepcionales, como se ha puesto de manifiesto, su práctica está expresamente prohibida por el artículo 10, lo que impide su reconocimiento como técnica experimental o autorizada dentro del marco legal vigente.

5.1.3. Marco Constitucional y Derechos Fundamentales

Más allá del marco legal expuesto, la gestación por sustitución plantea cuestiones directamente relacionadas con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española (CE).

Desde la perspectiva de estos derechos, resulta necesario contar con una regulación clara y coherente con el marco constitucional, en particular en lo relativo a la igualdad, la no discriminación y la vida familiar. Al mismo tiempo, las reformas recientes en materia de familia e identidad se limitan a declarar la nulidad del contrato sin ofrecer una respuesta completa.

En efecto, la legislación vigente no sanciona directamente la práctica de la gestación por sustitución, sino que se limita a privar de efectos jurídicos al contrato que la articula. La técnica

[722] "La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Sin embargo, evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el Gobierno, mediante real decreto, puede actualizar la lista de técnicas autorizadas", continúa la exposición de motivos.

opera así en un espacio normativo ambiguo, cuya interpretación debe realizarse a la luz de los valores constitucionales.

La CE reconoce y protege la familia, la maternidad y la infancia, si bien cabe plantearse si estas previsiones constituyen auténticos derechos fundamentales. En relación con esto, el artículo 39 CE dispone:

> 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
>
> 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

En este contexto, Álvarez Conde sostiene que este precepto no recoge un derecho fundamental en sentido estricto, sino "un hecho consentido y regulado por el ordenamiento al que se le anudan efectos jurídicos ". En otras palabras, se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos, para asegurar la protección y la formación de las familias, y no de un derecho subjetivo directamente exigible por las personas.

Aunque la Constitución protege, a la familia, esta protección se ha orientado históricamente hacia la igualdad entre hombres y mujeres en ámbitos laborales, sanitarios o de política social, sin extenderse de forma explícita al derecho a decidir ser madre o padre, o cómo serlo accediendo a técnicas reproductivas específicas.

En efecto, el legislador no pudo prever los avances tecnológicos y biomédicos que hoy permiten nuevas formas de procreación, lo que ha generado lagunas normativas que deben interpretarse conforme a los principios constitucionales y la evolución jurisprudencial. En relación con estos avances, la gestación por sustitución también se ha vinculado al progreso científico en materia reproductiva y a la libertad de investigación reconocida en el artículo 20.1 b) de la propia CE, si bien esta se encuentra limitada por la dignidad humana y por los derechos fundamentales. La promoción de la investigación y de la innovación tecnológica en materia reproductiva se entiende como una responsabilidad estatal, siempre que se mantenga orientada al servicio de la persona y no derive en formas de control o instrumentalización de la reproducción.

En tales circunstancias, estos avances no pueden entenderse al margen de los valores fundamentales del ordenamiento, lo que explica que el artículo 10 CE resalte como norma de referencia para la interpretación de los derechos fundamentales:

> 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
>
> 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El concepto de dignidad humana del artículo 10.1 CE ha sido invocado por quienes se oponen a la gestación por sustitución, al considerar que esta práctica instrumentaliza a la mujer gestante. Por el contrario, el artículo 10.2 CE establece que los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, y permite a sus defensores apelar a instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que reconocen el derecho a fundar una familia sin restricciones.

En efecto, el artículo 16 de la DUDH[723] reconoce el derecho de hombres y mujeres a casarse y a fundar una familia sin limitación alguna, y afirma que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y merece la protección del Estado.

> 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
>
> 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
>
> 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

[723] Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.

A su vez, el artículo 96 CE[724] establece que los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados forman parte del ordenamiento jurídico español.

Desde esta perspectiva, cabe plantearse que, si se parte de la idea que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia sin discriminación, podría resultar difícilmente conciliable con los principios constitucionales impedir que, en casos de esterilidad femenina o de imposibilidad biológica de gestar como ocurre en parejas homosexuales masculinas, otra mujer pueda hacerlo en su lugar con el material genético de los progenitores comitentes. La literalidad del artículo 16 DUDH no impone limites sobre los medios para formar una familia, sino que reconoce un derecho pleno y universal. Por tanto, la exclusión absoluta de la gestación por sustitución en el ordenamiento español podría interpretarse como una restricción desproporcionada e injustificada al derecho a formar una familia, para quienes carecen de alternativas biológicas para hacerlo de forma natural.

Esta línea argumental es seguida por el artículo 9.2 CE, que imponer a los "poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas", a la vez que les obliga a "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud…". Este artículo de eficacia directa aplica una obligación positiva de remover barreras estructurales, lo que adquiere especial importancia cuando el acceso a la parentalidad está condicionado por el sexo, la orientación sexual o la capacidad biológica.

Por lo tanto, existe una desigualdad hacia las parejas de hombres, que no pueden tener hijos biológicos sin recurrir a la gestación por sustitución, mientras que las parejas de mujeres sí pueden hacerlo mediante TRA autorizadas. El marco actual, lejos de promover la igualdad y la libertad, perpetúa una diferencia de trato que afecta directamente al pretendido derecho a formar una familia.

Esta discriminación va también en contra de lo establecido en el artículo 14 CE que proclama la igualdad ante la ley de todos los españoles sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia

[724] Constitución Española, artículo 96: 1. "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

personal o social. No obstante, la igualdad solo adquiere pleno sentido si se interpreta en clave de protección a la infancia, de ahí que resulte ineludible acudir al principio del interés superior del menor. Este principio, constituye el punto de partida tanto en el sistema español, como en los instrumentos internacionales ratificados por España, ya que obliga a garantizar el reconocimiento jurídico del menor como sujeto de derechos, la determinación de su filiación y la estabilización del estatus jurídico del niño por las vías legales previstas, evitando la convalidación de negocios jurídicos nulos. Se trata de armonizar la tutela de la infancia con los límites del orden público familiar. Su análisis detallado y su proyección práctica en materia de filiación se desarrollan en el epígrafe correspondiente de este capítulo**.**

A fin de cuentas, el examen, aunque superficial, de los derechos fundamentales, pone de manifiesto que la gestación por sustitución se sitúa en un punto de fricción entre principios constitucionales que no siempre resultan fácilmente conciliables. Por un lado, se invocan la dignidad de la persona y la protección de la mujer gestante como límites infranqueables; por otro, el derecho a formar una familia, la igualdad real y la no discriminación, especialmente en supuestos de imposibilidad biológica, reclaman una reconsideración del modelo vigente. El ordenamiento español, ha optado por la nulidad del contrato sin ofrecer una respuesta completa a las situaciones que se generan en la práctica, y deja abiertas cuestiones básicas que deben resolverse mediante una interpretación integradora de los valores constitucionales. Aquí, el interés superior del menor emerge como criterio decisivo para coordinar soluciones jurídicas que, sin desbordar los límites legales existentes, permitan dar respuesta a realidades familiares ya consolidadas.

5.1.4. Límites penales: alteración de la filiación

La gestación por sustitución produce efectos en otros ámbitos normativos cuando afloran conductas que alteran la filiación o mercantilizan la entrega de menores. De ahí que el sistema combine instrumentos penales con mecanismos administrativos para evitar el fraude de ley, proteger a la infancia y no permitir, por vías indirectas un negocio jurídico prohibido.

El Código Penal tipifica conductas relacionadas con la alteración de la filiación. Así, el artículo 220 sanciona entre otras, la suposición de parto[725] y las conductas que tergiversan o modifican la filiación del nacido, así como la sustitución de menores:

> Artículo 220:
>
> 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.
>
> 2. La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación.
>
> 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.
>
> 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.
>
> 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

La gestación por sustitución puede dar lugar a situaciones que colisionan con los tipos penales descritos en este artículo 220, especialmente cuando se intenta inscribir una filiación que no se corresponde ni con la realidad biológica, ni con los cauces legales de adopción. En estos casos, la entrega del menor a los progenitores comitentes, fuera de los procedimientos reglamentariamente establecidos, podría ser interpretada como una alteración de la filiación o incluso como una suposición de parto, si se simula que la gestante no es la madre biológica. Así, el ordenamiento penal actúa como barrera adicional frente a la normalización de prácticas prohibidas, y consolida la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Por su parte, el artículo 221 del mismo Código tipifica la entrega o recepción de menores mediando compensación económica, así como conductas encaminadas a eludir los

[725] La suposición de parto es un delito penal que consiste en fingir un alumbramiento que no ha tenido lugar o atribuirse la maternidad de un niño ajeno para alterar la filiación. Está castigado con penas de prisión de 6 meses a 2 años.

procedimientos legales de guarda, tutela o adopción. La previsión abarca supuestos con elementos transfronterizos (p. ej., entrega realizada en el extranjero) cuando la conducta implica una comercialización o vulnera el marco garantista de protección del menor.

> Artículo 221.
>
> 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.
>
> 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.
>
> 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

Debe precisarse que ambos artículos no criminalizan la mera voluntad de procrear de los progenitores comitentes, sino únicamente aquellas conductas que falsean la filiación y eluden los mecanismos jurídicos establecidos de guarda o adopción o introducen una compensación patrimonial que pudiera ser interpretada como una “compraventa” del menor.

Con relación al concepto de compensación económica, la jurisprudencia ha reiterado que esta puede adoptar formas muy diversas, no exclusivamente un pago directo, siempre que suponga una ventaja económica vinculada a la entrega del niño. Tanto en el art. 220, centrado en la veracidad del estado civil, como en el art. 221, que sanciona la entrega o recepción de un menor evitando los procedimientos legales, el bien jurídico protegido es el interés superior del menor y la integridad del sistema de filiación. De ahí que la exigencia de dolo se vincule a la conciencia de estar alterando la filiación o eludiendo deliberadamente los procedimientos garantistas de guarda, acogimiento o adopción. Este criterio permite diferenciar entre la nulidad civil del contrato de gestación por sustitución y las conductas penalmente relevantes que afectan a la protección del menor y al orden público familiar.

A pesar de la posible conexión teórica entre la gestación por sustitución y los delitos previstos en los artículos 220 y 221 del Código Penal, lo cierto es que no existe hasta la fecha jurisprudencia que haya condenado penalmente a los progenitores comitentes por el mero hecho de contratar o ejecutar un acuerdo de gestación por sustitución**,** especialmente cuando este se desarrolla en países donde la práctica es legal. La doctrina coincide en que el encaje típico de estos delitos es limitado: el contrato de gestación por sustitución no se configura como una "entrega" ilícita de un menor en el sentido clásico del tráfico de niños, sino como un acuerdo relativo a la gestación y alumbramiento, normalmente con vínculo genético con uno de los comitentes. Los pocos precedentes penales que suelen citarse son la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2008[726] o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de junio de 2008[727], pero no se refieren a gestación por sustitución propiamente dicha, sino a supuestos de adopción ilegal y alteración fraudulenta de la filiación**,** en los que existieron pagos a la madre biológica y un reconocimiento del menor al margen de las vías legales. Por ello, puede afirmarse que el Derecho penal español interviene únicamente en situaciones que realmente lesionan el interés superior del menor o su estado civil, mientras que la gestación por sustitución se sanciona por la vía civil (nulidad del contrato) y administrativa (prohibición de promoción comercial), sin que exista de momento una "jurisprudencia penal de la gestación por sustitución".

5.1.5. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Otra norma que ha influido en la regulación de la reproducción es la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero[728], que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, conocida como "Ley del aborto". Esta ley destaca por su impacto transversal en diversas normas sobre los derechos sexuales y reproductivos, y de forma indirecta, en la gestación por sustitución. En cuanto a los cambios, introdujo modificaciones con el objetivo de actualizar el enfoque jurídico en materia de derechos reproductivos y mejorar las garantías frente a prácticas susceptibles de convertir el

[726] Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sentencia de 20 de febrero de 2008 en un supuesto de alteración de la filiación mediante reconocimiento fraudulento y compensación económica a la madre biológica.
[727] SAP MA 3063/2008, de 24 de junio de 2008, (ECLI:ES: APMA:2008:3063) relativa a un caso de adopción ilegal y reconocimiento de filiación al margen de los cauces legales.
[728] (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023).

cuerpo de las mujeres en un instrumento. La nueva ley refuerza la prevención y la información sobre la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, ya establecida en la Ley 14/2006, y se enmarca en un discurso político que, como señaló públicamente la entonces ministra de Igualdad, Irene Montero, calificaba estas prácticas como una forma de violencia contra las mujeres. Desde esta enfoque, la ley insiste en la necesidad de asegurar una protección efectiva frente a cualquier forma de utilización del cuerpo femenino con fines reproductivos, incluso cuando exista consentimiento o acuerdos voluntarios entre las partes. El legislador pretende, además, impedir que cualquier actividad de mediación, publicidad o captación que tenga como finalidad facilitar acuerdos de gestación por sustitución quede amparada por el ordenamiento jurídico, aun cuando dichos servicios se ofrezcan o se realicen fuera del territorio nacional.

Todo ello se concreta en dos nuevos artículos:

> Artículo 32. Prevención de la gestación por subrogación o sustitución.
>
> 1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda 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. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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.
>
> Artículo 33. Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución.
>
> En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese.

Estos artículos se integran en el Título III, Capítulo III, dedicado a las medidas de prevención y actuación frente a formas de violencia que afectan a la salud sexual y reproductiva, dentro de las cuales se incluye la prevención de la gestación por sustitución. Por ello, aunque durante la tramitación parlamentaria se plantearon propuestas para imponer sanciones penales a los

progenitores comitentes, al final, fueron descartadas en favor de un registro centrado en los intermediarios y en las empresas que comercializan la gestación por sustitución.

Esta previsión se combina con la Ley General de Publicidad[729] y con la normativa de protección y defensa de los consumidores y usuarios, de modo que cualquier forma de difusión, intermediación o captación con fines comerciales para contratar el servicio de una gestación por sustitución, quede prohibida en territorio español. Si bien las sanciones se dirigen a las agencias de intermediación y a los que intervienen en la comercialización, los progenitores comitentes también pueden incurrir en responsabilidad. No obstante, la aplicación de sanciones cuando el padre comitente aporta su material genético resulta difícil, en cambio, en el caso de la madre comitente, aun aportando sus propios óvulos, no se le reconoce como madre biológica, por lo que podría ser sancionada. La literalidad del artículo 10.1 LTRHA, al mantener el vínculo jurídico entre maternidad y parto, obstaculiza la atribución de filiación a la mujer comitente incluso en supuestos de aportación genética. Esta conexión normativa amplía el alcance de la protección jurídica mediante campañas informativas y restricciones publicitarias, y en conjunto, ambas leyes[730] forman un régimen de protección integral que busca evitar la instrumentalización del cuerpo femenino y la falsa alteración de los vínculos de filiación.

En suma, en España, hubo una evolución temprana de las TRA debido a los avances biomédicos acompañada de una legislación progresiva, que se ha ajustado a los cambios científicos y sociales sin renunciar a ciertos límites considerados esenciales. Este recorrido culmina con la consolidación de un sistema que combina apertura a la práctica clínica con restricciones claras, entre las que destaca la exclusión de la gestación por sustitución, punto de partida del régimen vigente, cuya interpretación debería completarse con los principios constitucionales implicados.

5.1.6. Ley 4/2023 de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI[731]

La Ley 4/2023, popularmente denominada “Ley Trans”, que tiene como objetivo principal desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e

[729] La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, (BOE núm. 274, de 15/11/1988).
[730] La Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
[731] (BOE núm. 51, de 01 de marzo de 2023).

intersexuales (LGTBI), ha generado controversia acerca de un posible vacío legal en materia de gestación por sustitución, especialmente por la interacción entre el reconocimiento de la identidad de género y los mecanismos de determinación de la filiación. Esta combinación ha llevado a plantear si, de manera indirecta, podría abrirse una vía a la posibilidad de llevar a cabo esta práctica en nuestro país.

Esta situación se observa en el artículo 43 de la Ley Trans que permite que cualquier persona mayor de 16 años, pueda solicitar la rectificación registral de su sexo mediante una simple declaración de voluntad, sin necesidad de aportar ningún tipo de informe médico ni psicológico[732]. La rectificación se inscribe en un modelo de autodeterminación de género, y debe resolverse en un plazo máximo de cuatro meses. En otras palabras, si un hombre o una mujer quiere cambiar de sexo registral, lo ha de solicitar en el Registro Civil y después de una breve tramitación constará en su DNI, y en cualquier otro documento oficial. Se trata de un cambio sustancial del modelo jurídico español, que abandona la concepción biomédica de la transexualidad y la sustituye por un régimen basado en la autodeterminación subjetiva.

La Ley 14/2006 LTRHA no ha sido modificada para adaptarse a los cambios introducidos por la "Ley Trans", lo que ha generado interrogantes sobre su compatibilidad. El artículo 10.1 LTRHA, pone el acento en la nulidad del contrato de gestación subrogada "a cargo de una mujer...", es decir, utiliza una categoría binaria que ya no coincide necesariamente con la realidad registral del sujeto gestante. Esta redacción plantea dudas interpretativas en el nuevo contexto jurídico, ya que una persona biológicamente mujer que haya rectificado su sexo registral y figure legalmente como hombre, podría, *de iure*, quedar fuera de la prohibición literal del precepto. Bajo esta lógica, los hombres trans/mujeres biológicas con capacidad gestante podrían, hipotéticamente, situarse en una zona gris[733].

Conviene señalar que, en otros cuerpos normativos, sí se han introducido ajustes terminológicos para neutralizar el lenguaje de género. Así, el Código Civil (CC) ha sustituido

[732] Artículo 43.1 de la Ley Trans: "Toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años podrá solicitar por sí misma ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo".
[733] Esta posible laguna ha sido destacada en medios como *The Objective* que recuerda que el artículo 3 de la Ley Trans define la identidad sexual como la vivencia interna e individual del sexo "tal y como la persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer". En coherencia con esta concepción, la entonces ministra de Igualdad, Irene Montero, afirmo públicamente que existen «mujeres con pene y hombres con vulva".

las expresiones “padre y madre” por “progenitores” (artículo 109 CC) y se ha redefinido el matrimonio[734] como un derecho de “toda persona” (artículo 44 CC).

Este cambio ha reavivado el debate doctrinal respecto a la eventual incidencia del sexo registral del sujeto gestante en la determinación de la filiación. En la gestación por sustitución, la maternidad se atribuye a la mujer que da a luz, sin embargo, si la persona que pare figura registrada como hombre, surge la cuestión de si debe ser considerada “madre”, “padre” o, en su caso, simplemente “progenitor” termino ya modificado en el CC. La respuesta afecta no solo a la validez del contrato, sino también al régimen de filiación establecido en el CC y a la coherencia entre situaciones que, desde un punto de vista biológico, son idénticas pero que, desde el punto de vista registral, se presentan de forma distinta. Aunque esta problemática aún no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, se necesita una clarificación normativa que evite conflictos prácticos, sobre todo en contextos internacionales o en supuestos en los que la capacidad gestante no coincide con el sexo registral. Por lo tanto, la ausencia de una reforma en la redacción del art 10 LTRHA puede generar lagunas jurídicas y diversidad de interpretaciones, sin embargo, al tratarse de un cambio reciente, todavía no se han documentado casos en materia de gestación por sustitución, si bien ya han surgido controversias en el ámbito penal sobre la autodeterminación del género[735].

La valoración doctrinal suscitada por la interacción entre la Ley Trans y la LTRHA ha puesto de manifiesto un amplio abanico de posiciones críticas. Entre ellas, De Lora, Catedrático de Filosofía del Derecho, abordó esta cuestión en la jornada “En torno a la ley trans comparecen los expertos”, planteando que “Toda vez que hay hombres trans, mujeres biológicas que al mantener su útero conservan su capacidad gestante**,** ¿pueden los hombres trans acordar la gestación de un embrión ajeno? ¿Es materna la filiación en su caso? Si la respuesta a la primera pregunta es que sí, estaríamos abriendo la puerta a una discriminación injustificada entre hombres

[734] Antes de la reforma, el matrimonio se definía en los siguientes términos: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.
[735] Javier Martín-Arroyo, “Maltratadores de violencia machista que cambian de sexo en el registro civil para intentar eludir condenas”, *El País*, 22 de agosto de 2024, disponible en: https://elpais.com/sociedad/, consultado el 1 de septiembre de 2024; Carmen Corazzini, “Cambios de sexo para eludir condenas de violencia de género: estas son las lagunas de la Ley Trans”, *20 Minutos*, 22 de septiembre de 2024, disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/5636090/0/cambios-sexo-eludir-condenas-violencia-genero-lagunas-ley-trans/, consultado el 4 de octubre de 2024.

trans y mujeres**,** una diferente capacidad de obrar en el ámbito civil que recordaría a épocas felizmente pasadas"[736].

Si bien no es el objeto de este trabajo responder a estos interrogantes, hay que precisar que la ausencia de una prohibición expresa de la gestación por sustitución, unida a las reformas recientes, plantea un escenario de incertidumbre normativa que podría exigir una revisión futura. Álvarez y Ausina, advierten que: "La propia regulación existente (artículo 10 LTRHA), declara la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución y, con ello, la ausencia de efectos respecto a la posible filiación que pretendía dicho contrato. Ello significa que la norma, ni dispone expresamente la prohibición de tal práctica, ni sanciona a quienes llevaran a cabo tales técnicas reproductivas. Ahora bien, que ello sea efectivamente así no supone, como creemos, que encaje sin más con nuestro marco constitucional. En efecto, lo que le ocurre a esta norma es que simplemente omitió confrontar la gestación por subrogación con la Constitución misma como suma, no sólo de espacios de libertad, sino también de igualdad entre los sujetos implicados". Esta crítica resulta importante, porque manifiesta que la respuesta normativa actual se limita a negar efectos jurídicos al contrato, sin afrontar de forma expresa los problemas constitucionales en materia de igualdad y de protección de los derechos fundamentales que plantea esta práctica.

En síntesis, la interacción entre la Ley Trans y la LTRHA ha generado una indefinición jurídica que exige prudencia normativa. El legislador deberá decidir si adapta la legislación sobre reproducción asistida al nuevo modelo de autodeterminación de género o, si mantiene la concepción tradicional de maternidad vinculada al parto. En este sentido, la coexistencia de ambos modelos sin una adecuada armonización normativa genera inseguridad jurídica y revela una falta de coherencia en el sistema, lo que hace difícil sostener a largo plazo el modelo actual sin una reforma expresa. La respuesta a esta cuestión será determinante para el futuro de la gestación por sustitución en España.

[736] Marcos Ondarra, "Una laguna en la 'ley trans' legaliza la gestación subrogada si la mujer se declara hombre", *The Objective*, 31 de marzo de 2023, disponible en: https://theobjective.com/espana/2023-03-31/laguna-ley-trans-gestacion-subrogada, consultado el 31 de marzo de 2023.

5.2. Gestación por sustitución y la formación de las familias en España

Más allá de su tratamiento jurídico, la gestación por sustitución tiene un impacto en la formación de las familias en España. Su estudio requiere tener en cuenta el contexto sociocultural actual, marcado por la pluralidad de modelos familiares y por los cambios en la forma de entender la reproducción y la filiación.

5.2.1. Contexto sociocultural

Es sabido que en nuestra sociedad existen diversas formas de crear una familia: la reproducción natural, las TRA y la adopción. La gestación por sustitución se sitúa en un punto intermedio entre estos modelos, se podría decir, que es un modelo híbrido ya que integra elementos de todos ellos. Por un lado, se considera reproducción natural en la medida que el nacimiento se produce a través del cuerpo de una mujer; por otro, incorpora artificialidad al requerir la FIV; y es afín a la adopción, ya que, incluso cuando la madre comitente aporta sus propios óvulos, debe adoptar para ser reconocida legalmente como madre. Por lo tanto, la gestación por sustitución constituye una modalidad alternativa de filiación que, desde una perspectiva práctica, amplía los modelos familiares.

Este escenario lleva a replantear las nociones de maternidad y paternidad, tal y como se desarrolló en el capítulo tercero. Los modelos familiares han evolucionado, y en numerosos casos, ya no responden a las categorías tradicionales. Este proceso de transformación se hizo especialmente visible tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el CC para reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, alejándose de la antigua definición clásica de Modestino: "el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer…"[737].

Desde entonces, el matrimonio deja de ocupar un lugar central en la constitución jurídica de la familia. Asimismo, la filiación ha adquirido una mayor autonomía, al no quedar necesariamente condicionada por la existencia de vínculo matrimonial, lo que ha permitido reconocer jurídicamente nuevas realidades familiares basadas en criterios distintos al modelo tradicional.

---

[737] D. 23. 2. 1 (*Mod*. 1 *Reg.)*: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et (1) consortium omnis vitae divini et human iuris communicatio.*

Este proceso no constituye, en realidad, una ruptura absoluta con el pasado, sino más bien la recuperación de una diversidad que ya estuvo presente en otros momentos históricos. Como se vio en capítulos anteriores, las fuentes muestran que antes de la consolidación del modelo romano patriarcal clásico y, sobre todo, por la tradición cristiana posterior, coexistieron formas de organización familiar flexibles, en las que las funciones de gestar, criar o asumir vínculos parentales no siempre recaían en las mismas personas ni respondían a un único esquema. La progresiva hegemonía de los modelos familiares normativizados en época tardo-romana y cristiana contribuyó a fijar una concepción más cerrada de la familia y de la filiación, cuyos efectos han perdurado durante siglos en la tradición jurídica occidental. Sin embargo, la evolución normativa reciente se desplaza hacia modelos más abiertos, en los que la realidad social vuelve a desbordar las categorías tradicionales, reabriendo un debate que, en cierto modo, conecta con esa diversidad histórica previamente existente.

La adaptación de las leyes a esta sociedad en transformación no se ha detenido, sino que continúa desarrollándose en la actualidad. En los últimos años, el legislador ha impulsado una amplia revisión del concepto jurídico de familia, tanto en reformas ya aprobadas como en iniciativas legislativas en curso. Sirva de ejemplo, el Proyecto de Ley de Familias, que parte del reconocimiento expreso de la diversidad de modelos familiares y supera definitivamente una percepción única y tradicional de la familia[738]. Aunque dicha norma continua en proceso de tramitación, a pesar de haber sido aprobada por el Consejo de ministros en febrero de 2024, parte de su contenido ha ido incorporándose al ordenamiento español mediante reformas sectoriales, especialmente en materia de conciliación y protección social, constatando esta orientación hacia el reconocimiento de una pluralidad de familias[739]. No obstante, la evolución

---

[738] Proyecto de Ley de Diversidad Familiar y Apoyo a las Familias, documento de consulta pública, Secretaría de Estado de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en: https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/consultapub/apl-ley-familias.pdf, consultado el 3 de julio de 2025; Mireia Sánchez Vaquero, *"*Ley de familias: descubre las claves y el proyecto de Ley*." Blog Factorial,* 6 de febrero de 2025. La autora recoge, con carácter divulgativo, distintas realidades familiares mencionadas en el debate público y en documentos preparatorios del proyecto de Ley de Familias, sin que dicha enumeración constituya un listado normativo cerrado ni tenga valor jurídico vinculante. Disponible en https://factorial.es/blog/ley-de-familias/#nuevos-tipos-familias, Consultado el 18 de marzo de 2025.

[739] Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023); Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas

normativa es incompleta, en la medida en que persisten ámbitos como el de la gestación por sustitución en los que el reconocimiento de la diversidad familiar no ha ido acompañado de una respuesta jurídica plenamente coherente.

En esta progresiva ampliación del concepto de familia, resulta llamativo que España no cuente con una respuesta clara respecto a los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero. La práctica, como se ha señalado, está prohibida en territorio nacional, pero no fuera de nuestras fronteras. El verdadero desafío surge cuando los efectos de esos acuerdos inciden sobre nuestro ordenamiento. Esta situación puede compararse con un ejemplo de la celebración de una boda oficiada en Las Vegas (EE. UU.)[740], que, si inicialmente no está reconocida en España, puede llegar a producir efectos tras la correspondiente tramitación. Algo similar se plantea respecto a la gestación por sustitución, cuyos efectos se proyectan sobre el sistema jurídico español pese a ser una práctica ilícita en España.

Aun así, la prohibición no ha frenado su uso, sino todo lo contrario: un número creciente de familias españolas recurren a esta práctica en el extranjero. Los datos disponibles apuntan a un incremento sostenido. Según International Social Service USA[741] se calcula que desde 2016 han nacido en el mundo alrededor de 20.000 niños mediante esta técnica. Esta cifra global incluye a España, donde entre 2010 y 2022[742], los registros civiles consulares recibieron 3.516 solicitudes de inscripción de bebés nacidos mediante gestación por sustitución. En 2022, Estados Unidos se consolidó como destino principal concentrando el 56,22% de las solicitudes

---

urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023); Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2025, páginas 102441 a 102456 (16 págs.).

[740] Con Elvis Presley como oficiante.

[741] International Social Service Network, "International Surrogacy - Call for Action", disponible en: https://www.iss-usa.org/international-surrogacy-call-for-action-by-the-international-social-service-network/, consultado el 6 de abril de 2024.

[742] Últimos datos disponibles.

españolas[743]. En 2023, se registraron 249 solicitudes, de las cuales 159 culminaron en inscripciones efectivas (66,26%)[744]. Diversas asociaciones estiman que cada año podrían llegar a España entre 1.000 y 1.400 niños. lo que prueba su creciente demanda en la creación de estas nuevas familias[745].

Por el contrario, la adopción internacional presenta una demanda más baja en comparación al auge de la gestación por sustitución. Aunque durante las primeras décadas del siglo XXI la adopción internacional fue la vía más común para formar una familia, en los últimos años las solicitudes han descendido. En 2023 se registraron únicamente 183 adopciones internacionales, menos de la mitad de las contabilizadas antes de la pandemia en 2019, con 375 adopciones[746] y muy lejos de las cifras de hace una década[747], con 1.200 casos, o los 5.000 registrados en el año 2000[748]. Esta disminución responde a múltiples factores: el endurecimiento de las leyes internacionales, la preferencia de los países de origen por fomentar la adopción nacional y la introducción de restricciones adicionales. Rusia y China, por ejemplo, tradicionalmente países

---

[743] Yuli Jara, "Los datos de la gestación subrogada: 165 niños se han inscrito en los consulados españoles por esta técnica en 2022", *Newtral*, 29 de marzo de 2023, disponible en: https://www.newtral.es/datos-gestacion-subrogada/20230329/, consultado el 6 de abril de 2024.

[744] Los consulados españoles registraron en 2023 a 159 menores nacidos mediante gestación subrogada, según detalla el Ejecutivo en una respuesta parlamentaria registrada en el Congreso de los Diputados, recogida por Europa Press, disponible en https://www.europapress.es/sociedad/noticia-consulados-espanoles-registraron-2023-159-menores-nacidos-gestacion-subrogada-gobierno-20241118130952.html, consultado el 2 de febrero de 2026.

[745] Según Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, información institucional, disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus, consultado el 6 de abril de 2024.

[746] Secretaría de Estado de Juventud e Infancia, *Estadísticas de Adopción Internacional. Años 2019–2023*, Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, actualizado el 20 de marzo de 2024, disponible en: https://www.juventudeinfancia.gob.es/es; Ministerio de Juventud e Infancia, *Estadísticas de Adopción Internacional 2019–2023* (Madrid: Gobierno de España, 2024), disponible en https://www.juventudeinfancia.gob.es/sites/default/files/ESTADISTICAS_ADIN_2019_2023_con_CCAA.pdf, consultado el 3 de septiembre 2025; Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia y la adolescencia*, nº 25 (Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2024), disponible en https://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm., consultado el 3 de septiembre 2025; María González et al., "Adopción internacional en España: situación actual y perfil del menor adoptado," *Anales de Pediatría* 82, n.º. 2 (2015): pp. 95–102.

[747] Durante la última década, el número de ofrecimientos de adopción descendió notablemente hasta situarse en 2.535 en 2022, frente a, por ejemplo, los 4.212 registrados en 2013. De ellos, 652 correspondían a adopciones internacionales y 1.883, a adopciones nacionales. Aunque las adopciones nacionales son mayores que las internacionales, también se percibe un descenso. Rosa Fernández, "Las adopciones en España: datos estadísticos", *Statista*, última actualización 23 de septiembre de 2024, disponible en: https://es.statista.com/temas/6036/las-adopciones-nacionales-e-internacionales-en-espana, consultado el 26 de noviembre de 2024.

[748] Carmen Moreno, Francisco Rivera, Cristina Paniagua, et al., *¿Cómo es la adolescencia de los chicos y chicas adoptados en España?* (Madrid: Ministerio de Sanidad, 2018), disponible en: https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/entornosSaludables/escuela/estudioHBSC/2018/docs/HBSC2018_AdolescentesAdoptados.pdf, consultado el 3 de septiembre de 2025.; "Las adopciones internacionales en España caen en picado…", *El Mundo*, 3 de abril de 2024, disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2024/04/03/660cef7ffc6c839f5e8b45a0.html, consultado el 2 de septiembre de 2025.

de referencia prohíben la adopción por parte de matrimonios homosexuales, y en el caso ruso, también a personas solteras o parejas de hecho.

Otro elemento determinante es la edad de los menores adoptables: en la actualidad, la media supera los dos años en la adopción internacional y también en la nacional, donde los procesos pueden prolongarse hasta una década[749]. A ello se suma que el acceso a las TRA permite a muchas mujeres concebir a edades más avanzadas, lo que reduce aún más la demanda de adopciones[750].

En este contexto, Matia Portilla ha señalado que en España ya nacen más niños mediante gestación por sustitución que por adopción[751]. No obstante, la socióloga Trejo, fundadora de la plataforma "Stop Vientres de Alquiler" afirmó en una entrevista que desde la entrada en vigor de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 2010, habrían llegado a España 3,273 menores nacidos por "vientre de alquiler", si bien la falta de precisión en la fuente obliga a tomar este dato con cautela[752].

Lo cierto es que mientras las adopciones internacionales disminuyen, la gestación por sustitución muestra un crecimiento progresivo. Quienes han atravesado procesos de adopción conocen su complejidad: las trabas burocráticas, los plazos prolongados y una espera a menudo extenuante son elementos comunes. Por ello, no resulta improbable pensar que, en un futuro próximo, la gestación por sustitución se consolide como una alternativa preferente frente a la adopción para quienes quieran formar una familia. Esta tendencia tampoco es ajena a la experiencia histórica. En Roma, la adopción no operaba como una verdadera alternativa a la descendencia biológica, sino como un recurso excepcional afín a intereses patrimoniales o de continuidad familiar. La preferencia por el vínculo biológico se mantuvo como criterio dominante, relegando la adopción a un papel secundario. Esta continuidad pone de relieve que,

---

[749] "¿Cuánto tiempo se tarda en adoptar a un niño en España?" *Informativos Telecinco*, 29 de marzo de 2023, disponible en: https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20230329/cuanto-tiempo-tarda-adoptar-nino-espana_18_09128523.html, consultado el 7 de enero 2024,

[750] "Las adopciones internacionales en España caen en picado," *El Mundo*, disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2024/04/03/660cef7ffc6c839f5e8b45a0.html, consultado el 2 de septiembre de 2025. consultado el 2 de septiembre de 2025.

[751] Francisco Javier Matia Portilla, "¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?", en *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, dirs. Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019): p. 384.

[752] Ana Trejo, "Los niños no pueden ser utilizados como una terapia", entrevista en *RTVE Play*, 5 de abril de 2023, disponible en: https://www.rtve.es/play/videos/hablando-claro/fundadora-stop-vientres-alquiler/6852393/, consultado el 1 de abril 2024.

más que una solución sustitutiva, la adopción ha ocupado tradicionalmente un lugar residual dentro de las estrategias de formación familiar.

5.2.2. Planteamiento de la necesidad de regulación de la gestación por sustitución

El problema es que mientras la gestación por sustitución continúa aumentando, no existen normas que orienten a las personas que recurren a esta técnica en el extranjero. Esta ausencia genera una situación de vacío legal y una indefensión para las familias implicadas a la vez que plantea interrogantes como ¿qué derechos tienen? o ¿cómo se integra su realidad familiar en un sistema que no regula la práctica pero que produce efectos? Ante esta incertidumbre, surge la duda si las normas generales que regulan el derecho de familia previstas en el CC son suficientes para resolver los supuestos en los que una pareja ha tenido un hijo mediante esta técnica, fuera de nuestras fronteras y ha de ser inscrito aquí. A su regreso, se encuentran con un laberinto legal difícil de conciliar con su situación personal.

5.2.2.1. Iniciativas legislativas, institucionales y propuestas académicas

Durante la última década han surgido diversas iniciativas públicas, parlamentarias e institucionales que han abogado por la regulación de la gestación por sustitución[753].

Durante los años 2016 y 2017 se formularon varias propuestas orientadas a establecer un marco jurídico. En abril de 2016 el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) presentó el documento "Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución" que pretendía asentar las bases éticas y operativas para una eventual ordenación. El texto, con el objetivo de evitar la explotación de mujeres, defendía un modelo estrictamente altruista, es decir, sin ánimo de lucro, prohibiendo cualquier tipo de compensación económica más allá de los gastos médicos derivados del embarazo. Asimismo, proponía garantizar la filiación legal directa del menor sin necesidad de adopción posterior. La iniciativa, sin embargo, no llegó a convertirse en proyecto legislativo[754].

---

[753] En España existieron varias propuestas de regulación, que fueron desde la prohibición absoluta, como es el caso del Comité de Bioética de España hasta una regulación más permisiva, como la que propuso el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad, o la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos en el Parlamento español.

[754] Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución* (Madrid: Sociedad Española de Fertilidad, 2016), disponible en https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf, consultado el 27 de marzo 2024.

Al año siguiente, en abril de 2017, la Asociación por la Gestación Subrogada en España promovió ante el Congreso de Diputados una Iniciativa Legislativa Popular[755] (ILP) con planteamientos similares. La iniciativa proponía legalizar la gestación por sustitución altruista únicamente para mujeres con problemas de fertilidad o incapacidad para gestar, y bajo controles médicos y legales rigurosos para evitar abusos y explotación. Aunque la iniciativa fue admitida a trámite, no obtuvo el respaldo parlamentario necesario para continuar su tramitación[756].

Ese mismo año, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó en el Congreso una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (122/000117) publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2017. La propuesta detallaba requisitos estrictos: la gestación debía ser exclusivamente altruista, y la mujer gestante debía ser mayor de 25 años, de nacionalidad española o residencia legal con situación administrativa regularizada, con una estabilidad socioeconómica, y haber tenido al menos un hijo propio. Se excluía expresamente a mujeres inmigrantes en situación irregular con el objetivo de evitar situaciones de aprovechamiento, indefensión y vulnerabilidad. Por otra parte, los progenitores comitentes debían tener entre 35 y 45 años, ser españoles o residentes legales, estar casados o inscritos como pareja de hecho y acreditar haber agotado previamente todas las vías posibles de reproducción asistida[757]. La propuesta debatida en el Congreso en 2018 fue rechazada por la mayoría de los grupos parlamentarios (Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) y otros grupos optaron por la abstención, y solo Ciudadanos y algunos diputados independientes

[755] Una ILP es un mecanismo por el cual los ciudadanos pueden proponer leyes al Parlamento para que sean debatidas en el Congreso, siempre que recojan al menos 500.000 firmas de personas con derecho a voto en España
[756] Asociación para la Legalización y Regulación de la Gestación Subrogada en España, *Proposición de ley de gestación subrogada* (Madrid: Asociación para la Legalización y Regulación de la Gestación Subrogada en España, 2017), disponible en https://www.xn--gestaciónsubrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf, consultado el 27 de marzo de 2024.
[757] María del Mar Navarro Martínez, "Análisis de la iniciativa legislativa popular española de gestación subrogada",en *Questioni di inizio vita*, eds. Lorenzo Chieffi y José Ramón Salcedo Hernández (Milán: Mimesis Edizioni, 2015): pp.419-431; Óscar García, "Ciudadanos aplaza su polémica Ley de Gestación Subrogada porque ahora ya no la ve prioritaria", *Cadena SER*, 18 de junio de 2018, disponible en: https://cadenaser.com/ser/2018/06/18/politica/1529339676_032423.html, consultado el 21 de octubre de 2024.

votaron a favor. Desde entonces, no se ha vuelto a debatir ninguna otra propuesta de ley para regular esta práctica[758].

Ante la falta de éxito de estas iniciativas legislativas, han sido los órganos administrativos (DGRN) y judiciales (Tribunal Supremo) los que, mediante la interpretación de la norma, han tenido que dar respuesta a las situaciones de hecho ya creadas, reconociendo derechos prestacionales o registrales en favor del interés del menor las cuales veremos en detalle más adelante.

En el ámbito académico, el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, coordinado por Casado y Navarro-Michel, publicó en febrero de 2019 un documento crítico, pero abierto al debate regulatorio. Aunque advertía de los riesgos de explotación de la mujer y de la instrumentalización del deseo de ser padres, planteaba que, en caso de optarse por una regulación, esta debía ser estrictamente garantista. Entre las condiciones que proponía se encontraban el control judicial del procedimiento, la exclusión de intermediarios lucrativos, el derecho de la gestante a revocar su consentimiento incluso tras del parto, la evaluación de la idoneidad de los comitentes y la publicidad registral limitada. De este modo, en caso de admitirse, el Observatorio no defendía esta práctica como tal, pero consideraba necesario establecer un marco jurídico sólido que protegiera los derechos de todas las partes, especialmente los de la gestante y el menor[759].

El sector médico también ha adoptado una postura respecto a la gestación por sustitución. La actualización del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) presentada oficialmente en marzo de 2023 y que sustituye al anterior de 2011, rechazó la gestación por sustitución con contraprestación económica, por considerarla contraria a la dignidad de la mujer. Sin embargo, admitió la posibilidad de una modalidad altruista, siempre que se garantizará la protección de la gestante y el interés superior del menor. Además, requiere que el proceso se someta a una regulación oportuna y a la supervisión de la

---

[758] Grupo Parlamentario Ciudadanos, *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017: pp. 1–12, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1, consultado el 10 de Julio de 2024.

[759] Observatorio de Bioética y Derecho, Gestación por sustitución, coord. María Casado y Mónica Navarro-Michel (Barcelona: Universidad de Barcelona, febrero 2019), disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestación-sustitucion.pdf, consultado el 14 de marzo 2024.

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Es importante destacar que, aunque el nuevo Código muestra una cierta apertura hacia la modalidad altruista recuerda que esta práctica sigue siendo ilegal en España.

5.2.2.2. Argumentos abolicionistas y de prohibición vs regulacionistas

En el plano institucional, la posición que predomina en España ha sido históricamente restrictiva y, en ocasiones, claramente abolicionista. El Gobierno ha reiterado su negativa a regular esta práctica y, en 2019, dejó sin efecto una instrucción dirigida a los registros consulares sobre la inscripción de menores nacidos mediante esta técnica en el extranjero, reafirmando su ilegalidad y anunciando medidas contra su publicidad y promoción[760].

Esta postura se sustenta en el informe emitido en 2017 por en el Comité de Bioética de España (CBE), organismo asesor del Gobierno en cuestiones éticas y sanitarias. El documento titulado *Aspectos éticos y jurídicos de la gestación subrogada*, fue aprobado por mayoría y adoptó una postura contraria a su legalización[761]. El informe analizó la compleja separación entre gestación y maternidad, fenómeno que identificó los desafíos bioéticos que plantea esta disociación. Se clasificaron las distintas modalidades de gestación por sustitución y se establecieron las bases para un debate ético sistemático. Entre los aspectos examinados se destacaron las implicaciones biológicas y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación.

El Comité también reflexionó sobre la libertad real de la mujer gestante o si, por el contrario, está siendo explotada, y examinó el impacto de esta práctica en el bienestar del menor. Finalmente, evaluó el marco legal vigente en España, tanto en sus aspectos jurídicos y políticos,

---

[760] La Moncloa. "Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero, 16 de febrero de 2019; RTVE. "El Gobierno rechaza la gestación subrogada y recuerda que es ilegal en España." *RTVE Noticias*, 29 de marzo de 2023,; El PSOE plantea reforzar la ley para impedir traer bebés de gestación subrogada desde el extranjero", *El Progreso*, 30 de marzo de 2023, disponible en: https://www.elprogreso.es/articulo/espana/psoe-plantea-reforzar-ley-impedir-traer-ninos-gestación-subrogada/20230330121050165288O.htm; El Gobierno, en contra de la gestación subrogada: 'Protegemos el derecho de los niños a no ser mercancía", *El Independiente*, 30 de marzo de 2023, disponible en: https://www.elindependiente.com/espana/2023/03/30/el-gobierno-en-contra-de-la-gestación-subrogada-protegemos-el-derecho-de-los-ninos-a-no-ser mercancía/, consultados el 14 de marzo de 2024; Berta O. García, "La publicidad de la gestación subrogada: prohibida pero tolerada", *El Común*, 23 de enero de 2025, disponible en: https://elcomun.es/2025/01/23/la-publicidad-de-la-gestación-subrogada-prohibida-pero-tolerada/, consultado el 4 de mayo 2025.

[761] Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, octubre de 2023, disponible en https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf, consultado el 10 de abril de 2024.

como en relación con las diferentes regulaciones en el ámbito internacional[762]. En sus conclusiones, recomendó prohibirla al considerar que "todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor". Aunque esta fue la postura mayoritaria, el informe generó discrepancias internas[763].

La posición institucional contraria a la legalización de esta práctica ha sido intensificada por voces políticas y sociales que comparten una visión crítica. Diversos actores públicos han subrayado los riesgos de explotación y desigualdad asociados a la gestación por sustitución, especialmente en contextos de vulnerabilidad económica, consolidando un discurso que enfatiza la necesidad de proteger a las mujeres frente a posibles formas de instrumentalización reproductiva[764].

Asimismo, numerosos organismos, asociaciones y plataformas han manifestado su oposición. Entre ellas destaca la Red Estatal Contra el Alquiler de Vientre que agrupa entidades cuyo *leitmotiv* es denunciar la cosificación de la mujer y del recién nacido mediante un contrato mercantil que resulta equiparable a una compraventa o tráfico de humanos. Esta línea argumental ha sido respaldada por el Gobierno, ya que varias de sus ministras forman parte o simpatizan con estas organizaciones[765] .

---

[762] Alice Cuddy, "¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?", *Euronews*, 13 de septiembre de 2018, disponible en: https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestación-subrogada?, consultado el 4 de mayo de 2025.

[763] En este sentido, el voto particular de Carlos María Romeo Casabona se apartó de la posición mayoritaria, señalando que, aunque el contrato es nulo en el ordenamiento español, la práctica en sí no está prohibida ni sancionada para las personas directamente implicadas. A su juicio, la gestación por sustitución no implica necesariamente explotación ni compraventa de menores, aunque existe un riesgo real de que así ocurra. Asimismo, admitió que, en abstracto, podría diseñarse un modelo regulador que garantizase los derechos de todas las partes, si bien consideró que las experiencias existentes resultan insuficientes en la tutela de la dignidad de la gestante y del menor.

[764] NTM / Agencias, "El Gobierno español afirma que la gestación subrogada es 'una forma de violencia contra las mujeres'", *Deia*, 29 de marzo de 2023, disponible en: https://www.deia.eus/actualidad/sociedad/2023/03/29/montero-reitera-gestacion-subrogada-forma-6624132.html, consultado el 14 de marzo de 2024.

[765] Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres (RECAV), "Comunicado internacional para la prohibición global del alquiler de vientres", *NoAlquilesVientres.com*, acceso el 3 de septiembre de 2025, disponible en http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/. consultado el 3 de septiembre de 2025; El Gobierno anuncia medidas contra la gestación subrogada y su publicidad", *La Sexta*,, disponible en https://www.lasexta.com/noticias/nacional/ministra-igualdad-lamenta-que-resolucion-tribunal-supremo-blanquee-gestación-subrogada, consultado el 14 de marzo de 2024; "El Ministerio de Igualdad presenta un informe jurídico a la Abogacía del Estado por la promoción comercial de la gestación por sustitución", 24 de

Los argumentos éticos más recurrentes dentro de esta corriente son la mercantilización del cuerpo humano y la posible explotación de las mujeres con escasez de recursos, los riesgos físicos y psicológicos para la gestante, y el impacto emocional de la separación en el recién nacido. Algunos sectores han llegado a comparar la gestación por sustitución como una forma de trata de seres humanos, al entender que se produce una "venta" del bebé a cambio de dinero, sin considerar que, en la mayoría de los casos, el material genético proviene de los propios progenitores comitentes. Surge así la pregunta retórica: ¿puede hablarse de compraventa cuando los progenitores genéticos son quienes reciben al menor? ¿están comprando sus propios hijos? Estas cuestiones ponen de manifiesto la complejidad de trasladar categorías propias del Derecho patrimonial al ámbito de la reproducción, donde intervienen elementos biológicos, personales y jurídicos que dificultan una calificación uniforme.

Otro argumento es la protección de la infancia, que alerta sobre los posibles efectos psicológicos derivados de la separación temprana de la mujer gestante[766], lo que además cuestiona la ruptura del modelo de familia "natural", aunque este mismo razonamiento también se plantea en el contexto de la adopción.

Frente a las posturas críticas. existen diversos sectores sociales y profesionales que defienden la necesidad de establecer una regulación. Entre ellos destacan la Asociación por la Gestación Subrogada en España, la Asociación Son Nuestros Hijos y la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) junto con otros colectivos que promueven un modelo garantista y legal estructurado.

Es importante señalar que los defensores comparten una serie de argumentos comunes, aunque proceden de perspectivas diversas. Entre las razones más citadas[767], en primer lugar, apelan al

---

enero de 2025, disponible en: https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/sala-de-prensa/el-ministerio-de-igualdad-presenta-un-informe-juridico-a-la-abogacia-del-estado-por-la-promocion-comercial-de-la-gestación-por-sustitucion/, consultado el 4 de mayo de 2025.

[766]Nicolás Ruiz-Robledillo y Luis Moya-Albiol. "Gestational Surrogacy: Psychosocial Aspects." *Psychosocial Intervention* 25, n.º 3 (2016): pp. 187–193; Sara Moreno Alhambra et al. "Efectos psicológicos de la gestación subrogada en la madre gestante." *Revista Sanitaria de Investigación*, 16 febrero de 2024.

[767] David Martínez Zorrilla, "Acerca de la justificación (no legalidad) de la gestación subrogada." *Blog de la UOC*, 5 de septiembre de 2023. disponible en: https://blogs.uoc.edu/edcp/es/acerca-de-la-justificacion-no-legalidad-de-la-gestación-subrogada/, consultado el 6 de mayo 2024; Eleonora Lamm, "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución." *Gaceta Sanitaria* 31, no. 6 (2017): pp. 539–540;" Embarazo subrogado: argumentos clave a favor y en contra." *Guía Legal*, disponible en: https://guia-legal.com/embarazo-subrogado-argumentos-clave-a-favor-y-en-contra/, consultado el 6 de mayo 2024, "Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España.", *Noticias Jurídicas*. Disponible en: https://noticias.juridicas.com, consultado el 6 de mayo de 2024.; "Argumentos jurídicos a favor de la gestación subrogada: todo lo que debes saber", *Apex Bioética*., disponible en: https://apexbioetica.org, consultados el 6 de mayo de 2024.

respeto de los derechos reproductivos, a la autonomía personal a tomar decisiones sobre el propio cuerpo y a la libertad para decidir como formar una familia. Pese a las dificultades registrales existentes, muchas familias desean tener un hijo biológico, y reivindican que, del mismo modo que una mujer puede interrumpir voluntariamente su embarazo, también debería poder gestar y dar una vida para otra persona si así lo decide libremente.

La gestación por sustitución se presenta, además, como una vía de acceso a la paternidad/ maternidad para quienes no pueden concebir o gestar, como es el caso de las parejas heterosexuales con problemas de fertilidad o parejas homosexuales masculinas. Desde la aprobación del matrimonio igualitario, se ha denunciado una discriminación material entre parejas del mismo sexo: pueden contraer matrimonio, pero no formar una familia consanguínea en común. ¿Acaso no constituye la finalidad del matrimonio la formación de una familia? ¿No deberían las parejas homosexuales masculinas tener el mismo derecho a formar una familia biológica que cualquier otra?, Esta situación se percibe como una de las discriminaciones respecto a las mujeres (solas o parejas lesbianas) más significativas en este ámbito.

Finalmente, uno de los pilares del discurso regulacionista es la protección del interés superior del menor. Desde esta perspectiva, se argumenta que la prohibición no impide la existencia de estos niños, sino que los sitúa en una situación de vulnerabilidad jurídica y social. En el marco actual, el bienestar de los nacidos mediante gestación por sustitución no está plenamente garantizado, ya que la ausencia de una normativa clara en España obliga a las familias a transitar por procesos judiciales o administrativos complejos para lograr el reconocimiento de la filiación.

Para los defensores de la regulación, la falta de una ley nacional no protege al menor, sino que lo castiga por el modo en que fue concebido, privándole de una seguridad jurídica inmediata y sometiéndolo a una estigmatización que contraviene los tratados internacionales de derechos humanos. Por ello, sostienen que un entorno legal preciso no solo proporcionaría orden, sino que actuaría como una herramienta de protección real, garantizando desde el nacimiento su derecho a la identidad, a la nacionalidad y a la protección social por parte del Estado, con independencia de las circunstancias de su gestación.

5.2.2.3. Opinión Pública

Todo esto ha generado un debate no solo jurídico y político, sino también social, formulado en múltiples encuestas, estudios académicos y casos mediáticos. A pesar de su prohibición sigue siendo objeto de controversia y está altamente polarizado, tanto entre la ciudadanía como en las instituciones.

La opinión pública muestra una tendencia distinta a la postura oficial del Gobierno. Entre diversos sondeos que se han llevado a cabo durante años, se encuentra el estudio de Sociométrica para *El Español* (27 febrero de 2017) donde publicaba que casi el 70% de los encuestados apoyaba la gestación por sustitución: el 48% favorable en cualquier caso (ya fuera altruista o remunerada), mientras que el 19% la aceptaba únicamente si se realizaba sin ánimo de lucro y un 16% consideraba que debía estudiarse caso por caso[768].

Otro estudio de *NC Report* para *La Razón* (5 de marzo de 2017) mostró una sociedad más dividida: el 42% de la población se posicionaba en contra, frente a un 41,6% a favor, pero solicitaba la creación de un comité de expertos, y un 16,4% indeciso sin un posicionamiento claro. El apoyo era mayor entre los jóvenes de 18 a 24 años que contaba con más opiniones favorables (54%) frente al grupo de mayores de 65 años, que concentraba un 52,5% de opiniones desfavorables. En el plano ético, el 40,6% consideraba que esta práctica cosifica a la mujer, mientras que el 45,1% no compartía esa visión y un 14,3% no se pronunciaba al respecto. En cuanto a la regulación, el 60,2% opinaba que solo se debiera autorizar en determinados casos "especiales", frente al 24,2% que la aprobaría "en cualquier caso" y un 15,6% no tenía una postura clara. También se observaba una división de opiniones con respecto a si la gestante debía obtener un beneficio económico o no: el 45,4% defendía que la gestante debería recibir compensación económica, mientras que el 41,6% prefería un modelo altruista y el 13% no se pronunciaba[769]. Finalmente, el 72,2% opinaba que la madre sustituta no debería tener derechos sobre el bebé tras el parto, aunque un 17,2% discrepaba.

---

[768] Jorge Sáinz, "Una clara mayoría a favor de que se autorice la gestación subrogada", *El Español*, 26 de febrero de 2017, disponible en: https://www.elespanol.com/sociedad/20170225/196480632_0.html, consultado el 16 de junio de 2024.

[769] R. Ruiz, "El 60 % apoya la maternidad subrogada solo en casos excepcionales", *La Razón*, 5 de marzo de 2017, disponible en: https://www.larazon.es/sociedad/el-60-apoya-la-maternidad-subrogada-solo-en-casos-excepcionales-DH14645868/, consultado el 16 de junio de 2024.

La encuesta del Gabinet d'Estudis Socials i Opinió Pública (GESOP) realizada en agosto de 2017, indicaba que casi el 73% de la población catalana consideraba que la gestación por sustitución debía legalizarse. De entre quienes se mostraban partidarios, el 45,4% estaba de acuerdo sólo en los casos de imposibilidad de tener descendencia, mientras que el 27,4% la defendía, en cualquier caso. Pese al apoyo mayoritario a la legalización, más de la mitad de las personas encuestadas 54,6% rechazaría recurrir a esta técnica en caso de no poder tener hijos, frente al 36,8% que sí lo haría. La mayoría, el 70,1% apoyaba el reconocimiento legal de los niños nacidos en el extranjero mediante esta práctica[770].

En el año 2018, el Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde) elaboró un informe sobre la gestación por sustitución. En su apartado 4.1 recoge varios sondeos en los que, en líneas generales, se aprecia un apoyo mayoritario de la población a favor de una regulación de esta práctica[771].

Otro estudio, "La opinión pública española sobre gestación por sustitución" con trabajo de campo en 2018 y publicada en 2023, mostraba que el 58% de la población consideraba necesario aprobar una ley reguladora y el 53 % aceptaría recurrir a esta en caso de infertilidad. Los autores sitúan estos resultados en una tendencia creciente de aceptación social, coherente con estudios internacionales y con los sondeos españoles realizados en 2017 [772]. En la misma línea, un informe de la Fundación BBVA publicado en *El País* en octubre de 2019 señalaba que el 58% de los españoles aceptaban los llamados "vientres de alquiler"[773].

Una de las encuestas más recientes, realizada por Sigma Dos para *El Mundo* en marzo de 2023, tras la aprobación de la nueva Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo, indicaba que el 58% de los españoles estaban a favor de legislar y

---

[770] GESOP (Gabinet d'Estudis Socials i Opinió Pública), *Opinión sobre la gestación subrogada en España*, julio de 2017, disponible en: https://gesop.net/wp-content/uploads/2017/07/vientre-alquiler-2017-gesop.pdf, consultado el 3 de junio de 2024.
[771] Emakunde, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?* pp.15-19.
[772] Sociométrica, NC Report, Observatorio MyWord y GESOP. María José Rodríguez-Jaume, María José González-Río y Pablo Caballero Pérez, "La opinión pública española sobre la gestación por sustitución", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 182 (2023): pp. 119–138.
[773] María Sosa Troya, "El 58 % de los españoles aceptan los vientres de alquiler, según una encuesta", *El País*, 9 de octubre de 2019., disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/10/09/actualidad/1570617936_187017.html, consultado el 4 de junio de 2024.

legalizar la gestación por sustitución, el 28.4% se oponía y el 13,3% no se pronunció[774]. Estos datos en general indican una tendencia hacia su normalización jurídica[775].

Esta inclinación favorable se manifiesta de manera nítida en los entornos académicos y universitarios. La observación de debates en el ámbito del Derecho Privado permite constatar que las nuevas generaciones de juristas muestran una sensibilidad mayoritaria hacia posiciones regulacionistas. En estos foros, los futuros profesionales del Derecho tienden a priorizar la autonomía de la voluntad, el interés del menor y la realidad social sobre las prohibiciones categóricas, lo que refuerza la tesis de que la percepción social está evolucionando hacia una aceptación que el legislador actual parece ignorar.

En contraste con esta tendencia mayoritaria, en el feminismo español se observan dos posiciones enfrentadas. Por un lado, colectivos como "No somos vasijas" rechazan cualquier forma de regulación al considerar la gestación por sustitución contraria a la dignidad e integridad de las mujeres, cuyo cuerpo no puede ser comprado ni alquilado, y, por otro lado, grupos vinculados al lema histórico "Nosotras parimos, nosotras decidimos" defienden la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo. Por su parte, la asociación "Son Nuestros Hijos", integrada por familias que han recurrido a la gestación por sustitución reivindican esta práctica como una vía legítima de ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, recogidos en un código ético propio[776].

Por lo tanto, se aprecia una división social y jurídica difícil de cerrar. Mientras las posiciones abolicionistas advierten de los riesgos de explotación y apelan a la protección de la mujer y del menor, las posturas favorables a la regulación ponen el foco en la autonomía personal, la igualdad y la situación de familias que ya existen. Entre ambos planteamientos, el ordenamiento español mantiene una respuesta incompleta que no impide la práctica, sino que desplaza sus efectos y genera inseguridad. De ahí surge una cuestión de fondo: si el

---

[774] Iratxe Rojo, "Un 58,3 % de los españoles está a favor de legalizar la gestación subrogada", El Mundo, 29 de marzo de 2023, disponible en: https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2023/03/29/642418ad21efa071708b4587.html, consultado el 4 de junio de 2024.

[775] María José Rodríguez-Jaume, María José González-Río y Diana Jareño-Ruiz, "Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios de opinión pública a revisión," Política y Sociedad 56, no. 2 (2019): pp. 295–316.

[776] Colectivo "No somos vasijas.", "Nosotras parimos, nosotras decidimos", disponible en: http://nosomosvasijas.eu/; Asociación Son Nuestros Hijos. "Ideario." disponible en: https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/index.html, consultados el 6 de septiembre de 2025.

mantenimiento del modelo actual resulta jurídicamente sostenible o si, por el contrario, es necesario una revisión normativa que ofrezca una respuesta más coherente a las situaciones que se producen en la práctica.

5.3. Doctrina y Jurisprudencia en materia de gestación por sustitución

Más allá de la ley, la gestación por sustitución ha sido objeto de un importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Ante los problemas que plantea en la práctica, los tribunales han tenido que intervenir para dar respuesta a situaciones que el legislador no ha resuelto completamente.

5.3.1. Línea doctrinal del Tribunal Supremo español

Desde la entrada en vigor de la Ley 14/2006, la gestación por sustitución ha generado un destacado cuerpo jurisprudencial debido al aumento de casos transnacionales. La nulidad contractual no ha impedido que ciudadanos españoles recurran a esta práctica en países donde está permitida, lo que da lugar a situaciones complejas en materia de filiación, nacionalidad e inscripción registral de los menores. Estos conflictos derivados han requerido la intervención de los tribunales nacionales y europeos, que han tratado de conciliar la nulidad del contrato, con la protección del interés superior del menor, evitando situaciones de desamparo legal[777].

En este proceso, la jurisprudencia ha ido configurando soluciones indirectas para el reconocimiento de la filiación, especialmente a través del vínculo biológico y posteriores procedimientos de adopción, sin que ello suponga validar contratos prohibidos por la ley. Este conjunto de resoluciones permite entender cómo se articulan, en la práctica, las exigencias del derecho interno, el derecho internacional privado y la protección del menor en este tipo de supuestos.

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha desempeñado un papel central en dar soluciones, especialmente a partir de resoluciones claves dictadas entre 2014 y 2022, como el

[777] "La evolución de la gestación subrogada en España", *Economist & Jurist*, disponible en: https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-evolucion-de-la-gestación-subrogada-en-espana/, consultado el 29 de diciembre de 2025.

denominado “Caso México”, en las que se vio la rigidez entre la práctica registral y los límites del ordenamiento español.

A su vez, la jurisprudencia del TEDH ha condicionado de forma decisiva este desarrollo, en particular a través de la interpretación del artículo 8 del CEDH en supuestos de gestación por sustitución. Todo ello ha dado lugar a distintas posiciones doctrinales que tratan de dar respuesta a la tensión existente entre el vínculo biológico, la voluntad de procrear y la protección del menor en situaciones transfronterizas.

Entre 2014 y 2025, puede identificarse dos etapas claramente diferenciadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Una primera fase, caracterizada por la búsqueda de soluciones que evitaran dejar al menor en una situación de desprotección sin por ello legitimar el contrato nulo; y una segunda fase, más reciente, en la que el Tribunal adopta una posición abiertamente restrictiva, reforzando el orden público interno y limitando de manera expresa cualquier efecto jurídico derivado de la gestación por sustitución internacional.

En la etapa inicial, la Sala Primera del Tribunal Supremo partía de un principio rector: el contrato es nulo de pleno derecho conforme el artículo 10 LTRHA. Desde esta base, rechazaba reconocer efectos jurídicos derivados de estos acuerdos incluso aquellos celebrados en países donde la práctica es legal. La protección del menor se llevaba a cabo, a través de los mecanismos previstos en la norma. En los supuestos en los que no existía vínculo genético con la madre comitente, o cuando la filiación derivaba del contrato, la adopción era la vía adecuada para atribuir la filiación. Esta solución permitió durante años evitar situaciones de desprotección jurídica a la familia.

El punto de partida de esta primera etapa se encuentra en la sentencia de 6 de febrero de 2014, sobre la inscripción en España de menores nacidos mediante esta práctica en el extranjero y en la que el Tribunal Supremo reconoció que la nulidad contractual no podía traducirse en un vacío que perjudicara al niño[778]. En determinados casos se admitió el reconocimiento de efectos limitados a resoluciones extranjeras siempre que ello no implicara una convalidación del contrato.

[778] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

En esta misma línea de soluciones orientadas a evitar el perjuicio del menor, la jurisprudencia social dio un paso decisivo respecto a los derechos prestacionales derivados del nacimiento. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya fue el órgano pionero en España al reconocer, en diversas resoluciones, el derecho de los progenitores comitentes a percibir los subsidios de maternidad y paternidad. El Tribunal fundamentó su decisión en la protección del menor, ya que los progenitores comitentes deben tener el mismo derecho a solicitar estas prestaciones como cualquier otro progenitor biológico, conforme al artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia[779]. Este derecho no aparece de forma expresa en el Estatuto de los Trabajadores ni en otras normas laborales o de la Seguridad Social, de ahí que el Tribunal estableciera su aplicación por analogía, equiparándolo a los supuestos de adopción o acogimiento[780], siendo reconocido desde la sentencia de filiación y no desde el nacimiento[781].

Esta tendencia fue finalmente ratificada y unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 2016. El Alto Tribunal fundamentó que, con independencia de la nulidad del contrato de gestación, el menor nacido mediante esta técnica no puede ser privado de la protección social y del tiempo de cuidado por parte de sus padres[782]. De este modo, se evidencia una ruptura jurídica en el sistema español: mientras que la Sala de lo Civil niega la validez del contrato y la filiación directa, la Sala de lo Social reconoce derechos económicos y de conciliación basándose en el interés superior del menor y en la protección de la familia de hecho ya consolidada. Este reconocimiento de derechos por analogía consolida esa primera fase jurisprudencial de carácter protector.

---

[779] (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009). Se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. Redacción editorial E&J, "Los padres por gestación subrogada pueden solicitar la prestación por nacimiento y cuidado de un menor", *Economist & Jurist,* 12 de abril de 2023, disponible en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/los-padres-por-gestación-subrogada-pueden-solicitar-la-prestacion-por-nacimiento-y-cuidado-de-un-menor/, consultado el 14 de marzo de 2024.

[780] Redacción, "La Generalitat reconocerá la gestación subrogada," *La Vanguardia*, 30 de enero de 2017, disponible en:https://www.lavanguardia.com/vida/20170130/413839253243/generalitat-gestación-subrogada-permiso-maternidad.htmls, consultado el 14 de marzo de 2024.

[781] Víctor Borreguero Fuster, "Gestación subrogada: los padres tienen derecho a la prestación desde la sentencia de filiación y no desde el nacimiento del bebé", *Cinco Días*, 12 de abril de 2023, disponible en: Gestación subrogada: los padres tienen derecho a la prestación desde la sentencia de filiación y no desde el nacimiento del bebé | Legal | Cinco Días, consultado el 14 de marzo de 2024.

[782] Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno). Sentencia núm. 953/2016 de 16 de noviembre, (ECLI: ES:TS:2016:953).

No obstante, este modelo de protección basado en la casuística generó importantes problemas internos al depender estrechamente de la biología. Tanto para el acceso a ciertos derechos sociales como, especialmente, para el reconocimiento de la filiación en el Registro Civil, la exigencia de acreditar vínculo genético provocó diferencias de trato entre distintos tipos de familias. Así, mientras las parejas heterosexuales podían acceder a esta vía mediante prueba de paternidad, las parejas del mismo sexo, especialmente masculinas, solo el progenitor con vínculo genético podía ver reconocida su filiación, quedando excluido el otro miembro de la pareja. Del mismo modo, las mujeres solas o quienes recurrían a embriones donados quedaban fuera de esta posibilidad. A ello se sumaba la coexistencia de una práctica registral flexible, que en ocasiones permitía inscripciones, provocando un sistema dual que comprometía la seguridad jurídica. Ante este escenario de incertidumbre y disparidad de criterios, el Tribunal Supremo decidió unificar la respuesta del ordenamiento y cerrar las vías de reconocimiento indirecto.

A partir de 2022 se observa un giro doctrinal relevante, con el denominado "Caso México". El supuesto se refería a un menor nacido en México mediante gestación por sustitución sin aportación genética de la madre soltera española. Aunque la filiación no era reconocida en España, el menor fue inscrito en México y convivía con la madre desde su llegada a España. En 2018, se interpuso una demanda de filiación por posesión de estado[783] que fue desestimada en primera instancia al considerarse que solo podría reconocerse mediante adopción. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid, en la SAP 947/2020 de 1 de diciembre revocó esta decisión atendiendo a la situación de apatridia del niño y su integración familiar[784]. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación al considerar que esta solución vulneraba el artículo 10 LTRHA. Finalmente, el Tribunal Supremo, en la STS 277/2022 de 31 de marzo,

[783] Esta figura jurídica se refiere a la situación en la que una persona es reconocida y tratada socialmente como hijo o hija de otra, aunque no exista un vínculo biológico o legal formalizado. Se basa en tres elementos esenciales: el nombre (*nomen*): el hijo utiliza el apellido de quien se considera su progenitor, el trato (*tractatus*): existe una relación en la que ambas partes se comportan públicamente como progenitor e hijo y la fama (*reputatio*): la sociedad y el entorno reconocen y aceptan esta relación filial. Estos elementos permiten establecer una filiación basada en la realidad social y afectiva, incluso en ausencia de un vínculo biológico o de una formalización legal previa. Crespo Law Abogadas de Familia, «La filiación por posesión de estado». *Blog de Crespo Law*, 30 de junio de 2023, disponible en: https://www.crespolaw.es/blog/filiacion-posesion-estado/, consultado el 10 septiembre de 2023; Mónica Navarro-Michel, "La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales", *Rev. Bioética y Derecho* 56 (2022): pp. 10 y 11.

[784] SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre, (ECLI:ES: APM:2020:14547).

rechazó la filiación por posesión de estado y afirmó que la única vía posible para determinarla era la adopción[785].

La STS 277/2022 marca el inicio de una etapa en la que el Tribunal abandona cualquier interpretación que permita efectos derivados de la gestación `por sustitución incluso de forma indirecta. A partir de este momento no se trata solo de evitar la validación del contrato, sino de impedir que la filiación pueda apoyarse en el bajo ninguna forma.

Esta línea se consolida con la STS 1141/2024[786], que insiste en la imposibilidad de reconocer en España filiaciones validadas en el extranjero cuando proceden de esta práctica, por considerarlas contrario al orden público. El Tribunal señala que el interés superior del menor no puede utilizarse como argumento para eludir una norma imperativa, puesto que ya ha sido ponderado por el legislador al establecer el sistema de filiación.

El punto culminante se alcanza con la STS 1626/2024[787], que niega el reconocimiento de una sentencia extranjera que atribuía la filiación a los progenitores comitentes. El Tribunal considera que admitirla equivaldría a normalizar una práctica incompatible con los principios del ordenamiento. Con ello, fija un criterio claro: la filiación solo puede determinarse por dos vías, la biológica y la adopción, excluyendo cualquier otra posibilidad.

Finalmente, la STS 496/2025[788] reafirma esta posición al señalar que la gestación por sustitución no puede ser reconocida automáticamente, ni siquiera cuando exista una resolución judicial extranjera, y que el deseo de ser padre o madre, aunque legítimo, no puede materializarse a expensas de la dignidad de la gestante, ni del niño. Además, introduce un elemento constitucional al recordar que si se considera que el artículo 10.2 LTRHA resulta desproporcionado, el cauce adecuado, no es la reinterpretación judicial, sino la cuestión de inconstitucionalidad. Con ello, el Tribunal delimita con claridad el papel del juez en un ámbito

---

[785] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 277/2022, de 31 de marzo, rec. 907/2021 (ECLI:ES:TS: 2022:1153); Isabel Eugenia Lázaro González, "Gestación subrogada: nuevo pronunciamiento del Pleno de la Sala 1ª del TS", *Blog de Editorial Jurídica Sepín*, 19 de mayo de 2022, disponible en: https://blog.sepin.es/2022/05/gestacion-subrogada-sentencia-tribunal-supremo, consultado el 10 de septiembre de 2023.

[786] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 1141/2024, 17 de septiembre, rec. 8567/2023 (ECLI:ES:TS: 2024:4370).

[787] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 1626/2024, 4 de diciembre, rec. 7904/2023 (ECLI:ES:TS: 2024:5879).

[788] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 496/2025, 25 de marzo, rec. 5545/2024. (ECLI:ES:TS: 2025:1262)

especialmente sensible, recordando que corresponde al legislador y no a los tribunales decidir si España debe modificar su modelo de filiación en casos de gestación por sustitución.

En conclusión, la evolución jurisprudencial muestra un desplazamiento desde soluciones pragmáticas orientadas a evitar situaciones de desprotección hacia una doctrina más rígida, centrada en la defensa del orden público y en la preservación de los principios éticos y jurídicos que inspiran la prohibición de la gestación por sustitución en España. Frente a esta posición, otros ordenamientos próximos adoptaron soluciones más flexibles, como el "Caso Andorra".

En el año 2017 el Tribunal Superior de Justicia de Andorra, reconoció una resolución extranjera que otorgaba la maternidad a una mujer de 64 años que había recurrido a la gestación por sustitución en California, resultando en el nacimiento de gemelas en 2006 sin existir vínculo genético con las menores. El tribunal consideró que la negativa a reconocer la filiación generaría efectos perjudiciales en las menores, especialmente en lo relativo con la identidad, nacionalidad y derechos sucesorios, ya que formaban una familia de hecho desde hacía más de once años[789]. El caso se tramitó en Andorra porque la madre comitente, de nacionalidad suiza y residente habitual en España, tenía residencia oficial en el Principado. En aquel momento, entre 2006 y 2007, varios medios españoles presentaron públicamente el caso como una "adopción de gemelas" en Estados Unidos, atribuyéndolo a la baronesa Thyssen[790] .

Este reconocimiento directo contrasta con el modelo español, basado en la nulidad del contrato y en la determinación de la maternidad por el parto. La relevancia del caso no reside en su fuerza vinculante, inexistente para los tribunales españoles, sino en su capacidad para mostrar cómo otros ordenamientos, incluso geográficamente cercanos, han optado por soluciones más flexibles orientadas a la protección de la familia. Esta aproximación, claramente influida por la jurisprudencia del TEDH se aparta del modelo español, que considera que el interés del menor no puede operar como vía para eludir una norma imperativa de orden público.

---

[789] Tribunal Superior de la Justícia d'Andorra, Sentencia núm. 483/2016, jurisdicción civil, del 12 de septiembre de 2017, disponible en: https://www.justicia.ad/jurisprudencia/, consultado el: 30 de agosto de 2022.

[790] «La baronesa Thyssen adopta a dos niñas gemelas», *Hola.com*, 26 de junio de 2006, disponible en: https://www.hola.com/actualidad/20060626926902/famosos-baronesa-adopcion/; «La baronesa Thyssen adoptará dos gemelas de Los Ángeles», *20minutos.es*, 28 de junio de 2006, disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/135773/0/Carmen/Cervera/gemelas/, consultados el: 30 de agosto de 2022; citados en Esther Farnós Amorós, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 56 (2022): p. 45.

Desde la perspectiva española, el "Caso Andorra" ha sido utilizado como argumento a favor de una interpretación más abierta del artículo 10 LTRHA. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado de forma reiterada esta posibilidad. En las STS 277/2022 y STS 1626/2024 el Tribunal ha insistido en que el interés del menor no puede justificar el reconocimiento de una filiación derivada de un contrato nulo. La rigidez mostrada en estas resoluciones actúa, en la práctica, como un blindaje frente a supuestos similares al andorrano, impidiendo que la consolidación de una familia de hecho o el mero transcurso del tiempo permitan eludir de los límites de orden público y los requisitos de idoneidad que exige la adopción en España.

Esta diferencia entre ambos sistemas pone de manifiesto la ausencia de armonización internacional. Mientras que en Andorra la filiación puede llegar a reconocerse de forma directa, en España se exige la adopción por parte de la madre y, en su caso, la reclamación de la paternidad biológica. Esta divergencia provoca que una misma familia pueda ser considerada jurídicamente distinta según el país en el que se encuentre, lo que afecta a derechos tan básicos como la identidad o la nacionalidad. El "Caso Andorra" no constituye un precedente aplicable en España, pero sirve para comprender las fricciones que genera la coexistencia de modelos distintos y las dificultades que plantea la ausencia de criterios comunes en el espacio jurídico europeo.

5.3.2. La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español

El desarrollo de la doctrina española no puede entenderse de forma aislada, sino en constante diálogo con el marco jurídico europeo. En virtud del artículo 10.2 CE, las resoluciones del TEDH actúan como un límite y, a la vez, como una guía para la interpretación de los derechos fundamentales en nuestro país. En el ámbito europeo, la gestación por sustitución acentúa la distancia entre la autonomía legislativa de los Estados, que España ejerce mediante su prohibición, y las exigencias del Convenio especialmente en lo relativo al artículo 8 CEDH:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar

económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Ante la ausencia de un consenso europeo sobre la validez de estos contratos, el TEDH[791] ha optado por no pronunciarse sobre la admisibilidad de la práctica en sí misma, respetando el margen de apreciación de cada país. Su función no es sustituir las decisiones legislativas internas[792]., sino examinar si la aplicación de esas prohibiciones vulnera el derecho a la vida privada y familiar de los menores y sus familias[793]. Así, en los conflictos transfronterizos analizados, el Tribunal advierte que, si bien no existe una obligación de reconocimiento automático que vacíe de contenido las leyes nacionales, el Estado debe garantizar que la nulidad del contrato no derive en una desprotección del interés superior del menor[794].

Las resoluciones del TEDH no son uniformes. En algunos casos se ha potenciado la protección del menor frente a las restricciones estatales, en otros, se ha respaldado la actuación de los Estados. Esta diversidad responde a la complejidad de las situaciones analizadas y a la necesidad de ponderar distintos intereses. No obstante, puede identificase un criterio general: cuando existe un vínculo genético con al menos uno de los progenitores comitentes, el Estado debe ofrecer un mecanismo efectivo para reconocer la filiación, ya sea mediante transcripción o mediante adopción; sin embargo, cuando no existe vínculo biológico, el margen de apreciación estatal es más amplio.

5.3.2.1. Casos Claves

Los primeros pronunciamientos que destacar fueron *Mennesson vs. Francia*[795] y *Labassee vs. Francia*[796] en 2014. En ambos casos, los menores habían nacido en Estados Unidos mediante gestación por sustitución y existía un vínculo genético con el padre comitente. Francia denegó la inscripción de la filiación alegando que los contratos que involucran el cuerpo humano

---

[791] Fundación Acción Pro-Derechos Humanos**.** «Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) – Tribunal de Estrasburgo», disponible en: https://www.derechoshumanos.net , consultado el 20 de mayo de 2024.
[792] José López Guzmán y Ángela Aparisi Miralles, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Universidad de Navarra, en *BioeticaWeb***,** disponible en: https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/maternidad-subrogada.pdf, consultado el 20 de mayo de 2024; Emakunde, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?*, p. 27.
[793] Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 8.
[794] Emakunde, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?* pp. 27-28.
[795] Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Mennesson vs. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014, demanda n º 65192/11.
[796] TEDH, *Labassee vs. Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014, demanda n º 65941/11.

vulneran su orden público. El TEDH concluyó que Francia había vulnerado el artículo 8 CEDH, al no reconocer la filiación de los menores, citando que el interés superior del niño exige garantizar su identidad y su estatus jurídico[797]. La Corte de Casación francesa, tras años de litigio, terminó admitiendo la inscripción en 2019 conforme a los certificados de nacimiento extranjeros[798].

Un giro relevante se produjo en el caso *Paradiso y Campanelli vs Italia*[799]: En este supuesto, una pareja italiana acordó un contrato de gestación por sustitución en Rusia. Allí nació el menor y en el certificado de nacimiento, la pareja figuraba como padres, sin que ninguno de los dos aportara material genético. Al regresar a Italia, las autoridades detectaron falsedad documental y rechazaron la filiación. El menor fue declarado en situación de abandono y quedó bajo tutela de los servicios sociales, siendo finalmente entregado en adopción[800]. El TEDH en esta ocasión validó la actuación estatal. Sin embargo, en decisiones posteriores, el propio TEDH llegó a concluir que Italia sí había vulnerado el artículo 8 CEDH al separar al menor de la pareja y someterlo a tutela pública. El Tribunal dictó que el interés superior del niño debía prevalecer y que la relación familiar de convivencia y cuidado durante seis meses no debió romperse salvo en situaciones excepciones como supuestos de violencia o abuso.

En otro caso, el de *D. vs. Francia*[801], una pareja heterosexual acudió a Ucrania mediante un acuerdo de gestación por sustitución donde nació el bebé. Ambos progenitores aportaron material genético obteniendo un certificado de nacimiento ucraniano que los reconocía como tales. Francia denegó la transcripción directa de la filiación materna. El TEDH confirmó que no existía obligación de reconocer directamente dicha filiación siempre que se ofreciera una vía alternativa como la adopción. Asimismo, el Tribunal tampoco apreció vulneración del artículo 14 CEDH, relativo a la no discriminación[802], en relación con el artículo 8 CEDH, al no

---

[797] María del Pilar García Ruiz, "Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión", *ElDerecho.com,* 5 de enero de 2018, disponible en: https://elderecho.com/, consultado el 20 de mayo de 2020.
[798] Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos", pp. 29- 54; Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, dirs., *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), p. 397.
[799] TEDH, *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, sentencia de 24 de enero de 2017 (Gran Sala), demanda n º 25358/12.
[800] Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos", pp. 43-47; Elenor Lamm, E., y N. Rubaja, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional: Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho* 37 (2016): pp. 149--170.
[801] TEDH, *D. vs. Francia*, sentencia de 16 de julio de 2020, demanda n º 11288/18.
[802] "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

considerar discriminatorio exigir el proceso de adopción para el reconocimiento de la maternidad legal[803].

En *Valdis Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia*[804] una pareja de mujeres islandesa solicitó el reconocimiento de la filiación de un menor nacido en Estados Unidos sin vinculo genético con ninguna de ellas. Islandia denegó la filiación, pero ofreció acogimiento temporal asignando la tutoría legal a un tercero. El Tribunal no apreció vulneración del artículo 8 CEDH, al considerar que el sistema de acogida ofrecido preservaba la "vida familiar". El TEDH dio la razón a Islandia al no otorgar la filiación basándose en el principio romano *mater semper certa est*[805]. Hubo un voto particular por uno de los jueces, quien, a pesar de asumir el fallo, expresó dudas sobre el razonamiento del Tribunal, sugiriendo que la vida privada del menor (derecho a que se establezca su filiación legal) merece un tratamiento autónomo y que el requisito de vínculo biológico podría evolucionar en el futuro[806].

En *A.M. vs. Noruega*[807] una pareja heterosexual recurrió a esta práctica en Estados Unidos existiendo vínculo genético únicamente con el padre. Tras regresar a Noruega, la familia convivió durante diecisiete meses, pero posteriormente los progenitores se divorciaron y el niño pasó a residir con el padre y su nueva familia. La madre comitente solicitó el reconocimiento de su filiación o, subsidiariamente, la adopción del menor, que le fue denegada. Según la ley noruega no se le pudo otorgar porque cuando pidió la adopción del menor, ya no era pareja del padre[808]. El TEDH concluyó que no había vulneración del artículo 8 CEDH, al considerar que la decisión obedecía a requisitos legales objetivos y a la falta de convivencia

---

[803] TEDH, "Refusal to Register the Birth Details of a Child Born Abroad through Surrogacy Not in Breach of the Right to Respect for Private Life, in so far as a Legal Parent-Child Relationship Can Be Established through Adoption", Press Release ECHR 215 (2020), 16 de julio de 2020, disponible en: https://www.stoppt-leihmutterschaft.at/, consultado el 20 de mayo de 2024; Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos"», p. 40; Lamm, y Rubaja, "Parámetros jurisprudenciales" pp. 155-156.

[804] TEDH, *Valdis Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia*, sentencia de 18 de mayo de 2021, demanda n º 71552/17.

[805] Durante el proceso, el niño obtuvo la nacionalidad islandesa; la pareja se divorció y, tras dos años, el menor quedó en acogida permanente con una de ellas.

[806] TEDH "Refusal to Recognise Couple as Parents of Child Born via Surrogacy Not a Violation", Press Release ECHR 152 (2021), 18 de mayo de 2021, disponible en: https://www.echr.coe.int/, consultado el consultado el 20 de mayo de 2024; Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos" ,p. 43; Lamm, y Rubaja, "Parámetros jurisprudenciales",pp.152; Nuria Marchal Escalona, "La última y novedosa decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada," *LegalToday*, 26 de julio de 2021,disponible en : https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/, consultado el 22 de noviembre de 2021.

[807] TEDH, *A.M. vs. Noruega*, sentencia de 24 de marzo de 2022, demanda n º 30254/18.

[808] Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos", pp. 39 y ss.

posterior. Hubo un voto particular de una jueza que sí apreció vulneración del artículo 8 CEDH, por no considerar la infertilidad de la madre comitente, el interés superior del menor, y la vida familiar mantenida durante diecisiete meses.

Por último, en el caso *K.K. y otros vs. Dinamarca*[809], una pareja danesa recurrió a un acuerdo de gestación por sustitución en Ucrania, donde nació el menor, siendo el padre el único que aportó material genético, pero en el certificado de nacimiento los dos figuraba como progenitores. Al regresar a Dinamarca, el Estado reconoció la paternidad biológica del padre, pero denegó la filiación de la madre comitente, exigiendo que adoptase al menor. El Tribunal consideró que esta exigencia era compatible con el Convenio, aunque apreció vulneración respecto al padre y al menor por retrasos y falta de claridad en el procedimiento.

En todos estos supuestos, el TEDH evitó pronunciarse sobre la licitud o legitimidad de la gestación por sustitución como institución, otorgando a los Estados un amplio margen de apreciación debido a la ausencia de consenso europeo y la sensibilidad ética y social que rodea esta práctica. Ni impuso la aceptación de la gestación por sustitución ni obligó al reconocimiento automático de los efectos jurídicos derivados de acuerdos celebrados en el extranjero.

No obstante, establece ciertos límites cuando las decisiones estatales afectan de manera desproporcionada a los derechos del menor. Asimismo, distingue entre la vida familiar y vida privada, otorgando especial importancia al derecho del menor a su identidad jurídica. En relación con el padre biológico se ha mostrado una mayor exigencia hacia los Estados en el reconocimiento de la filiación. Por el contrario, respecto a la madre comitente, ha considerado admisible recurrir a mecanismos alternativos, como la adopción, incluso cuando existe vínculo genético, siempre que dichos mecanismos sean efectivos y accesibles.

En esta línea, parte de la doctrina ha señalado que el foco del TEDH no se sitúa en la validez de los acuerdos, sino en los problemas de filiación derivados de su falta de reconocimiento, lo que ha fortalecido el papel del vínculo biológico como uno de los criterios relevantes de atribución.

---

[809] TEDH, *K.K. y otros vs. Dinamarca*, sentencia de 6 de diciembre de 2022, demanda n º 58991/17.

No obstante, esta tendencia plantea interrogantes respecto al reconocimiento de la filiación materna. Farnós Amorós distingue entre los supuestos en los que la madre comitente aporta material genético y aquellos en los que no lo hace, y señala que, a diferencia del padre comitente, cuya aportación biológica suele traducirse en reconocimiento legal, a la madre comitente no se le reconoce automáticamente como madre debido a la persistencia de la regla romana *mater semper certa est*. La autora advierte que, en aquellos casos en los que ningún comitente aporte material genético (como una mujer sola que aporta sus óvulos o un padre sin vinculo genético), los Estados podrían apoyarse en su margen de apreciación para denegar la filiación. A su juicio, el TEDH deberá seguir desarrollando su doctrina para ofrecer respuestas más claras y coherentes[810].

Frente al predominio del criterio genético, Lamm[811] defiende la necesidad de priorizar la voluntad de quienes desean ser padres. Basándose en los casos "*Mennesson*" y "*Labassee*" reconoce que el vínculo biológico es fundamental para la identidad personal, pero sostiene que negar el reconocimiento de la filiación excede los límites de los derechos humanos. Para la autora, la biología es un criterio insuficiente para dar respuesta a la complejidad actual de las relaciones familiares.

A pesar de que, en varios países, la filiación se otorga únicamente al padre genético, cumpliendo así con estándares mínimos de proporcionalidad, esta práctica genera incertidumbre jurídica para los progenitores comitentes no biológicos en cuestiones como la sucesión y las responsabilidades parentales. La situación se complica cuando en el registro de nacimiento figuran dos madres o dos padres. Un ejemplo se dio en Irlanda[812], donde una mujer aportando material genético, que había gestado a su propia hermana, solicitó ser reconocida como madre legal. Aunque la decisión inicial fue favorable, el *Supreme Court* lo revocó, dejando la cuestión en manos del legislador. Este caso muestra que excluir a quienes carecen de vínculo biológico puede generar discriminación y vulnerar los derechos del menor.

---

[810] Esther Farnós Amorós, «La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización», en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, coords. Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXIX, n.º 2179 (junio de 2015): pp.19 1-197; Farnós Amorós, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

[811] Eleonora Lamm, «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos», *AIS: Ars Iuris Salmanticensis* 4, n.º 1 (2016): pp. 61-107.

[812] Supreme Court of Ireland, *M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) v. An tArdChláraitheoir, Ireland and the Attorney General*, [2014] IESC 60, sentencia de 7 de noviembre de 2014.

Del mismo modo, la jurisprudencia destaca que la convivencia y el cuidado pueden generar lazos protegidos por el Convenio. La ruptura de estos solo resulta admisible en circunstancias excepcionales, lo que obliga a valorar las consecuencias reales de las decisiones adoptadas. Así como ocurrió en el caso visto anteriormente *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, pese a la ausencia de vinculo genético el Tribunal concluyó que Italia vulneró el artículo 8 CEDH al separar al niño de la pareja y no reconocer la vida familiar basada en la convivencia y el afecto[813].

En definitiva, el Tribunal ha construido una línea basada en el análisis del caso por caso, orientada a evitar situaciones que perjudiquen al menor, sin imponer a los Estados la aceptación de la gestación por sustitución ni el reconocimiento automático de sus efectos. Esta doctrina ha tenido una incidencia directa en el ordenamiento jurídico español, en la medida en que ha condicionado la interpretación de los derechos fundamentales y ha obligado a los tribunales nacionales a articular soluciones que, sin validar la práctica prohibida, eviten situaciones de desprotección del menor. De este modo, la jurisprudencia del TEDH actúa como un marco de referencia que limita el alcance de la prohibición interna y explica, en gran medida, la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia.

5.3.2.2. Entre el determinismo biológico y la voluntad procreacional.

Como se ha analizado, la literatura científica reciente resalta las diferencias entre el criterio biológico, la voluntad procreacional y el interés superior del menor. En el panorama internacional, esta visión dista de ser unánime, pues persisten posturas que afianzan el vínculo genético como eje vertebrador de la filiación. Frente a este determinismo, autoras como Lamm proponen otorgar un papel central a la voluntad de procrear, defendiendo que el reconocimiento filial debe producirse desde el nacimiento con independencia de la carga genética. Este planteamiento sostiene que la biología no puede ser el único criterio de atribución en el marco de las técnicas de reproducción asistida, alineándose así con la jurisprudencia del TEDH sobre la 'vida familiar'. Bajo esta tesis, la convivencia y el afecto consolidan una identidad jurídica

[813] Según el Tribunal, el interés superior del niño es un criterio fundamental, y los vínculos familiares no deben romperse salvo en situaciones extremas como violencia, abuso o peligro para el bienestar del menor. En este caso, no se presentaron condiciones tan graves que justificaran la separación del niño de la pareja, especialmente considerando que habían cuidado de él durante seis meses en una etapa crucial de su desarrollo.

que no debería quedar condicionada por la aportación de gametos, incluso en aquellos Estados que exigen el vínculo biológico como requisito de acceso a la técnica[814].

Bajo esta premisa, la propuesta del Tribunal Supremo español de utilizar la adopción como vía única para regularizar la filiación ha sido objeto de crítica por parte de Lamm y Rubaja. Se considera que esta opción implica un proceso judicial largo e incierto y puede comprometer la situación del menor ante contingencias como el arrepentimiento, la muerte o separación de los comitentes o, el nacimiento de niños con malformaciones. Además, esta vía beneficia solo a quienes tienen recursos económicos para acceder a la gestación por sustitución en el extranjero, lo que fomenta el turismo reproductivo y discrimina a quienes no tienen esa posibilidad. Asimismo, resaltan la incoherencia de aceptar *de facto* la filiación internacional mientras la práctica está prohibida en territorio nacional[815] .

Para evitar esta inseguridad jurídica, la doctrina propone avanzar hacia modelos de intervención judicial previa al embarazo. Este sistema, a diferencia del modelo de regularización *a posteriori* que impera en España, garantizaría que todas las partes presten un consentimiento libre e informado bajo condiciones legales claras desde el inicio. Al definir la filiación de los progenitores comitentes antes del nacimiento, se evitan conflictos posteriores y se ofrece una protección jurídica integral al menor desde el primer instante de vida. Según Lamm, carecer de este control previo puede generar importantes desequilibrios: deja a los comitentes sin responsabilidades inmediatas, carga a la gestante con obligaciones legales no deseadas (aplicando la regla *mater semper certa est)* y sitúa al niño en un contexto de vulnerabilidad administrativa.

En conjunto, se aboga por adoptar una regulación más equilibrada que contemple la posición de la gestante y los derechos y deberes de los comitentes y, sobre todo, el interés del menor como eje central. La experiencia comparada demuestra que los casos en los que la gestante decide quedarse con el niño son excepcionalmente raros, lo que da más fuerza al argumento de que la voluntad procreacional debería ser un criterio determinante para establecer la filiación[816].

---

[814] Lamm, «Una vez más sobre gestación por sustitución», p. 75.
[815] Lamm y Rubaja, «Parámetros jurisprudenciales", pp: 149-170.
[816] Gamble cita el caso *H v S (Surrogacy Agreement)* [2015] EWFC 36 (30 April 2015), en el que el bebé no fue entregado a la madre gestante que, tras un cambio de opinión, lo reclamó— sino al padre biológico y su pareja, al

El análisis conjunto del marco normativo español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina del TEDH y las principales aportaciones doctrinales presentan un desacuerdo entre el orden público, la biología, la voluntad de procrear y la protección del interés superior del menor. Mientras que España mantiene una posición restrictiva basada en la nulidad del contrato y en la regla *mater semper certa est*, el TEDH ha desarrollado una doctrina más matizada, que exige a los Estados garantizar mecanismos efectivos que aseguren un reconocimiento jurídico temprano y estable de la filiación especialmente cuando existe un vínculo genético o una vida familiar consolidada. En última instancia, este capítulo deja patente la necesidad de una intervención legislativa que aporte coherencia y seguridad jurídica, superando la ficción registral actual para ofrecer una protección real al menor en el contexto de la gestación por sustitución internacional.

5.4. El marco de la Unión Europea y su proyección en el sistema español

La posición de España ante la gestación por sustitución no puede entenderse hoy de forma aislada, sino que se encuentra totalmente condicionada por la normativa de la Unión Europea (UE). Aunque la UE, en aplicación del principio de subsidiariedad, carece de una regulación propia sobre la materia, al ser competencia de los Estados miembros, ha intensificado sus actuaciones para resolver los desajustes que el modelo transfronterizo genera en el espacio común. Hasta la fecha, esta intervención se ha canalizado principalmente a través de resoluciones no vinculantes y dictámenes[817]. Las principales preocupaciones de las instituciones europeas, que afectan directamente a la seguridad jurídica en España, se sitúan en dotar de certeza a la filiación del menor, garantizar su salida del país de nacimiento y asegurar la continuidad de su estatuto familiar.

Desde la década de 2010, la gestación por sustitución ha ocupado un lugar destacado en la agenda europea a través de resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pronunciamientos del TEDH y diversos informes del Parlamento Europeo[818] en que se analizan

considerar el juez que el bienestar de la criatura estaba mejor garantizado con los padres comitentes. Este fallo reabrió el debate sobre la gestación subrogada y su futuro. Gamble, "Should Surrogate Mothers"; Lamm, "Una vez más sobre gestación por sustitución", p. 75.

[817] Entre ellos destaca: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012.

[818] Parlamento Europeo, *Regulating International Surrogacy Arrangements – State of Play* (Bruselas: Parlamento Europeo Junio de 2016); Daniela Bandelli, "How the European Union Deals with Surrogacy. Birth without Borders as a Driver of Value Conflicts?", *Gender, Technology and Development* 25, nº 2 (2021): pp. 228—245.

las consecuencias legales de estos acuerdos y posibles soluciones a nivel comunitario. Ya desde 2010 se había planteado la necesidad de una actuación coordinada en relación con el reconocimiento de la responsabilidad parental[819]. En el año 2016 el Parlamento Europeo abordó cuestiones claves como el derecho del menor a la identidad, el acceso a sus orígenes o los riesgos de separación familiar, tomando como referencia el caso *Paradiso y Campanelli vs Italia*. Entre las soluciones propuestas, se incluyó adaptar el Convenio de La Haya de 1993 o desarrollar un instrumento específico que permitiera unificar criterios y garantizar la protección del menor[820]. Asimismo, también ha identificado la necesidad de evitar situaciones de discriminación en el reconocimiento de la filiación, especialmente en el caso de familias LGBTIQ+; y por otro, los riesgos de explotación de mujeres y menores en países en desarrollo[821].

A partir de 2019, el debate institucional se intensificó en torno a los problemas prácticos derivados de la inscripción registral y la determinación de la nacionalidad de los menores nacidos mediante esta técnica. En este marco, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento (COM (2022) 695), orientada a la creación de un Certificado Europeo de Filiación[822], con el objetivo de asegurar la continuidad del estatuto familiar en el contexto de la libre circulación dentro de la UE[823].

---

[819] Velina Todorova, *Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the Member States? Need for EU Action?* (Bruselas: Parlamento Europeo, 15 de octubre de 2010), disponible en: http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT(2010)432738 ., consultado el 20 de mayo 2021.

[820] European Parliament, *Regulating International Surrogacy Arrangements – State of Play* (Bruselas: Parlamento Europeo Junio de 2016), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf ,consultado el 20 de mayo de 2020.

[821] Véanse diversas resoluciones del Parlamento Europeo en materia de derechos fundamentales, no discriminación y protección de mujeres y menores, entre ellas las relativas a la discriminación contra parejas del mismo sexo y sus hijos (2010), los informes anuales sobre derechos humanos (2011 y 2018), la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales (2013), los derechos vinculados a la orientación sexual e identidad de género (2014) y la protección de mujeres frente a prácticas de explotación (2015).

[822] Comisión Europea**.** Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM (2022) 695 final, 2022/0402 (CNS)), disponible en:https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2022/0695/COM_COM(2022)0695_ES.pdf, consultado el 13 de febrero de 2024.

[823] En diciembre de 2023, el Parlamento Europeo adoptó una posición no vinculante sobre esta propuesta y reiteró su apoyo en marzo de 2025. A esa fecha, el expediente continuaba en tramitación pendiente de aprobación por el Consejo; European Parliamentary Research Service (EPRS), *Surrogacy: The Legal Situation in the EU* (Bruselas: Parlamento Europeo, febrero de 2025), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2025/769508/EPRS_BRI(2025)769508_EN.pdf, consultado el 10 de noviembre de 2025.

En los últimos años se han producido avances en el ámbito penal, al incluir expresamente la explotación de la gestación por sustitución dentro de las formas de trata de seres humanos[824] . A lo largo de 2025 se desarrollaron nuevas actuaciones[825]; entre ellas cabe destacar el debate en el Parlamento Europeo sobre la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento de la filiación con independencia del método de concepción, dentro del proceso legislativo del futuro Reglamento de Reconocimiento de la Filiación (*Parenthood Regulation*), cuya aprobación definitiva busca evitar que la diversidad de legislaciones nacionales penalice los derechos sucesorios y de libre circulación de los menores ya nacidos.

Pese a estos avances, las respuestas dentro de la Unión Europea siguen siendo dispares y no existe un criterio común, lo que evidencia las divergencias entre los Estados miembros y la dificultad de articular una solución uniforme. A este respecto, diversas resoluciones del Parlamento Europeo y pronunciamientos doctrinales han subrayado la necesidad de abordar la gestación por sustitución desde una perspectiva global, alertando sobre los riesgos asociados a la explotación reproductiva y a la desigualdad económica entre Estados. Al mismo tiempo, el aumento del número de países que han regulado la práctica en los últimos años apunta hacia una progresiva institucionalización de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, aunque con divergencias sustantivas en cuanto a su alcance, condiciones y justificación ética.

5.5. Determinación de la filiación en la Gestación por sustitución

Como se ha podido constatar, el núcleo de la problemática en España reside en la determinación de la filiación, pues es en este punto donde colisionan frontalmente la realidad de los hechos y la rigidez normativa. A diferencia de otros ámbitos en los que el legislador ha incorporado soluciones adaptadas a las TRA, en este caso se mantiene un criterio tradicional que condiciona de forma decisiva la atribución de la maternidad.

---

[824] Parlamento Europeo enmienda 2 al Informe A9-0285/2023 sobre la propuesta de Directiva (UE) 2024/1712, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0285-AM-002-002_EN.pdf, consultado el 15 de diciembre de 2024.

[825] En noviembre de 2025, el Parlamento Europeo adoptó una resolución de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (FEMM) que calificó la gestación por sustitución como una práctica vinculada a situaciones de explotación y coerción económica.

Partiendo del artículo 10.2 LTRHA, cuyo contenido y nulidad ya han sido examinados anteriormente, la filiación queda determinada por el parto. Se mantiene así la vigencia del principio romano *mater semper certa est,* según el cual la maternidad corresponde a la mujer que da a luz, con independencia del origen del óvulo o del método de fecundación empleado[826]. Este criterio vincula la maternidad de forma exclusiva a la gestación, ignorando tanto el componente genético como la voluntad de procrear de los comitentes.

Por el contrario, la paternidad puede acreditarse mediante pruebas biológicas, lo que genera una asimetría en el sistema. Como señala Casas León[827], el ordenamiento continúa asentado en un modelo en el que la maternidad se define exclusivamente por el hecho de gestar, pese al desarrollo alcanzado por las técnicas de reproducción asistida.

Este esquema introduce una cierta incoherencia en nuestro ordenamiento. Mientras que la paternidad puede acreditarse mediante pruebas biológicas o presunciones, la maternidad es inamovible desde el momento del parto. Esta diferencia resulta especialmente significativa si se considera que, en otros supuestos de reproducción asistida, la filiación se reconoce sin vínculo biológico, basándose en el consentimiento como elemento determinante.

Para comprender esta dicotomía, cabe recordar que nuestro sistema hereda la tradición romana de la *pater is est quem nuptiae demonstrant*[828]*,* conforme a la cual se atribuía la paternidad al esposo de la mujer que daba a luz dentro del matrimonio. Esta presunción respondía a un modelo familiar de carácter patriarcal y a la imposibilidad técnica de acreditar con certeza la paternidad biológica, de modo que la seguridad jurídica prevalecía sobre la verdad genética.

El Derecho positivo español ha heredado estos principios. Así, la filiación matrimonial paterna queda determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los

---

[826] González, en "La inmutabilidad del principio", pp. 13-14, examina cómo el principio jurídico que identifica a la madre como la mujer que da a luz se ve desafiado por la gestación por sustitución, y propone un debate ético, legal y feminista que reconozca a las mujeres gestantes como sujetos activos. Por su parte, Mariano Casado Blanco, en "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada," *Revista Española de Medicina Legal* 40, nº 2 (abril-junio 2014): pp. 59–62, analiza los conflictos jurídicos que plantea la maternidad subrogada en el ordenamiento español, subrayando la nulidad de los contratos por sustitución y los dilemas éticos que surgen en torno a la explotación de mujeres y la protección del menor. Propone abrir un debate multidisciplinar que permita valorar una posible regulación garantista.

[827] Casas León, y Antonio Fernández de Buján, *Las máximas «mater semper certa es,,* pp. 36 a 38 y 83-84.

[828] D. 2.4.5 (*Paul. 4. com. ed.).*

progenitores[829], conforme a la presunción del artículo 116 CC[830]. No obstante, el desarrollo de la biomedicina y la generalización de las técnicas de reproducción asistida han introducido un criterio distinto en determinados supuestos basado en la voluntad de procreación y en el consentimiento informado, sin que ello haya supuesto una sustitución completa del sistema general.

En este sentido, cuando una mujer casada recurre a una TRA, la filiación del cónyuge no se fundamenta principalmente en la presunción del artículo 116 CC, sino en el consentimiento previo, formal y expreso previsto en el artículo 8 LTRHA[831]. Este consentimiento determina la filiación con independencia de la existencia de vínculo genético. En estos casos, el donante de gametos carece de cualquier vínculo jurídico con el nacido, y la eventual revelación de su identidad no conlleva la determinación de la filiación, conforme al artículo 8.3 LTRHA, quedando excluida cualquier legitimación para ejercitar acciones de filiación o impugnación.

En el caso de parejas no casadas, y según el artículo 120 CC, la paternidad tampoco se presume automáticamente, La filiación del varón que consiente la TRA se establece igualmente mediante su consentimiento previo, expreso y formalizado, con efectos equivalentes al reconocimiento, aun sin vínculo biológico. Por su parte, el régimen previsto en el artículo 10.3 LTRHA[832]**,** que permite la acción de reclamación de la paternidad por el padre biológico, se configura principalmente para los supuestos de gestación por sustitución y no resulta aplicable en los casos de reproducción asistida con donante, donde la ley excluye cualquier relación jurídica entre este y el nacido.

---

[829] O por sentencia firme, como recoge el art. 115 del Código Civil.
[830] Art. 116 CC: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".
[831] Art 8 LTRHA: 1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad. 3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.
[832] Teresa Vicente Giménez, «La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción», *Revista Bioderecho.es* 3 (2016): pp. 23-24.

En cuanto a la filiación materna, las reformas legislativas han introducido notables cambios. En particular, la Ley 13/2005, de 1 de julio[833], que modificó el CC en materia de matrimonio, al reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, permitió el desarrollo de la doble filiación materna en combinación con el régimen previsto en la LTRHA, de modo que ambas pueden figurar como madres, aunque solo una haya gestado, siempre que exista el correspondiente consentimiento.

Por otro lado, esta evolución se ha ampliado a través de la Ley Trans, que modificó los artículos 44 y 120.1 del CC[834] para permitir la determinación de la filiación no matrimonial en parejas de mujeres mediante la simple conformidad de la madre no gestante, con independencia de la existencia de vínculo matrimonial[835]. Asimismo, sustituyó las referencias tradicionales de padre y madre por «progenitor gestante» y «progenitor no gestante»[836] en diversos artículos del CC[837] buscando adaptar el Derecho de familia a la diversidad de modelos actuales.

---

[833] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

[834] Art. 44 CC: "Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código". Art. 120.1 CC: "La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. sustituyendo la palabra padre por "padre o progenitor no gestante".

[835]Nieves Martínez Rodríguez, "Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366]: Aspectos civiles", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis* 11, n.º 2 (2023): p. 144.

[836]"La exposición de motivos de la Ley señala que la reforma del Código Civil responde 'a la implementación del lenguaje inclusivo', si bien, 'lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término "padre" en el artículo 120.1.º por la expresión "padre o progenitor no gestante" supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por la disposición final undécima'. Y en relación con esta última Ley, la exposición de motivos de la LT observa que la modificación de su artículo 44 se dirige a 'permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial". Roncesvalles Barber Cárcamo, «La situación actual del derecho de filiación en España», *Anuario de Derecho Civil* 76, n.º 4 (2024): pp. 1381-1382.

[837] Art. 108 CC: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código". Art. 109.2 CC: "Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley…". Art. 110 CC: *"*Aunque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"; María Jesús Quesada Sarmiento, «Nueva modificación del Código Civil», *LegalToday*, 9 de marzo de 2023,disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/nueva-modificacion-del-codigo-civil-2023-03-09/, consultado el 4 de diciembre de 2024.

Ahora bien, estos avances no son uniformes. En la práctica, la reforma facilita la doble filiación materna pero no ofrece una solución equivalente para las parejas masculinas[838].Esta diferencia confirma que el sistema continúa vinculado a la gestación para definir la maternidad, manteniendo una imposibilidad de establecer la doble filiación paterna inicial que plantea dudas sobre el principio de igualdad.

Junto a estas reformas, la Ley 14/2006, contempla supuestos específicos que se apartan del régimen general entre los que destaca la fecundación *post mortem* (artículo 9 LTRHA) [839]. Este precepto permite el uso del material genético del varón fallecido cuando exista consentimiento previo otorgado en documento válido y se utilice dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento, o cuando dicho consentimiento pueda inferirse por la existencia de un proceso de reproducción asistida ya iniciado. En estos casos, la filiación del hijo se reconoce con los mismos efectos que si el progenitor estuviera vivo. Este régimen adquirió notoriedad mediatica con el caso de Ana Obregón, quien empleó material genético de su hijo fallecido[840] en un proceso de gestación por sustitución en el extranjero. Sin embargo, dicho supuesto no encaja en este artículo 9 LTRHA, que limita la fecundación *post mortem* al cónyuge o pareja del varón fallecido, excluyendo a los ascendientes. Aunque en la práctica se haya reconocido la filiación, este tipo de supuestos sigue planteando importantes problemas jurídicos, en la medida en que dicha atribución no deriva de una aplicación directa y coherente del ordenamiento español, sino de soluciones indirectas orientadas a evitar la desprotección del menor. Esta situación evidencia las dificultades del sistema para dar respuesta a realidades que no encajan en sus categorías tradicionales.

En conclusión, se observa una convivencia contradictoria de modelos. En el ámbito general de las TRA, la filiación se articula en torno a la voluntad y el consentimiento, independientemente de la carga genética o del vínculo matrimonial. Por el contrario, en la gestación por sustitución, el legislador se aferra al determinismo biológico del parto. En el plano registral, esta dualidad

---

[838] Matia Portilla et al.; *La protección de los derechos fundamentales".*

[839] Art. 9.2: LTRHA" No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia 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 12 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 revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".

[840] Esperanza Castellanos Ruiz, «Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón», *Derecho Privado y Constitución* 44 (2024): pp. 125-173.

se traduce en que la inscripción, regida por el artículo 44 de la Ley del Registro Civil, actúa como cierre formal de un sistema que combina la agilidad de las presunciones y el consentimiento para unos, pero impone la barrera infranqueable del artículo 10 LTRHA para otros, forzando a los comitentes a procesos de regularización a posteriori que contradicen la esencia misma del resto de la normativa en materia de reproducción asistida.

5.5.1. La inscripción registral de la filiación y su evolución

En el plano registral, la inscripción en el Registro Civil se rige por el artículo 44 de la Ley del Registro Civil[841], que exige que la filiación se determine conforme al CC y a la LTRHA, garantizando la constatación de la filiación materna. Bajo el régimen general, la filiación del progenitor no gestante consta automáticamente si existe matrimonio con la gestante, en su defecto, requiere una conformidad expresa como manifestación formal de la voluntad de asumir la parentalidad, siempre que se respeten las presunciones legales y el régimen de consentimiento previsto. Asimismo, cuando la filiación no se determina en el momento de la inscripción, puede reconocerse con posterioridad mediante declaración, expediente registral o prueba documental, siempre que se cumplan los requisitos establecidos y no exista oposición[842]. De este modo, el Registro Civil actúa como cierre formal de un sistema que combina la voluntad procreacional parental con los elementos biológicos.

---

[841] Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011).

[842] Art. 44: "4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida... La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido..., b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia. En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata solo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna... 6. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil. Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya

Sin embargo, los poderes públicos se han visto presionados por la gestación por sustitución. La evolución de la respuesta jurídica española ha estado marcada por un constante desacuerdo entre la nulidad del contrato proclamada por el legislador y la necesidad de dar respuesta a las situaciones familiares generadas en el extranjero. Entre 2009 y 2021, esta discrepancia se dejó ver tanto en la práctica registral como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dando lugar a soluciones cambiantes, en ocasiones contradictorias, pero siempre en torno al interés superior del menor.

5.5.1.1. Las Resoluciones Administrativas Iniciales y la Doctrina del Tribunal Supremo (2009-2014)

Pese a esta falta de consenso, algunos órganos administrativos y judiciales han reconocido ciertos efectos jurídicos derivadas de la gestación por sustitución realizada en el extranjero. En este contexto, la actuación administrativa y registral trató de ofrecer respuestas que evitarán la desprotección de los menores, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor[843], sin que ello implicará validar la práctica.

Los primeros instrumentos dirigidos a permitir la inscripción en España de menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero fueron la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, y la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, que fijaba los requisitos necesarios para una correcta inscripción[844]. El punto de partida se sitúa en el conocido caso de una pareja de hombres cuyos hijos nacieron en California. Tras la denegación inicial de la inscripción por el registro consular, la DGRN autorizó el acceso al Registro Civil español apoyándose en el artículo 17.1.a

---

oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. 2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. 3.ª Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo".

[843] Art. 2, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (BOE núm. 15, de 17 de enero de1996): "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

[844] La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y actualizada por Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

del CC referido a la nacionalidad de los padres[845], y en el interés superior del menor. Sin embargo, esta resolución fue posteriormente anulada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia[846] y ratificada por la Audiencia Provincial de Valencia (23 de noviembre de 2011), al considerar que el artículo 10 LTRHA, operaba como una norma de orden público que atribuía la maternidad a la gestante[847].

El conflicto alcanzó al Tribunal Supremo, que en su sentencia de 6 de febrero de 2014 desestimó la pretensión a reconocer la filiación en los términos solicitados en la certificación extranjera[848]. No obstante, el Alto Tribunal admitió una solución humanitaria y excepcional orientada a proteger la situación de los menores, permitiendo finalmente su inscripción sin que ello supusiera una aceptación general de la práctica[849].

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014, la práctica registral fue ajustándose progresivamente a esta doctrina. Se abandonó cualquier posibilidad de reconocimiento automático y se exigió, como requisito esencial, la existencia de una resolución judicial

---

[845] Art. 17. 1.a CC: "1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles".
[846] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia núm. 188/2010, de 15 de septiembre, "Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de … y…en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción". Juan María Díaz Fraile, «Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», ponencia presentada en el *I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad. Gestación por sustitución. Aspectos jurídicos y psicobiológicos*, 3 de diciembre de 2018., disponible en: https://www.notariosyregistradores.com, consultado el 10 de enero de 2024.
[847] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª) núm. 826/2011, de 23 de noviembre (rec. 949/2011), ECLI:ES:APV:2011:573.
[848] La pareja interpuso un recurso de casación alegando la vulneración del principio de igualdad del art 14 CE en relación con el derecho a la identidad única de los niños y al interés de los menores del art 3 de la Convención de Derechos del Niño, el art 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el art 39 CE.
[849] Díaz Fraile, «Gestación por sustitución:"; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil,) Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 rec. 245/2012, (ECLI:ES:TS:2014:247); "El Supremo deniega la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler", *Noticias Judiciales*, Consejo General del Poder Judicial, 13 de febrero de 2014, disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler., consultado el 4 de mayo de 2024 ; Carolina del Carmen Castillo Martínez, «La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español», *El Derecho*, Tribuna, 11 de junio de 2020, disponible en:https://elderecho.com/la-gestación-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol , consultado el 11 de enero de 2024; Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil, Pleno) Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014 rec. 245/2012- (ECLI: ES:TS:2014:247); La sentencia resolvió la impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acordaba la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución en California. Comentada en «Gestación subrogada: nuevo pronunciamiento del Pleno de la Sala 1.ª del TS», *Editorial Jurídica Sepín*, 19 de mayo de 2022, disponible en: https://blog.sepin.es/2022/05/gestación-subrogada-sentencia-tribunal-supremo , consultada el 3 de mayo de 2024.

extranjera firme compatible con el orden público español[850]. A raíz de este hito judicial, la DGRN consolidó los criterios de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, que establecía un marco de control riguroso: se permitía la inscripción siempre que al menos uno de los progenitores fuera español y se aportara una resolución judicial extranjera firme. Este requisito pretendía garantizar la renuncia libre e informada de la gestante y verificar la ausencia de abusos, explotación o tráfico de menores, asegurando un adecuado control de legalidad[851].Este criterio fue posteriormente sistematizado en la Instrucción de 14 de febrero de 2019[852].

Durante este periodo se dispuso, por tanto, un modelo intermedio: por un lado, se afirmaba la nulidad del contrato; por otro, se admitían soluciones indirectas para evitar situaciones de desamparo del menor, a través del reconocimiento del vínculo biológico y la posterior adopción. Esta situación generó discrepancias entre la doctrina judicial y la actuación administrativa. Pese a que los tribunales habían anulado la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 por considerarla contraria a la ley, la Administración no cerró la puerta a las familias, sino que desplazó su actuación hacia los criterios fijados en la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Para un sector de la doctrina, estas actuaciones constituyeron una auténtica normativización *de facto* de la práctica, al fijar criterios administrativos que, en ausencia de ley y pese a la nulidad del contrato del artículo 10 LTRHA, generaron efectos jurídicos concretos. Se trató, en definitiva, de una solución administrativa de emergencia que buscaba dar una respuesta humana al interés superior del menor, aunque su encaje legal fuera controvertido.

---

[850] España, Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE núm. 175, 22 de julio de 2011), arts. 96.2 y 98,
[851] Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: "Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007), así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999."
[852] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que fija los límites del reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución en el ordenamiento español; Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 14 de febrero de 2019**,** sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Esta línea de actuación dio soluciones prácticas que, sin reconocer la validez del contrato de gestación, daban respuesta a la identidad jurídica de los menores en situaciones ya afianzadas, manteniendo una cierta ‘resistencia' frente al criterio más rígido de los tribunales.

Esta dualidad marcó la práctica registral durante años, hasta el cambio definitivo impuesto por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (caso México). En esta resolución, el Tribunal abandona la flexibilidad y reafirma que la filiación de la madre comitente solo puede establecerse mediante la vía de la adopción[853], acentuó los límites del artículo 10 LTRHA y descartó otras vías, como la posesión de estado, cuando estas supongan eludir la nulidad contractual.

Más allá de la evolución cronológica, este recorrido lleva a formular una reflexión crítica sobre el uso del interés superior del menor como criterio interpretativo. Hay que tener en cuenta que tanto la apertura de 2009 como el endurecimiento posterior de 2022 se fundamenten en el mismo principio. Mientras que en los primeros casos justificó respuestas orientadas a dotar de identidad jurídica a situaciones familiares ya existentes, en la etapa más reciente se utiliza para delimitar los límites éticos del sistema y evitar la validar de una práctica prohibida.

Esta diversidad de soluciones no responde necesariamente a una incoherencia, sino a la propia naturaleza del interés superior del menor, que exige ponderar simultáneamente la protección del niño y el respeto a los principios del ordenamiento. La evolución descrita muestra que el problema no es solo la determinación técnica de la filiación, sino que implica equilibrar situaciones familiares reales con límites que el sistema considera indisponibles, como la dignidad de la mujer gestante y la prohibición de mercantilización del cuerpo humano.

5.5.1.2. La crisis de Kiev y el endurecimiento de los requisitos registrales (2018-2021)

Tras una etapa caracterizada por soluciones excepcionales, la problemática de la gestación por sustitución se intensificó en 2018 a raíz de los acontecimientos ocurridos en Ucrania. En julio de ese año, el Consulado español en Kiev suspendió la emisión de pasaportes y denegó la inscripción de menores nacidos mediante esta práctica. El Gobierno justificó esta decisión en

[853] Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), Sentencia núm. 277/2022, de 31 de marzo (ECLI: ES:TS:2022:1153).

dos motivos: las restricciones de la normativa de protección de datos[854], que dificultaban la realización de pruebas de ADN al padre biológico al tratarse de información genética sensible[855] y, las sospechas de mala praxis médica y posibles casos de tráfico de menores vinculados a la industria reproductiva ucraniana[856].

La paralización de las pruebas genéticas bloqueó a decenas de familias españolas en Kiev[857]. Hasta entonces, el procedimiento habitual consistía en acreditar la paternidad mediante una prueba de ADN certificada. No obstante, dado que la renuncia de la gestante no producía efectos automáticos en España, el menor obtenía un pasaporte donde figuraban el padre biológico y la gestante como progenitores[858], quedando la integración de la madre comitente supeditada a un posterior proceso de adopción. Ante este colapso, el Ministerio de Asuntos Exteriores analizó caso por caso los expedientes y como solución temporal autorizó salvoconductos[859] para el regreso de los menores. Con posterioridad, el consulado reanudó las inscripciones, aunque los trámites necesarios en España para formalizar la filiación resultaron complejos y prolongados[860]. Algunas familias optaron incluso por solicitar la nacionalidad

---

[854] Unión Europea, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), Diario Oficial de la Unión Europea L 119, 4 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807.

[855] En algunos países, los consulados exigían pruebas de ADN para demostrar que el padre biológico tenía vínculo genético con el recién nacido.

[856] Ministerio de Justicia, Nota de prensa 033, "El Ministerio desaconseja acudir a Ucrania para procesos de gestación subrogada", 25 de marzo de 2020, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/paginas/2019/160219gestación-subrogada.aspx; «Comienza el registro de los bebés españoles nacidos por gestación subrogada en Ucrania», *Cadena SER*, 10 de septiembre de 2018., disponible en: https://cadenaser.com/ser/2018/09/10/internacional/, consultados el 3 de mayo de 2024

[857] Ana María Ortiz, «Treinta parejas españolas en el limbo ucraniano por la gestación subrogada», *El Mundo*, 6 de septiembre de 2018., disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2018/08/30/5b870; María Zuil, «Pesadilla en Kiev para 20 familias de vientre de alquiler: "No dan pasaporte a los bebés"», *El Confidencial*, 27 de agosto de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/; Silvia Blanco, «Veinte familias atrapadas en Kiev con bebés de gestación subrogada», *El País*, 29 de agosto de 2018, disponible en: https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html, consultados el 3 de mayo de 2024.

[858] Interfertility, "Gestación subrogada en Ucrania: situación actual", 23 de septiembre de 2018, disponible en: https://interfertility.es/ , consultado el 3 de mayo de 2024.

[859] Silvia Blanco, «Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania», *El País*, 30 de agosto de 2018, disponible en: https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/, consultado el 3 de mayo de 2024.

[860] «España reabre la puerta a los bebés de vientre de alquiler de Ucrania», *Euronews*, 7 de septiembre de 2018, disponible en: https://es.euronews.com/2018/09/07/espana-reabre-la-puerta-a-los-bebes-de-vientre-de-alquiler-de-ucrania., consultado el 4 de mayo de 2024.

ucraniana para sus hijos con el fin de poder regresar y completar los procedimientos judiciales en España, que podían extenderse durante años[861].

En medio de esta inestabilidad, la DGRN publicó el 14 de febrero de 2019 una nueva Instrucción que pretendía flexibilizar el régimen registral, permitiendo la determinación de la filiación mediante prueba genética del padre en ausencia de resolución judicial extranjera, e incluso contemplando la posibilidad de que la mujer que hubiera aportado el óvulo pudiera reclamar la filiación materna. Sin embargo, este intento de apertura fue desautorizado de forma fulminante por el Ministerio de Justicia, dejando sin efecto la Instrucción apenas cuatro días después mediante resolución publicada en el BOE el 21 de febrero de 2019, potenciando así la línea restrictiva ya marcada por la sentencia del Tribunal Supremo en 2014[862].

A partir de ese momento, los registros civiles solo pudieron inscribir a los menores cuando existiera una resolución judicial extranjera que reconociera la filiación de los progenitores comitentes, siempre que no resultara contraria al orden público español. Se abandonó la práctica de inscribir mediante la simple acreditación genética del padre. Este cambio limitó

---

[861] Agencia EFE, «Dos familias españolas recurren el veto a la inscripción de bebés en Ucrania», *Público*, 25 de abril de 2019, disponible en: https://www.publico.es/sociedad/dos-familias-espanolas-recurren-veto-inscripcion-bebes-ucrania.html;, consultado el 4 de mayo de 2024.
Interfertility, "Gestación subrogada en Ucrania"*;* Sofía Soler, «El limbo de los bebés nacidos de madres de alquiler durante la guerra en Ucrania: "Pueden ser objeto de explotación"», *RTVE Noticias*, 28 de marzo de 2022, disponible en: https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestación-subrogada-explotacion/2321529.shtml; María Zuil, «Pesadilla en Kiev para 20 familias de vientre de alquiler: "No dan pasaporte a los bebés"», *El Confidencial*, 27 de agosto de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/., consultados el 4 de mayo de 2024.

[862] Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*,* «BOE» núm. 45, 21 de febrero de 2019. "Por consiguiente, se dicta la presente Instrucción, en los términos siguientes: 1. Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción. 2. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. El encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación."

notablemente los supuestos de inscripción directa y generó críticas por parte de diversas asociaciones, que advirtieron del riesgo de dejar a los menores en situaciones de inseguridad[863].

Este sistema dejó al descubierto un tratamiento desigual, desde entonces, la regla general pasó a exigir una sentencia extranjera homologada que reconociera la filiación, descartándose la mera prueba genética como mecanismo suficiente, lo que afectó especialmente a las parejas del mismo sexo o de quienes recurrían a embriones donados, al no poder acreditar vínculo biológico con el menor. Aun así, la práctica administrativa continúo manteniendo cierta flexibilidad en determinados supuestos, con el objetivo de evitar las situaciones de desprotección. Esta coexistencia entre la nulidad del contrato de gestación por sustitución y el reconocimiento práctico de determinados efectos jurídicos ha llevado a parte de la doctrina a hablar de un auténtico vacío legal en el ordenamiento español[864].

Este periodo de endurecimiento progresivo de los requisitos registrales sentó las bases para la etapa actual. Aunque la acreditación del ADN del padre continuó operando como una vía indirecta para evitar el limbo jurídico del menor y facilitar la posterior adopción, el sistema caminaba hacia un cierre definitivo de estas fisuras normativas[865].

5.5.1.3. Consolidación de la Doctrina Restrictiva y el Cierre Registral (2022-2025)

Como ya se ha apuntado, las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo entre 2022 y 2025[866] cierran definitivamente una orientación ya iniciada en 2014, pero ahora sin ambigüedades. Esta etapa se caracteriza por la afirmación expresa de que la protección del menor debe llevarse a cabo a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento, sin

---

[863] María Belén Andreu Martínez, «Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis (2019).

[864] Olympe Abogados, "Gestación subrogada: ¿existe un vacío legal en España?", *Píkara Magazine*, 5 de abril de 2023, disponible en: https://www.pikaramagazine.com/2023/04/gestación-subrogada-existe-un-vacio-legal-en-espana/., consultado el 8 julio de 2024.

[865] Andreu Martínez, «Una nueva vuelta de tuerca ", pp. 64-85: «Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero», La Moncloa, 16 de febrero de 2019. disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/paginas/2019/160219gestación-subrogada.aspx; Ana María Ortiz, «El Gobierno anula en 24 horas la orden para inscribir con el ADN a los bebés de gestación subrogada», *El Mundo*, 16 de febrero de 2019, disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2019/02/16/5c684e , consultados el 10 de julio de 2024.

[866] STS 277/2022, STS 1141/2024, STS 1626/2024 y STS 496/2025.

aceptar soluciones alternativas que puedan producir efectos equivalentes al reconocimiento del contrato de gestación por sustitución.

El denominador común de las resoluciones de este periodo es doble, en primer lugar, la adopción como única vía para atribuir la filiación a la madre comitente; en segundo lugar, el rechazo del reconocimiento de resoluciones extranjeras que atribuyan directamente dicha filiación. El Tribunal Supremo sostiene que admitir estos efectos supondría eludir la prohibición establecida en el artículo 10 LTRHA.

La posición jurisprudencial es clara: el reconocimiento de decisiones extranjeras no puede convertirse en un mecanismo para sortear los límites del derecho interno. La filiación solo puede determinarse mediante el vínculo biológico del progenitor, cuando pueda acreditarse, y la posterior adopción por parte de su pareja, conforme a las reglas del CC. Esta línea se cierra con la STS 496/2025[867], que establece que la gestación por sustitución no puede producir efectos automáticos en España y que cualquier modificación de este régimen corresponde exclusivamente al legislador. Con ello, el Tribunal fija finalmente el alcance del sistema: la protección del menor debe canalizarse dentro de los cauces legales existentes, sin que pueda utilizarse para justificar el reconocimiento de situaciones contrarias a la normativa vigente.

La consolidación doctrinal se conecta con la Instrucción de 28 de abril de 2025[868] de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, publicada en el BOE el 1 de mayo de 2025. Esta disposición supone el cierre definitivo de la vía registral que durante años había permitido, con distintos matices, y a través de diversas instrucciones, la inscripción de menores nacidos mediante esta práctica en el extranjero.

A partir de esta Instrucción, dejan de admitirse como título válido para la inscripción en el Registro Civil español las resoluciones judiciales extranjeras, los certificados registrales o cualquier otro documento procedente del país de origen cuando tengan su origen en un proceso de gestación por sustitución. Asimismo, se suspenden los procedimientos de inscripción en

---

[867] CGPJ, "El Tribunal Supremo desestima una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada "| *Noticias Judiciales* STS 496/2025, de 25 de marzo, disponible en : https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-desestima-una-demanda-de-impugnacion-de-filiacion-materna-en-un-caso-de-gestación-subrogada , consultado el 4 de noviembre de 2025.

[868] Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Instrucción de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, (BOE núm. 105, 1 de mayo de 2025).

curso basados en este tipo de supuestos. No obstante, se mantiene la posibilidad de que los menores obtengan documentación para viajar a España mediante salvoconductos o pasaportes provisionales, debiendo instarse la determinación de la filiación según el derecho interno una vez se encuentren en territorio español[869].

Con esta medida la discordancia que había existido entre la práctica administrativa y la doctrina jurisprudencial cesa y ambos se unifican bajo un mismo criterio. El resultado es un sistema en el que desaparecen las soluciones indirectas que habían operado en etapas anteriores, aplicando así un modelo cerrado en cuanto a las vías de reconocimiento de la filiación[870].

5.6. Evaluación crítica del sistema de filiación en España

Como se ha expuesto, el sistema español de filiación presenta una discordancia interna en la forma en que articula los criterios de determinación en la reproducción asistida. Por un lado, el ordenamiento admite una filiación sin vínculo genético cuando existe consentimiento en procedimientos de reproducción asistida con donación de gametos, excluyendo al donante de cualquier relación jurídica con el menor. Por otro, en los supuestos de gestación por sustitución se recurre al criterio del parto o al vínculo biológico para negar efectos a la voluntad de procrear. Esta diferencia revela una aplicación no uniforme de estos criterios. El recurso a la genética o a la gestación no opera de forma neutral sino en aquellos casos en los que la técnica reproductiva entra en conflicto con los límites establecidos por el legislador. Parte de la doctrina ha advertido que este tipo de razonamientos no siempre responde a una ponderación estrictamente jurídica, sino que incorpora presupuestos ideológicos o morales que condicionan la respuesta normativa[871].

Desde esta perspectiva, el modelo presenta una falta de consistencia: si el consentimiento informado fundamenta una filiación plena en otros supuestos, resulta difícil justificar que

---

[869] Garrido Abogados. "Cambio de paradigma respecto de la gestación subrogada: la filiación deberá establecerse conforme a los procedimientos legales ordinarios de la legislación española." *Garrido Abogados*, 1 de mayo de 2025. disponible en: https://garrido.es/gestación-subrogada-la-filiacion-debera-establecerse-conforme-a-procedimientos-legales-ordinarios-de-legislacion-espanola-instruccion-direccion-general-seguridad-juridica-y-fe-publica-28-abril-2025 , consultado el 7 de septiembre de 2025.

[870] José Carlos Fernández Rozas, "Actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución (Instrucción DGSJFP 28 abril 2025)," *Blog de José Carlos Fernández Rozas,* 6 de mayo de 2025, disponible en: www.fernandezrozas.com, consultado el 6 de agosto de 2025.

[871] Manuel Atienza, "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 63, disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestación-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos, consultado el 3 de mayo 2025.

pierda eficacia cuando interviene una gestación por sustitución, especialmente cuando existe una convivencia familiar consolidada. La consecuencia es un sistema que ofrece respuestas dispares ante situaciones funcionalmente idénticas.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo de canalizar la filiación del progenitor no gestante a través de la adopción se presenta como compatible con la nulidad del contrato y con la protección del menor. Sin embargo, se trata de un mecanismo que no resuelve el problema de fondo: la necesidad de dotar al menor de un estatuto de filiación claro desde el inicio. evitando periodos prolongados de indeterminación. La justificación ética de que la gestación por sustitución no puede confundirse con su reconocimiento jurídico, hace necesario distinguir entre comprensión social de la práctica y su admisibilidad legal[872]. La adopción introduce un intervalo temporal en el que la situación jurídica del menor no está plenamente definida. Durante ese periodo pueden surgir contingencias que el sistema no evita de forma adecuada, como la ruptura de la pareja, la falta de consentimiento del progenitor con filiación ya determinada o el fallecimiento de alguno de los implicados.

Además, desplaza la carga del problema a las familias, que deben asumir procedimientos administrativos y judiciales complejos, cuya duración y resultados no siempre son previsibles. Desde la perspectiva del menor, esto puede traducirse en una situación de inseguridad en una etapa especialmente sensible de su vida. A ello se añade un elemento de desigualdad material: el acceso a la gestación por sustitución en el extranjero y su posterior regularización mediante adopción queda, en la práctica, limitado a quienes disponen de recursos suficientes. El resultado es un modelo que no elimina la práctica, pero sí distribuye de forma desigual sus consecuencias.

Finalmente, la persistencia de un sistema basado en la prohibición del contrato, acompañado de mecanismos indirectos de reconocimiento, sitúa al ordenamiento español en una posición difícil de encajar con los criterios desarrollados a nivel europeo. La jurisprudencia del TEDH no impone un modelo único, pero sí exige que los Estados ofrezcan medios efectivos para evitar situaciones de indefinición en la filiación, especialmente cuando existe vínculo biológico o una convivencia familiar estable. En estas condiciones, el modelo español puede describirse como una "prohibición con regularización diferida": se rechaza cualquier eficacia directa de los

[872] Martínez Zorrilla, "Acerca de la justificación ".

títulos extranjeros vinculados a la gestación por sustitución, pero se termina reconociendo la filiación por vías internas en un momento posterior. Este régimen plantea dificultades desde la perspectiva de la protección del menor, ya que prolonga la ausencia de un estatuto jurídico claro en aspectos esenciales como la identidad civil, la nacionalidad, la patria potestad o la sucesión[873].

Por ello, aun reconociendo la competencia del legislador para mantener la nulidad del contrato, el análisis conduce a una conclusión clara: el modelo vigente requiere una revisión que aporte coherencia y seguridad jurídica, ofreciendo una respuesta estable a situaciones que ya se

producen en la práctica. En caso contrario, la solución seguirá desplazándose al plano casuístico, con costes que recaen, en última instancia, sobre el menor.

5.7. Coherencia y límites del modelo español

En el recorrido realizado se apreciar un distanciamiento entre la evolución del Derecho de familia y la respuesta que el ordenamiento ofrece frente a la gestación por sustitución. Mientras otras formas de filiación han ido incorporando el consentimiento y la realidad familiar como elementos determinantes, esta práctica continúa tratándose desde una lógica centrada en la nulidad del contrato y en la regla del parto.

En esta línea, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha fijado una posición cerrada, limitando las posibilidades de reconocimiento y aceptando la adopción como única vía para establecer la filiación de la madre comitente. Con ello se pretende preservar los límites establecidos por el legislador, pero el resultado es un sistema que no logra dar una respuesta sencilla a situaciones existentes, especialmente cuando el menor ya forma parte de una unidad familiar.

A pesar de la nulidad del contrato, (*quod nullum est, nullum producit effectum*), en la práctica se terminan reconociendo determinados efectos: la filiación del progenitor biológico, la posterior adopción o la inscripción por vías indirectas, la determinación de la filiación biológica y, una vez regularizada su situación, el pleno disfrute de derechos sociales y prestaciones. Esta coexistencia entre rechazo formal y aceptación práctica genera una situación poco clara que

[873] "Dosier sobre gestación por sustitución", *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 56 (2022).

traslada a las familias la carga de regularizar su situación a través de procedimientos posteriores largos y no siempre accesibles.

Desde una perspectiva comparada, esta forma de operar resulta difícil de sostener a largo plazo. Los criterios desarrollados en el ámbito europeo apuntan a la necesidad de evitar periodos prolongados de indefinición en la filiación, especialmente cuando existe un vínculo familiar efectivo. Sin embargo, en el caso español, la respuesta sigue produciéndose a posteriori, lo que retrasa la consolidación del estatus del menor.

A ello se suma una cuestión de fondo que sigue abierta: el choque entre la protección frente a posibles situaciones de abuso y el reconocimiento de la capacidad de autonomía personal de las mujeres. La prohibición absoluta, justificada en la defensa de la dignidad femenina, corre el riesgo de derivar en un paternalismo jurídico que niegue la capacidad decisoria de las mujeres adultas y reproduzca incoherencias dentro de un sistema que reconoce ampliamente otros derechos reproductivos.

En conjunto, el capítulo muestra que la gestación por sustitución no es una hipótesis marginal, sino una realidad que el sistema actual gestiona de forma indirecta y fragmentada. La ausencia de una respuesta clara no ha impedido su existencia, pero sí ha generado soluciones desiguales y dependientes de cada caso.

Por ello, más que ofrecer una respuesta cerrada, el análisis conduce a una idea principal: el modelo vigente presenta dificultades para mantener una coherencia interna y garantizar una protección estable del menor desde el inicio. Cualquier futura intervención debería orientarse a reducir esa distancia entre la norma y la práctica, aportando claridad y previsibilidad en un ámbito especialmente sensible[874].

[874] María José Cabezudo Bajo, *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida* (Madrid: Dykinson, 2024), pp. 217-221.

CAPÍTULO 6. DERECHO COMPARADO

6.1. Función del derecho comparado

La gestación por sustitución plantea problemas complicados en aquellos países que la prohíben o limitan, no tanto por su inexistencia práctica, sino por su dimensión transfronteriza y por la necesidad de dar respuesta a situaciones ya institucionalizadas en el extranjero. El recurso al Derecho comparado es indispensable para identificar los distintos modelos regulatorios y las técnicas legales empleadas por otros Estados en materias como la atribución de la paternidad, el control institucional del proceso, la revocabilidad del consentimiento o la prohibición de la intermediación y de los pagos, con el fin de valorar qué soluciones podrían contribuir a reducir la inseguridad jurídica internacional.

Se toma como punto de partida el estudio encargado por el Parlamento Europeo en 2013, elaborado por la *Directorate- General for Internal Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs,* cuyos datos han sido actualizados, cuando ha sido necesario, según la evolución normativa en los distintos Estados, y completados mediante otras fuentes doctrinales y oficiales[875]. Los países se agrupan, en primer lugar, en ordenamientos europeos y a continuación los no europeos, siguiendo en ambos casos un criterio alfabético.

---

[875] La información contenida en esta tabla se basa principalmente en el estudio *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (Bruselas: Parlamento Europeo, 2013), complementado y actualizado mediante informes institucionales y fuentes oficiales nacionales e internacionales (entre otros, informes STRADA y documentación del Consejo de Europa,) bases jurídicas especializadas, legislación estatal y, estudios doctrinales recientes, según el Estado analizado. Brunet, Laurence, Janeen Carruthers, Konstantina Davaki, Derek King, Claire Marzo, and Julie McCandless. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States.* Brussels: European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, 2013, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf , consultado el 14 de abril de 2025; Elena Atienza Macías, Vilar González, Silvia, *"*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*"* (2018), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n.º 155 (2019): pp. 1271–1273; M.ª Inmaculada Moreno de la Fuente, *"*La gestación por sustitución: derecho internacional y derecho comparado", *Revista General de Derecho Constitucional* 25" (2017), disponible en: Revistas@iustel.com., consultado el 6 de febrero de 2020; F. Fedele *et al.*, "P-358 Comparison of the Legal Regulation of Surrogacy in Fifteen European Countries," *Human Reproduction* 40, suppl. 1 (June 2025); International Social Service (ISS), *Legal Trends in Surrogacy: Towards a Greater Protection for the Rights of Children Born Through Surrogacy?* (Geneva: International Social Service, 2025), disponible en: https://www.iss-ssi.org., consultado el 3 de noviembre de 2025; Julia Englebert, Carson Turner y Narintohn Luangrath, "International Approaches to Surrogacy Regulation," *The Regulatory Review*, March 2, 2024, disponible en: https://www.theregreview.org/2024/03/02/international-approaches-to-surrogacy-regulation/ , consultado el 3 de

6.2. Modelos jurídicos en materia de gestación por sustitución

Si bien no se pretende hacer un análisis exhaustivo de la amplia casuística internacional a continuación, se presenta una selección representativa que identifica los principales modelos jurídicos en materia de gestación por sustitución, tanto en Europa como en diversas jurisdicciones extracomunitarias. A tal efecto, las tablas han sido diseñadas para facilitar una aproximación sistemática y ordenada al estado de la cuestión. No se limitan a funcionar como un inventario normativo, sino como la base analítica para la posterior clasificación tipológica de los ordenamientos, facilitando la comparación entre respuestas jurídicas ante un fenómeno de alcance global.

Tabla 1. Régimen jurídico de la gestación por sustitución en Europa

País	Prohibición general	Prohibición comercial	Admisión altruista / condicionada.	Ley específica
Alemania	Sí	Sí	No	No
Austria	Sí	Sí	No	No
Bélgica	No	Sí	Sí (tolerada, no regulada)	No
Bulgaria	Sí	Sí	No	No
Chipre	No	Sí	Sí	Sí. *Act 69(I)/2015 on Medically Assisted Reproduction.*
Croacia	Sí	Sí	No	No
Dinamarca	No	Sí	Sí (condicionada)	Sí. *Lov nr. 1687 af 30. December 2024 (Familiedannelse ved surrogataftaler).*
Eslovenia	Sí	Sí	No	No
Eslovaquia	Sí	Sí	No	No
España	Sí	Sí	No	No
Estonia	Sí	Sí	No	No
Finlandia	Sí	Sí	No	No
Francia	Sí	Sí	No	No

noviembre de 2025; Yuko Nishitani, "Surrogacy Under the Shadow of Globalization," *NYU Journal of International Law and Politics* 56 (2024): pp. 311–335, disponible en: https://www.nyujilp.org., consultado el 3 de Noviembre de 2025; Claire Fenton-Glynn y Jens M. Scherpe, eds., *Surrogacy, Law and Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020); Katarina Trimmings y Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* (Oxford: Hart Publishing, 2013).

Grecia	No	Sí	Si	Sí. *Astikos Kodikas* art. 1458; *Nomos 3305/2005*.
Hungría	Sí	Sí	No	No
Irlanda	No	Sí	Sí	Sí. *Health (Assisted Human Reproduction) Act 2024.*
Italia	Sí	Sí	No	No
Letonia	Sí	Sí	No	No
Lituania	Sí	Sí	No	No
Luxemburgo	Sí	Sí	No	No
Malta	Sí	Sí	No	No
Países Bajos	No	Sí	Sí (tolerada, no regulada)	No
Polonia	Sí	Sí	No	No
Portugal	No	Sí	Sí	Sí. *Lei n.º 25/2016*, de 22 de agosto *(gestação de substituição).*
Reino Unido	No	Sí	Sí	Sí. *Surrogacy Arrangements Act 1985; Human Fertilisation and Embryology Act 2008.*
Rumania	No	Sí	Sí	No
Suecia	Sí	Sí	No	No
Suiza	Sí	Sí	No	No
Ucrania	No	Sí	Sí	Sí. *Family Code, art. 123; MOH Order No. 787/2013.*

Tabla 2. Régimen jurídico de la gestación por sustitución en países no europeos

País	Prohibición General	Prohibición comercial	Admisión altruista / condicionada.	Ley específica
Australia	No	Sí	Sí	Sí. (regulación estatal por Estados y Territorios).
Brasil	No	Sí	Sí	No
Canadá	No	Sí	Sí	Sí. *The Assisted Human Reproduction Act S.C. 2004, c. 2.*
China	Sí	Sí	No	No

Colombia	No	Sí	Sí	No
Cuba	No	Sí	Sí	No
Estados Unidos	Según el estado	Según el estado	Sí	Sí. En algunos estados.
Georgia	No	No	Sí	No
India	No	Sí	Sí	Sí. *Surrogacy Regulation Act, 2021.*
Israel	No	Sí	Sí	Sí. *Embryo Carrying Agreements Law 1996.*
Irán	No	Sí	Sí	No
Japón	Sí	Sí	No	No
México	No	Sí	Sí	No
Rusia	No	No	Sí	No
Sudáfrica	No	Sí	Sí	Sí. *Children's Act 38 of 2005.*
Tailandia	No	Sí	Sí	Sí. *Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act 2015.*

A partir de los datos obtenidos, resulta posible identificar una serie de regímenes normativos recurrentes en el tratamiento de la gestación por sustitución. Más allá de las particularidades de cada país, los Estados tienden a agruparse en torno a patrones regulatorios comunes, que oscilan entre la prohibición estricta de la práctica, la ausencia de una regulación específica con tolerancia práctica y la admisión expresa bajo determinadas condiciones[876]. Esta tipología ordena la información comparada, y extraer elementos de interés para el estudio de la problemática española, sin perjuicio de que determinadas jurisdicciones serán examinadas más adelante con mayor detalle por su especial significación práctica.

6.2.1. Modelos prohibicionistas

Los países que prohíben la gestación por sustitución constituyen un grupo amplio y heterogéneo, tanto en el marco europeo como internacional. A pesar de las diferencias entre

[876] Bobi Eggum, *Global Legal Challenges of Cross-Border Surrogacy: A Comparative Analysis of Surrogacy Tourism,* September 2024, disponible en : https://doi.org/10.13140/RG.2.2.15243.50727; Julia Englebert, Carson Turner y Narintohn Luangrath, "International Approaches to Surrogacy Regulation," *The Regulatory Review* (2024), disponible en: https://www.theregreview.org/2024/03/02/international-approaches-to-surrogacy-regulation, consultado el 26 de enero de 2025.

regímenes jurídicos, estos Estados comparten una serie de rasgos comunes: la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, la aplicación del principio *mater semper certa est*, la exclusión de estas prácticas del sector sanitario y, en muchos casos, la previsión de sanciones penales o administrativas frente a su ejecución o intermediación.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, la prohibición interna de la gestación por sustitución no ha impedido que los tribunales se enfrenten de manera repetida a los efectos derivados de acuerdos celebrados en el extranjero. Ello ha dado lugar al desarrollo de soluciones correctoras orientadas a evitar situaciones de desprotección del menor. Desde una perspectiva comparada, el modelo prohibicionista no se traduce necesariamente en un rechazo absoluto de toda consecuencia jurídica asociada a esta práctica internacional, sino que suele coexistir con mecanismos indirectos de reconocimiento de la filiación, como la adopción o el vínculo biológico.

Dentro de este modelo, Alemania representa un ejemplo de prohibición estricta. Aunque carece de una ley específica en esta materia, la práctica se considera prohibida *de facto* en virtud de la Ley de Protección del Embrión (*Embryonenschutzgesetz*) y de la Ley sobre Intermediación en la Adopción (*Adoptionsvermittlungsgesetz*) que impiden tanto la ejecución como la intermediación de acuerdos de esta naturaleza.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal *(Bundesgerichtshof, BGH)* ha admitido, en supuestos concretos, la eficacia de decisiones extranjeras que otorgan la filiación a los progenitores comitentes, cuando ello es necesario para salvaguardar la situación del menor. Así, en su decisión de 10 de diciembre de 2014 (XII ZB 463/13), el tribunal alemán admitió el reconocimiento de una resolución extranjera que atribuía la filiación a los progenitores comitentes, siempre que dicha resolución fuera válida en el Estado de origen. Asimismo, en la decisión de 20 de abril de 2016 (XII ZB 15/15), el tribunal reconoció los efectos de una resolución sudafricana que atribuía la filiación a una pareja de mujeres. En cambio, en su decisión de 20 de marzo de 2019 (XII ZB 530/17), rechazó la inscripción directa de la madre comitente en ausencia de una resolución extranjera previa, aplicando el derecho alemán de filiación. Del mismo modo, la jurisprudencia de instancias inferiores, como el *OLG Frankfurt am Main* (28 de febrero de 2019, 1 UF 71/18), admitió que una gestación por

sustitución realizada en el extranjero no constituye por sí misma un obstáculo absoluto para la adopción, permitiendo así la integración del menor en la familia comitente[877].

Una tendencia comparable se observa en Francia, donde la gestación por sustitución está prohibida tanto por el Código Civil como por el Código Penal, y se considera contraria al orden público. En particular, el artículo 16-7 del Código Civil declara nulos los convenios relativos a la procreación o gestación por cuenta de otro, mientras que el artículo 16-9 ratifica esta nulidad al calificarlos como normas de orden público. Asimismo, el Código Penal tipifica determinadas conductas vinculadas a esta práctica, sancionando tanto la intermediación como las actuaciones que puedan alterar el estado civil del menor.

No obstante, esta prohibición ha sido progresivamente matizada en su aplicación práctica. En particular, la jurisprudencia francesa, en línea con la doctrina del TEDH ha desarrollado vías que permiten una recepción parcial de los efectos parentales derivados de acuerdos celebrados en el extranjero, entre ellos la constatación del vínculo biológico y la posterior adopción respecto del progenitor comitente que no ha sido reconocido inicialmente como tal. Este modelo destaca la coexistencia entre una prohibición normativa rígida y una práctica judicial, de nuevo orientada a evitar situaciones de limbo jurídico para los menores[878].

Italia representa por igual un referente del modelo prohibicionista estricto, caracterizado por una regulación expresa y sancionadora. La Ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004, no solo prohíbe esta práctica de manera taxativa, sino que además es una conducta penalmente perseguible bajo la premisa de salvaguardar la dignidad de la mujer y los derechos del menor. Esta legislación ha sido refrendada por la Corte Constitucional italiana, cuya jurisprudencia ha consolidado la incompatibilidad de la gestación por sustitución con los valores fundacionales del orden público. El Alto Tribunal fundamenta esta postura en el rechazo a la cosificación del cuerpo femenino y del nacido, que quedarían reducidos a meros objetos de un contrato mercantil.

---

[877] Véase Bundesportal, *Rechte und Pflichten: Informationen des Bundesministeriums für Digitales und Staatsmodernisierung*, disponible en: https://verwaltung.bund.de/leistungsverzeichnis/en/rechte-und-pflichten/102837941.Federal, consultado el 5 de abril de 2024; *Library of Congress*, *Germany: Federal Court of Justice Rules on Legal Motherhood of Surrogate*.

[878] Código Civil francés, arts. 16-7 y 16-9; Código Penal francés, arts. 227-12 y 227-13. Véase al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre los casos *Mennesson v. France*, demanda n.º 65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014; *Labassee v. France*, demanda n.º 65941/11, sentencia de 26 de junio de 2014, que fueron tratados en el capítulo anterior.

No obstante, al igual que en otros ordenamientos europeos, la rigidez normativa se enfrenta a los desafíos derivados de la internacionalidad del fenómeno. En este contexto, el TEDH, como se vio en el capítulo anterior, en el asunto *Paradiso y Campanelli vs. Italia,* reconoció al Estado italiano un amplio margen de apreciación, avalando su postura restrictiva, aunque sin excluir la necesidad de ponderar el interés superior del menor en situaciones concretas[879].

En los últimos años, se ha producido un endurecimiento de la posición institucional frente a la admisión de efectos jurídicos derivados de acuerdos celebrados en el extranjero. Esta deriva restrictiva se ha manifestado con la reciente extensión de la jurisdicción penal italiana, que ahora tipifica esta práctica como un delito perseguible incluso cuando se realiza fuera del territorio nacional por ciudadanos italianos. Esta extraterritorialidad de la norma penal ha intensificado la controversia doctrinal y política, planteando serios interrogantes sobre la compatibilidad de dicha línea con las exigencias de proporcionalidad y libertad derivadas del marco europeo de protección de los derechos humanos[880].

Junto a los supuestos analizados, otros Estados europeos mantiene una prohibición de la gestación por sustitución, si bien a través de normas diversas. Este grupo integra tanto ordenamientos con una prohibición expresa como aquellos en los que la ilicitud se deriva de una interpretación sistemática de sus normas civiles, sanitarias y penales. Es el caso de jurisdicciones como Austria, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia[881], Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Suecia y Suiza[882]. En todos ellos, la nulidad de los acuerdos y la inexistencia de cauces directos para la determinación de la filiación dan lugar un régimen prohibicionista que, no obstante, se ve atenuado en la práctica por soluciones judiciales orientadas a la protección del menor.

---

[879] Ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Paradiso y Campanelli v. Italy*, demanda n.º 25358/12, sentencia de 27 de enero de 2015 y Gran Sala, sentencia de 24 de enero de 2017; Tribunal Constitucional italiano, sentencia n.º 272/2017.

[880] Esta práctica se tipifica como delito en el art. 12.6 de la citada ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004, sancionándola con penas de hasta dos años de prisión y multas de hasta 600.000 euros.

[881] En Finlandia, la gestación por sustitución continúa prohibida conforme a la Ley de Tratamientos de Fertilidad de 2007. No obstante, informes oficiales recientes y documentos de política pública han planteado la eventual admisión de la gestación por sustitución no comercial en supuestos estrictamente definidos, sin que hasta la fecha se haya aprobado una reforma normativa.

[882] Véase la tabla comparativa precedente y la bibliografía citada, donde se recogen las bases normativas de estos ordenamientos.

Fuera del marco europeo, en países como China y Japón, la gestación por sustitución se encuentra prohibida en la práctica por normas administrativas, directrices sanitarias y una interpretación restrictiva del orden público, pese a la ausencia, de una regulación civil específica. Estos ordenamientos confirman que la prohibición de esta práctica no es un fenómeno exclusivo de Europa, sino presente también en otros contextos jurídicos, asociada a preocupaciones compartidas sobre la protección de la dignidad de la mujer, del menor y al control de las técnicas de reproducción asistida.

En conjunto, el análisis de este bloque expone que la prohibición de la gestación por sustitución no elimina su dimensión transnacional, sino que desplaza el conflicto a los efectos derivados de estos acuerdos. La respuesta de los países prohibicionistas oscila entre la reafirmación del orden público interno y la necesidad de garantizar un estatus estable para el menor, conformando un modelo caracterizado por la prohibición del acuerdo y la regularización dilatada de sus consecuencias.

6.2.2. Modelos intermedios o de alegalidad

Entre los modelos prohibicionistas y aquellos que admiten la gestación por sustitución bajo condiciones precisas, se sitúa un conjunto de ordenamientos caracterizados por la falta de una disposición normativa integrada y una tolerancia práctica ante determinados supuestos. Estos modelos intermedios, también denominados de alegalidad, se distinguen por: tres notas: el carácter no vinculante de los acuerdos, la exclusión, explícita o implícita, de la modalidad comercial y la necesidad de acudir a mecanismos de regularización indirecta (como la adopción o resoluciones judiciales *ad hoc*) para determinar la filiación.

En estos casos, la ilicitud de la práctica no emana de una prohibición expresa, sino de la combinación de vacíos normativos, principios generales y prácticas administrativas o médicas todavía poco institucionalizadas.

En Europa, junto a los Estados con modelos más estructurados, se identifican jurisdicciones que comparten esta escasez de normativa, como, Luxemburgo y Rumanía. En ambos países la gestación por sustitución no se encuentra expresamente regulada ni prohibida, lo que deriva en una regularización de efectos jurídicos fragmentaria basada en soluciones *ex post* dictadas en sede ante la ausencia de una base legal coherente.

Uno de los ejemplos europeos más representativos de este modelo intermedio es Bélgica, donde la práctica se tolera *de facto* en determinados centros hospitalarios, bajo estrictos criterios éticos y únicamente en su modalidad altruista[883]. Pese a esta aceptación social y médica, los acuerdos carecen de eficacia vinculante y la modalidad comercial se considera incompatible con principios como la indisponibilidad del cuerpo humano. En consecuencia, la determinación de la filiación sigue dependiendo de la intervención judicial posterior o de la vía de la adopción. Esto sitúa al Derecho belga en una posición de alegalidad ordenada, con soluciones inconclusas y dependientes de cada caso concreto[884].

Un esquema similar se observa en los Países Bajos**,** donde la gestación por sustitución altruista se admite en la práctica, mientras que la intermediación lucrativa y la modalidad comercial están penalizadas. La falta de una regulación civil específica impide la determinación directa de la filiación a los progenitores comitentes, lo que obliga también a recurrir a procedimientos judiciales posteriores. Esta coexistencia entre una admisión fáctica de la práctica y un dispositivo normativo incompleto ha sido identificada como una fuente recurrente de incerteza jurídica. En los últimos años, el legislador neerlandés ha iniciado trabajos preparatorios para la creación de licencias y un régimen más completo de determinación de la filiación, si bien estas propuestas se encuentran aún en fase de tramitación[885].

Un caso singular es el de Irlanda, que presenta un modelo transicional. Aunque la reciente aprobación de la *Health* (*Assisted Human Reproduction*) *Act* 2024*,* ha supuesto un avance en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, dicha normativa no introduce un régimen general de admisión de la gestación por sustitución, sino que se limita a establecer mecanismos excepcionales para otorgar efectos a determinados acuerdos internacionales celebrados con anterioridad manteniendo así una posición prudente y restrictiva[886].

---

[883] El acuerdo de coalición gubernamental de 2025 anuncia la voluntad de regular la gestación subrogada altruista, si bien dichas propuestas no han sido aún traducidas a normativa vigente.
[884] Arnaud Gillard, *Family Law in Belgium: Overview*, disponible en: https://gillard-avocat.be/en/the-law-firm/, consultado el 24 de marzo de 2025.
[885] Government of the Netherlands, "Surrogacy: Legal Aspects", disponible en: https://www.government.nl/topics/surrogate-mothers/surrogacy-legal-aspects, consultado el 9 de enero de 2026.
[886] Government of Ireland, "Government Approves Policy Proposals on International Surrogacy and Recognition of Past Surrogacy Arrangements", disponible en: https://www.gov.ie/en/press-release/b5e0d-government-approves-policy-proposals-on-international-surrogacy-and-recognition-of-past-surrogacy-arrangements/, consultado el 9 de enero de 2026. Véase asimismo Health (Assisted Human Reproduction) Act 2024.

Fuera de Europa, hay ordenamientos de alegalidad, si bien con distintos niveles de estructuración y desarrollo. En estos países, la gestación por sustitución no ha sido del todo incorporada en el ordenamiento jurídico, pero tampoco es objeto de una prohibición general y uniforme, lo que da lugar a respuestas dispersas y a una marcada dependencia de mecanismos indirectos de regularización.

Dentro de este grupo, existen países en los que la práctica se gestiona con carácter residual y carece de una normativa definida. Tal es el caso de Cuba, donde la gestación por sustitución no ha sido objeto de institucionalización y la regularización de sus efectos se determina a través de soluciones indirectas orientadas a la protección del interés del menor y a reconocer la filiación en ausencia de una ordenación específica[887].

Asimismo, otras jurisdicciones con un mayor grado de desarrollo normativo**,** como Brasil, Colombia y México, en los que se admite en la práctica, pero con ciertas limitaciones, generalmente en su modalidad altruista y sometida a restricciones importantes, sin un régimen legal completo que discipline de manera ordenada los efectos jurídicos.

En el caso de Brasil, la posibilidad de recurrir a esta técnica se canaliza a través de las resoluciones del Consejo Federal de Medicina, que la autoriza únicamente en su modalidad altruista, sin intermediación ni compensación económica, y remite la determinación de la filiación a la intervención de los tribunales caso por caso[888]. En Colombia, por su parte, la ausencia de una prohibición expresa y el desarrollo de una jurisprudencia constitucional favorable han permitido considerar la gestación por sustitución como posible desde el punto de vista jurídico, si bien en un entorno de notable incertidumbre legal derivado del vacío normativo existente que discipline sus efectos con coherencia[889]. México ofrece un panorama complejo, marcado por la heterogeneidad territorial y la carencia de una regulación federal uniforme, lo que ha dado lugar a soluciones divergentes entre los distintos estados federados,

---

[887] 14ymedio, "Wombs for Rent or Surrogacy: Cuba Signs Up", 30 de octubre de 2022, trad. Norma Whiting y Yaiza Santos, disponible en: https://translatingcuba.com/wombs-for-rent-or-surrogacy-cuba-sign-up/, consultado el 9 de enero de 2026.
[888] Conselho Federal de Medicina (Brasil), Resolución CFM n.º 2.320/2022, publicada en septiembre de 2022.
[889] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/2009. Véase asimismo Proyecto de Ley Estatutaria 345/2023 (Cámara) y Alviar González Tolosa, "Surrogacy in Colombia: All You Need to Know", disponible en: https://www.agtattorneys.com/, consultado el 9 de enero de 2026.

algunos de los cuales han oscilado entre la admisión regulada y la prohibición expresa, lo que ha favorecido fenómenos de turismo reproductivo interno y transnacional[890].

En conjunto, el examen de estos modelos intermedios indica que la alegalidad no constituye una posición neutral, sino una fuente constante de fragilidad jurídica. La ausencia de reglas claras desplaza el conflicto al ámbito judicial y refuerza la dependencia de soluciones *ex post*. La protección del interés superior del menor actúa como criterio corrector posterior y suple la falta de reglas claras *ex ante* en cuestiones esenciales como el acceso a la técnica, la validez del consentimiento, el pago compensatorio o el reconocimiento de la filiación, lo que pone en evidencia los límites de esta pauta de actuación frente a la creciente globalización de la gestación por sustitución y anticipa los retos que estos ordenamientos deberán afrontar en el futuro.

6.2.3. Modelos permisivos

Frente a los modelos prohibicionistas y a los intermedios o de alegalidad, existe un conjunto de jurisdicciones que han optado por incorporar de forma expresa la gestación por sustitución dentro de su ordenamiento. Estos modelos se caracterizan por el reconocimiento de la práctica, si bien con notables diferencias en cuanto a las modalidades admitidas, los requisitos de acceso, el grado de intervención pública y los mecanismos de determinación de la filiación. La heterogeneidad de estas soluciones impide hablar de un modelo uniforme, siendo más adecuado identificar distintos submodelos en función de los criterios que dispone la admisión de la gestación por sustitución.

Desde una lectura comparada, la principal nota común es la superación del principio tradicional *mater semper certa est* como criterio exclusivo del reconocimiento de la filiación. En su lugar, la condición parental se atribuye a los progenitores comitentes desde el nacimiento, o incluso con carácter previo al parto, mediante decisiones judiciales previas, órdenes de filiación o inscripciones inmediatas en el registro civil. A diferencia de los modelos intermedios, estos sistemas tratan de ofrecer soluciones *ex ante*, con el objetivo de asegurar la estabilidad jurídica

[890] En México no existe una regulación federal uniforme sobre la gestación por sustitución. Algunos Estados, como Tabasco o Sinaloa, han aprobado normativa específica, generalmente orientada a la modalidad altruista, mientras que otros la prohíben, lo que genera una notable fragmentación territorial. Véase Ana María Kudisch Castelló, "Family Law in Mexico: Overview," *Kudisch Abogados SC*, video de YouTube, disponible en: https://www.youtube.com/shorts/cb44TKTwbeY, consultado el 13 de mayo de 2025.

del menor desde el inicio de su vida y evitar situaciones de incertidumbre o litigios prolongados tras el nacimiento.

En estos países, la admisión de la gestación por sustitución suele ir acompañada de una diferenciación entre la modalidad altruista y la comercial. Mientras que un amplio grupo de estados solo permiten la gestación por sustitución no remunerada, limitando los pagos a la compensación de gastos razonables derivados del embarazo, otros han optado por admitir la modalidad comercial, integrando la compensación dineraria de la mujer gestante dentro de su marco legal. Esta distinción constituye uno de los ejes centrales de los modelos permisivos y responde a diferentes concepciones sobre la autonomía reproductiva, la mercantilización del cuerpo humano y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

Un rasgo común es la previsión de mecanismos de control administrativo, judicial o mixto aplicados a los acuerdos de gestación por sustitución. En muchos casos, la licitud del proceso queda condicionada a la aprobación previa de una autoridad, a la intervención de tribunales especializados, o al cumplimiento de requisitos estrictos en materia de capacidad, consentimiento informado, asesoramiento jurídico independiente y evaluación médica y psicológica de las partes implicadas. Estos controles persiguen garantizar que la práctica se desarrolle dentro de parámetros jurídicos y éticos definidos, reduciendo los riesgos de explotación, abuso o problemas posteriores.

6.2.3.1. Submodelos regulatorios

La admisión de la gestación por sustitución se modula a través de submodelos normativos diferenciados, que responden a criterios legislativas y culturales diversos. Más allá de las particularidades de cada derecho nacional, es posible identificar una serie de patrones recurrentes que ordenan el estudio comparado sin recurrir a una exposición meramente descriptiva por países[891].

Un primer submodelo lo integran los estados que permiten la gestación por sustitución altruista bajo una regulación expresa y detallada (Chipre, Dinamarca, Portugal, Reino Unido, Australia,

[891] Véase, entre otros, Brunet et al., *A Comparative Study*, así como las fuentes legislativas, jurisprudenciales y doctrinales relativas a los ordenamientos mencionados, recogidas en la bibliografía final.

Canadá, Sudáfrica y, con matices, Grecia[892]). En estos, la práctica es lícita siempre que se excluya cualquier finalidad lucrativa y se respeten las condiciones relativas al consentimiento, la capacidad de las partes y la protección de la mujer gestante. La compensación se limita al reembolso de gastos y, en algunos casos, a la cobertura de la pérdida de ingresos laborales. Este submodelo se caracteriza, además, por una intervención pública, ya sea mediante autorización judicial previa, supervisión administrativa o control de las clínicas autorizadas.

Un segundo submodelo está integrado por aquellos países que admiten la gestación por sustitución en su modalidad comercial, con una remuneración para la mujer gestante y reconociendo la validez de los acuerdos celebrados entre las partes. En estos estados, la gestación por sustitución se concibe en mayor medida como una relación contractual, sujeta a reglas civiles y, en ocasiones, a la intermediación de agencias que desempeñan un papel central, lo que ha suscitado polémicas en torno a la transparencia, supervisión y estándares éticos. No obstante, este enfoque ha generado una polémica doctrinal y política, en relación con la posible comercialización del cuerpo humano y la protección de mujeres en situación de precariedad financiera. Ejemplos de este modelo pueden encontrarse en California (EE. UU), Ucrania, Rusia, Georgia, o con rasgos propios, Irán[893].

Existe un tercer submodelo que, tras haber admitido la gestación por sustitución con escasa limitaciones, han iniciado procesos de restricción o revisión normativa. En estos casos, la experiencia acumulada, los escándalos mediáticos, los cambios políticos o las presiones internacionales han llevado a los legisladores a replantear el alcance de la admisión, limitando el acceso a determinados colectivos, o excluyendo a los progenitores extranjeros como es el caso de Rusia a partir de 2022 o Georgia tras las iniciativas legislativas de 2023, o prohibiendo la modalidad comercial, como es el caso de India y Tailandia. Estos cambios exponen la

---

[892] Grecia es el principal referente europeo del modelo judicial de autorización previa. El Parlamento Griego adoptó la Ley 3089/2002 sobre "Asistencia médica en la reproducción humana" en el marco de una importante reforma de la sección de Derecho de Familia del Código Civil griego (CCG), introduciendo, entre otras cosas, gestación por sustitución en el art. 1458 y ss, modificado por la Ley 3089/2002, por la Ley 3305/2005 y por la Ley 4272/2014 estipulada relativamente *que solo permite la maternidad subrogada gestacional altruista*. El Código de Conducta para la reproducción médica asistida también ha establecido disposiciones adicionales (*decisión n. ° 73 / 24.01.2017 publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno 293 / 07.02.2107*). Véase Eleni Zervogianni, "Lessons Drawn from the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy," *International Journal of Law, Policy and the Family* 33, n. º 2 (August 2019).

[893] Irán es una excepción dentro del mundo musulmán, al admitir la gestación por sustitución sobre la base de interpretaciones chiíes del derecho islámico y decisiones judiciales que reconocen la filiación por intención. Véase F. Ghodrati, "A Comparative Study of Surrogacy Rights in Iran and European Countries", disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2352552523000117, consultado el 9 de enero de 2026.

inestabilidad de algunos modelos permisivos y la dificultad de conciliar la demanda social, la protección de los derechos humanos y el control efectivo de la práctica.

En cuanto a la determinación de la filiación, esta no se produce de forma uniforme en estos países, pudiendo distinguirse dos vertientes: una filiación diferida o postparto: países como Reino Unido, Australia (en la mayoría de sus estados), Portugal o Dinamarca, donde la filiación se determina tras el nacimiento aplicando la regla *mater semper certa est.* Este sistema protege el derecho de la gestante a cambiar de opinión tras el parto, pero puede generar dificultades con la propia esencia de la gestación por sustitución y con las leyes sobre donación de gametos, que excluye la atribución de vínculos de filiación a los donantes. Además, este modelo puede originar complicaciones practicas si los comitentes no gestionan adecuadamente la cesión de filiación o si la gestante decide no cederla[894]. Desde una perspectiva crítica, autoras como Lamm, apoyándose en los relatos de Gamble citados anteriormente, sostienen que, por ejemplo, el sistema británico adolece de un enfoque paternalista al presuponer que la gestante es incapaz de tomar una decisión racional y definitiva antes del parto[895]. La ley la obliga a un periodo de reflexión que a menudo resulta innecesario y que solo sirve para prolongar una situación de inestabilidad para el menor y para los propios comitentes.

La otra vertiente es la filiación anticipada o preventiva, característica de países con modelos altruistas como Grecia, Sudáfrica o Chipre. Estos ordenamientos han optado por desplazar la seguridad jurídica al momento previo a la gestación mediante una autorización judicial que blinda el vínculo de los comitentes desde el nacimiento. Como consecuencia, la filiación se establece de modo automático o mediante resoluciones judiciales dictadas antes del parto, conocidas en la práctica internacional como *pre-birth orders*, una técnica que también se llevan a cabo en jurisdicciones comerciales como California.

La coexistencia de estos submodelos muestra que la admisión de la gestación por sustitución no responde a un único modelo normativo, sino que se trata de un entorno en constante evolución, marcado por equilibrios inestables entre autonomía reproductiva, control público y protección de las personas implicadas. Esta diversidad justifica la necesidad de examinar, seguidamente, aquellos ordenamientos que aportan elementos de interés para el estudio

---

[894] Lamm y Rubaja, «Parámetros jurisprudenciales", pp: 149-170.

[895] "There is something a little condescending, even Victorian, about the law's presumption that a woman cannot make an informed rational decision to carry a child for someone else, and to bear the consequences of that decision." Gamble, "Should Surrogate Mothers".

comparado, bien por su cercanía geográfica y cultural, bien por su relevancia práctica para los nacionales españoles, o bien por la solidez y especificidad de sus normas.

6.3. Ordenamientos de referencia

A partir de esta mirada general, se examinan con mayor detalle cuatro ordenamientos de interés para España: Portugal, por su proximidad geográfica y por haber optado por un modelo de gestación por sustitución no comercial, sujeto a autorización administrativa; Estados Unidos y Ucrania, como destinos frecuentes de gestación por sustitución internacional; e Israel, por tener un modelo permisivo bajo control estatal previo.

El examen de estos países expone las principales alternativas existentes en el Derecho comparado, desde modelos altruistas condicionados y sometidos a control público, hasta sistemas permisivos de carácter comercial con una intervención estatal limitada, así como los dilemas jurídicos que cada uno de ellos plantea en términos de autonomía reproductiva, protección de la mujer gestante y del menor, muy presentes en contextos transnacionales.

6.3.1. Portugal: modelo altruista con control constitucional reforzado

El derecho portugués constituye uno de los ejemplos más insólitos en Europa de la admisión de la gestación por sustitución, tanto por su evolución normativa experimental como por la intervención del Tribunal Constitucional en el modelo vigente. Tras una etapa inicial de prohibición expresa, Portugal optó por introducir una regulación específica de carácter altruista, estrictamente condicionada y sometida a un control institucional.

Hasta el año 2016, la gestación por sustitución estaba prohibida en Portugal en virtud de la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, sobre procreación médicamente asistida[896], que penalizaba esta práctica por considerarla contraria al orden público y a las buenas costumbres. Esta posición se apoyaba, además, en principios clásicos del Derecho civil portugués, como la regla *mater certa semper est* y la nulidad de los contratos contrarios que vulneran dichos principios conforme al artículo 280 del Código Civil. La doctrina mayoritaria entendía que cualquier

[896] Portugal. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho**,** sobre procriação medicamente assistida. *Diário da República*, 1.ª série.

acuerdo por el que una mujer se comprometiera a gestar un hijo para terceros resultaba inválido incluso aunque no mediara contraprestación económica.

El giro normativo se produjo con la aprobación de la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, que introdujo por primera vez la posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución en supuestos excepcionales y bien delimitados[897]. Esta ley permitió la práctica solo cuando la mujer comitente careciera de útero, padeciera una lesión uterina grave o una enfermedad que hiciera imposible la gestación, lo que excluye, en la práctica, a las parejas homosexuales masculinas. El modelo adoptado fue el altruista, prohibiéndose cualquier remuneración, más allá del reembolso de los gastos médicos y directamente relacionado con el embarazo.

La normativa portuguesa estableció, además, una serie de garantías destinadas a evitar su utilización con fines lucrativos y proteger a la gestante[898]. Entre ellas destacan la exigencia que al menos uno de los progenitores comitentes aporte material genético, la prohibición que la gestante aporte sus propios gametos, la necesidad de autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y la obligación que el acuerdo sea formalizado por escrito y sometido a control administrativo. Asimismo, se reconoció de modo expreso que el contrato no podía imponer limitaciones a los derechos fundamentales, la dignidad o la autonomía personal de la mujer gestante.

Uno de los aspectos más polémicos del modelo portugués fue el derecho de arrepentimiento de la gestante. La versión inicial de la ley no contemplaba la posibilidad de desistimiento tras el parto, lo que dio lugar a una intensa controversia doctrinal y constitucional. En 2018, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varios preceptos de la Ley n.º 25/2016[899], al considerar que la libertad de la mujer gestante no estaba garantizada, lo que provocó la paralización práctica del régimen recién aprobado.

Tras sucesivas reformas y ajustes, el Parlamento portugués aprobó la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que reconfiguró el régimen jurídico para adaptarlo a las exigencias

---

[897] Portugal. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e regula a gestação de substituição em casos excecionais. *Diário da República*, 1.ª série. Véase también Vera Lucía Raposo, "The New Portuguese Law on Surrogacy: The Story of How a Promising Law Does Not Really Regulate Surrogacy Arrangements", *JBRA Assisted Reproduction* 21, n. º 3 (2017): pp. 230–239.
[898] Raposo, "The New Portuguese Law on Surrogacy", pp. 230-239.
[899] Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão n.º 225/2018.

constitucionales[900]. La normativa vigente mantiene el carácter altruista del modelo, refuerza el control público del procedimiento y reconoce a la mujer gestante un derecho de revocación del consentimiento hasta el momento de la inscripción del nacimiento, es decir, hasta un máximo de veinte días después del parto[901]. Este elemento, concebido como garantía de la autonomía personal, se ha señalado también como una fuente de inseguridad jurídica para los progenitores comitentes, dado que la atribución definitiva de la filiación queda condicionada a la ausencia de revocación dentro del plazo legal.

El modelo portugués se aplica tanto a ciudadanos nacionales como a extranjeros con residencia legal en Portugal, lo que, al menos en teoría, podría abrir la puerta al turismo reproductivo. Sin embargo, la combinación de requisitos médicos estrictos, el control institucional reforzado y la amplitud del derecho de arrepentimiento de la gestante ha hecho que la aplicación práctica de la ley sea muy limitada. Según datos publicados en los medios, desde la entrada en vigor del régimen revisado, apenas se ha llevado a cabo un número testimonial de procedimientos[902], lo que deja entrever las limitaciones propias del modelo. La doctrina coincide en señalar que, pese a su existencia formal, el régimen portugués opera como un modelo de aplicación residual[903].

A partir del estudio comparado, Portugal representa un modelo altruista regulado con fuerte impronta constitucional, orientado a la protección y salvaguarda de la mujer gestante, incluso a costa de generar incertidumbre para los progenitores comitentes. Esta combinación entre una protección prioritaria de derechos de la gestante y seguridad jurídica limitada para los comitentes convierte el modelo portugués en una referencia útil para el derecho español.

6.3.2. California: modelo comercial y filiación anticipada

Estados Unidos constituye un caso atípico, caracterizado por la ausencia de una regulación federal unitaria y por la coexistencia de modelos normativos muy diversos a nivel estatal. Esta diversidad explica que la admisibilidad, los efectos jurídicos y el grado de protección de las

[900] Portugal. Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição. *Diário da República*, 1.ª serie, n.º 242.
[901] Lei n.º 90/2021, art. relativo ao direito de revogação.
[902] "La ley altruista de gestación subrogada en Portugal: tumbada varias veces por el TC y con un solo proceso ejecutado." *Europa Press*, disponible en : https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-ley-altruista-gestacion-subrogada-portugal-tumbada-varias-veces-tc-solo-proceso-ejecutado-20230330190711.html, consultado el 10 enero de 2026
[903] Raposo, "The New Portuguese Law on Surrogacy", pp.234-235.

partes varíen en función del Estado en el que se lleve a cabo el proceso[904]. California se ha consolidado como el referente destacado tanto a nivel comparado y en la práctica transnacional para los ciudadanos europeos, entre ellos los españoles[905].

La gestación por sustitución comenzó a desarrollarse en Estados Unidos a principios de la década de 1980, alcanzando notoriedad pública con el conocido caso *Baby M* [906], resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey. En dicho asunto, el tribunal declaró la nulidad del contrato de gestación por sustitución por considerarlo contrario al orden público y a la dignidad de la mujer, pero otorgó la custodia del menor a los progenitores comitentes atendiendo al interés superior del niño. Este caso alertó de las dificultades inherentes a la práctica, así como la ausencia de una normativa común a nivel nacional, dejando en manos de cada Estado la regulación, o no, de la gestación por sustitución.

A diferencia de otros Estados más restrictivos o ambiguos, California optó por una regulación permisiva, que reconoce la validez jurídica de los acuerdos de gestación por sustitución, incluidos los comerciales. Esta vía quedó consolidada con la entrada en vigor, el 1 de enero de 2013, del *California Family Code,* sección 7960 y ss.[907], que regula los acuerdos de reproducción asistida para portadoras gestacionales. La ley californiana admite tanto la gestación gestacional como la tradicional y permite el acceso a esta técnica a parejas heterosexuales, del mismo sexo y personas solteras, sin discriminación por orientación sexual o estado civil[908].

Uno de los rasgos determinantes de este modelo es el reconocimiento anticipado de la filiación mediante órdenes judiciales previas al nacimiento (*pre-birth orders*)[909]. A través de este

---

[904] "US Surrogacy Law Map", Creative Family Connections, disponible en: www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/, consultado el 10 enero de 2026.

[905] Según el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, el 43,7 % de las solicitudes de inscripción consular de menores nacidos mediante gestación por sustitución en 2023 se realizaron en Estados Unidos. Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. *Datos sobre solicitudes de inscripción consular de menores nacidos mediante gestación subrogada (2009–2021)*. Comunicación institucional (Madrid, 2023).

[906] Clyde Haberman, "Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*", The New York Times*, 23 de marzo de 2014, disponible en: https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html, consultado el 10 enero de 2026

[907] California Family Code*,* §§ 7960–7962.

[908] "Surrogacy Laws in California: The Basics". *Her Lawyer*, 1 febrero 2022, disponible en: https://herlawyer.com/surrogacy-laws-california/., consultado el 10 de enero de 2026.

[909] "What You Need to Know About Surrogacy Laws in California"*, American Surrogacy*, disponible en: www.americansurrogacy.com, consultado el 10 de enero de 2026.

mecanismo, los tribunales pueden declarar quiénes serán los padres legales del menor antes de que se produzca el parto, de modo que los nombres de los progenitores comitentes figuren en el certificado de nacimiento desde el primer momento. A la mujer gestante no se le considera madre legal del niño, con independencia de que exista o no vínculo genético, y no dispone de un derecho unilateral de arrepentimiento tras el nacimiento. En caso de controversia se aplican las reglas generales del incumplimiento contractual. Los tribunales californianos tienden a entender la intención de procrear como criterio rector de la filiación, consolidando así un modelo alejado del principio *mater semper certa est* propio de los derechos civiles europeos.

Las leyes californianas exigen, además, una profesionalización integral del proceso. Los acuerdos deben formalizarse con la intervención de abogados para cada una de las partes, y suelen gestionarse a través de agencias dedicadas a coordinar todas las fases del procedimiento[910]. La normativa también contempla requisitos específicos para las mujeres gestantes, edad, estado de salud, experiencia reproductiva previa y admite cláusulas contractuales detalladas relativas a la compensación económica, los riesgos médicos, las contingencias durante el embarazo y la toma de decisiones en supuestos de anomalías fetales o interrupción del embarazo. A diferencia de los modelos europeos más intervencionistas, California no prevé un control público sustantivo del contenido del contrato, delegando la supervisión en la negociación privada y en la intervención de profesionales expertos.

Se observa en definitiva que el modelo californiano representa uno de los modelos más favorables a los progenitores comitentes, al priorizar la certeza jurídica del contrato y la estabilidad de la filiación desde una fase temprana del proceso. Esto ha convertido a California en uno de los principales destinos del turismo reproductivo internacional, pese a tratarse de una de las jurisdicciones más costosas. Según datos recogidos por medios del sector y organismos oficiales, la mayoría de las solicitudes de inscripción consular de niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero por parte de ciudadanos españoles tiene su origen en Estados Unidos, siendo California el destino habitual[911].

---

[910] "Surrogacy Legal States." *World Population Review*, disponible en: https://worldpopulationreview.com/state-rankings/surrogacy-legal-states, consultado el 10 de enero de 2026.

[911] Pilar Álvarez, "El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE. UU. y Ucrania", *El País*, 18 diciembre 2017, disponible en www.elpais.es , consultado el 10 de enero de 2026; Redacción NIUS, "Radiografía de los datos de la gestación subrogada: 8 de cada diez familias españolas eligieron EE. UU.", *NIUS*, 30 marzo 2023, disponible en: https://www.niusdiario.es, consultado el 10 de junio de 2023.

Cabe precisar que este modelo plantearía serias dificultades en el contexto jurídico europeo en general, y español en particular. La admisión expresa de la gestación subrogada comercial, la plena eficacia contractual del acuerdo y la ausencia de un derecho de arrepentimiento de la mujer gestante, entran en contradicción con los principios de los ordenamientos europeos, como la prohibición de la mercantilización del cuerpo humano, la protección reforzada de la parte considerada más vulnerable y la centralidad del orden público en materia de filiación. En este sentido, California constituye un referente comparado de relevancia analítica, pero un modelo normativo difícil de exportar sin amplias adaptaciones.

6.3.3. Ucrania: modelo comercial y reconocimiento incierto de la filiación

Frente al modelo liberal estadounidense, el caso de Ucrania ofrece un planteamiento igual de permisivo, pero asentado en una lógica distinta, caracterizada por una intervención estatal mínima y por su papel central en los flujos transnacionales de gestación por sustitución.

Ucrania es uno de los ejemplos más notables, y a la vez más problemáticos dentro del conjunto de Estados que admiten la gestación por sustitución en su modalidad comercial. Su importancia en el Derecho comparado no deriva únicamente de la admisión de la práctica, sino de la concurrencia de tres elementos estructurales: la admisión legal de la gestación por sustitución con efectos filiativos inmediatos; la presencia de intermediación privada y mercados transnacionales profesionalizados; y una conflictividad jurídica cuando los progenitores comitentes retornan a Estados con modelos prohibicionistas o restrictivos, como España, para obtener la inscripción registral y nacionalidad para el menor[912].

Desde el punto de vista normativo, la gestación por sustitución en Ucrania se apoya en un marco legal disperso, pero funcional. El eje central se encuentra en el Código de Familia ucraniano, en concreto, en su artículo 123, que regula la determinación de la filiación en supuestos de técnicas de reproducción asistida. Conforme a su apartado segundo, cuando un embrión concebido por un matrimonio es implantado en el cuerpo de otra mujer, los progenitores legales del niño serán los cónyuges. Sobre esta base, el derecho ucraniano atribuye la filiación a los progenitores comitentes siempre que se trate de un matrimonio heterosexual

[912] Talina Kravtsova y Maryna Korniienko, "Surrogacy in Ukraine: Legal Regulation and Judicial Practice." *Lexology*, agosto 2020, disponible en: https://www.lexology.com/library/document, consultado el 3 de septiembre de 2020.

y excluye a la mujer gestante como madre legal desde el inicio. En relación con esto, la práctica administrativa ucraniana permite que el certificado de nacimiento del menor sea expedido de forma directa a los progenitores comitentes sin que figure la gestante en el registro civil, lo que elimina la necesidad de procedimientos posteriores de adopción o de transferencia judicial de la filiación dentro del propio sistema.

Junto al Código de Familia, el ordenamiento se completa con disposiciones sanitarias y administrativas. Entre ellas destaca la Orden del Ministerio de Sanidad n.º 787, de 9 de septiembre de 2013, que regula la aplicación de las tecnologías de reproducción asistida y, dentro de ellas, la gestación por sustitución. Esta normativa establece requisitos técnicos y procedimentales relativos a los centros acreditados, los consentimientos por escrito, la confidencialidad médica, la donación de gametos y las condiciones exigidas a la mujer gestante. En términos generales, se requiere que la gestante sea mayor de edad, tenga plena capacidad, haya tenido al menos un hijo sano y haya superado los controles médicos correspondientes[913].

Desde una perspectiva comparada, estos requisitos aproximan Ucrania a los modelos de admisión comercial más amplios, en los que la gestación por sustitución opera como un mecanismo "cerrado" de atribución de la filiación orientado a garantizar la estabilidad jurídica inmediata de la familia comitente. A diferencia de los modelos europeos que exigen autorización judicial o administrativa previa, el modelo ucraniano no incorpora un control público sustantivo del contenido del acuerdo, lo que contribuye a su rapidez, pero también a su vulnerabilidad en el marco internacional[914].

El acceso a esta práctica en Ucrania se encuentra, sin embargo, sujeta a restricciones. El régimen vigente exige la concurrencia de una imposibilidad medica de gestación por parte de la madre comitente y limita el acceso a determinados modelos familiares, lo que excluye a las parejas del mismo sexo masculino y a las personas solteras. Asimismo, suele requerirse que al menos uno de los progenitores aporte material genético, ya que el vínculo biológico es el elemento de legitimación del acuerdo. Estas limitaciones muestran que, pese a la validez contractual del acuerdo y a la atribución inmediata de la paternidad a los progenitores

[913] № 1697/24229, IRSTA – International Reproductive Technologies Support Agency, "Legislación ucraniana", disponible en: http://www.irtsa.com.ua/es/legislation/ukraine.html, consultado el 10 de enero de 2026.
[914] Kravtsova y Korniienko, "Surrogacy in Ukraine".

comitentes, el modelo ucraniano no constituye un sistema de acceso abierto[915], sino condicionado por presupuestos familiares y biomédicos específicos.

Otro elemento a tener en cuenta es el papel predominante de las agencias intermediarias. A diferencia de los modelos altruistas europeos, que tienden a minimizar la intermediación, Ucrania ha desarrollado un mercado de clínicas, agencias y servicios jurídicos especializados que gestionan el proceso de principio a fin: selección de la gestante, coordinación médica, redacción contractual, gestión registral y asistencia legal para la salida del menor del país. Esta intermediación explica la posición destacada de Ucrania como destino internacional de gestación por sustitución, con una demanda elevada por europeos, entre ellos los españoles[916], favorecida además por unos costes inferiores a los de otros países desarrollados donde la práctica está permitida.

El principal foco de conflictividad surge cuando el menor nacido en Ucrania ha de ser reconocido e inscrito en el Estado de origen de los progenitores comitentes. En este punto, la normativa ucraniana atribuye la filiación directa y expide documentos registrales en su favor, pero ello no garantiza su aceptación automática en Estados con modelos prohibicionistas o con requisitos estrictos para dar efecto a decisiones extranjeras. En el caso español, analizado en el capítulo anterior, el problema se hizo visible entre 2018 y 2019, cuando se endurecieron los criterios consulares y registrales para la inscripción de menores nacidos por gestación por sustitución en Ucrania[917].

En la práctica, el problema no se refería a la existencia del menor, ni a su convivencia con los progenitores, sino la incompatibilidad entre los títulos jurídicos aceptables para determinar la filiación en España y los documentos emitidos por las autoridades ucranianas. En efecto, mientras que el régimen registral español exigía, en determinados momentos, una resolución judicial extranjera susceptible de control o de ulterior validación, Ucrania opera mediante certificación registral y documentación administrativa[918]. Esta divergencia generó situaciones

---

[915] Aminat Suleymanova, Irina Moroz y Alexander Gubin, *Family Law in Ukraine: Overview*, AGA Partners. Disponible en: https://agalawyers.org/en/publications/. Consultado el 10 de enero de 2026.

[916] Según el Ministerios de asuntos exteriores Ucrania es el segundo lugar del mundo donde los españoles contratan los servicios de gestación subrogada con un 43,2% de las solicitudes. (2023). Ministerio de Asuntos Exteriores, *Datos sobre solicitudes*; Anna Salnikova, "Gestación Subrogada en Ucrania: Aspectos Jurídicos", *Feskov Human Reproduction Group*, disponible en: https://feskov.ua, consultado el 10 de enero de 2026.

[917] Kravtsova y Korniienko**,** "Surrogacy in Ukraine".

[918] Téngase presente la corta vida de la Instrucción de 14 de febrero de 2009 de la DGRN que quedó sin efecto a los cuatro días por la Instrucción de 18 de febrero de 2009. Todo ello tratado en el capítulo anterior.

de bloqueo, retrasos en la salida del menor del país y procesos de regulación complejos. En algunos casos, las familias recurrieron a vías alternativas, como el reconocimiento de la filiación biológica del padre en España, seguido de la adopción por parte del otro progenitor, reproduciendo un esquema de regularización diferida característico de los Estados prohibicionistas. La situación se ha visto agravada en los últimos años por el conflicto bélico, que ha añadido dificultades logísticas y diplomáticas a la obtención de documentación y a la salida de los menores del país.

De este modelo se desprende que la seguridad jurídica interna no se traduce automáticamente en certeza internacional. Ucrania procura un proceso de determinación de la filiación inmediato y previsible dentro de su propio ordenamiento, pero la ausencia de armonización internacional en esta materia deja a las familias en una incertidumbre al retornar a sus países. Por lo tanto, el estudio comparado no puede limitarse a la licitud interna de la práctica, sino que debe atender a su funcionamiento real en situaciones transnacionales, donde el núcleo del conflicto se desplaza hacia el reconocimiento de los efectos en el Estado de origen de los comitentes.

6.3.4. Israel: modelo con control estatal obligatorio e intervención pública

Israel es uno de los modelos más característicos dentro del grupo de Estados que admiten la gestación por sustitución. No tanto por la amplitud de las compensaciones, que es limitado, sino por el diseño institucional del régimen. El derecho israelí incorpora un esquema de control estatal previo y obligatorio, con una importante intervención administrativa, que convierte la gestación por sustitución en una práctica posible, pero canalizada por el Estado. Esto es lo que la diferencia de los modelos contractuales comerciales, como California o Ucrania, y lo sitúa como un ejemplo destacado de admisión ordenada, centrada en la supervisión pública y la tutela de garantías. En materia de filiación, el modelo israelí la otorga desde el nacimiento, una vez aprobado el acuerdo por el comité estatal competente, lo que garantiza su reconocimiento inmediato y reduce la posibilidad de conflictos posteriores.

La legislación básica se encuentra en la *Embryo Carrying Agreements (Agreement Approval and Status of the Newborn) Law*, 5756–1996, que formaliza los acuerdos de gestación por sustitución dentro de Israel y somete su validez a la aprobación de un comité estatal dependiente del Ministerio de Sanidad. La propia administración israelí presenta este régimen como un conjunto de acuerdos bajo control público. El núcleo del modelo es que el acuerdo no opera como un simple contrato privado, sino como un procedimiento administrativo sujeto a

autorización y supervisión institucional. Esta fórmula limita mucho el papel de las agencias privadas, que quedan subordinadas a la autorización estatal y no actúan como actores centrales del proceso, a diferencia de lo que ocurre en otros modelos comerciales.

Uno de los elementos centrales del régimen israelí es la existencia del comité de aprobación, que actúa como filtro obligatorio antes del inicio del proceso. Su función consiste en verificar entre otros extremos, la idoneidad y situación de los progenitores comitentes, el consentimiento informado y la capacidad de la mujer gestante, así como el cumplimiento de las condiciones médicas y legales exigidas. Desde una óptica comparada, este diseño desplaza el eje desde la libertad contractual hacia una autorización administrativa, y define a Israel como permisivo, pero reglado e intervencionista.

Durante años, una de las cuestiones más controvertidas fue la desigualdad en el acceso a esta técnica. La ley la limitaba a determinados perfiles familiares, excluyendo las parejas del mismo sexo masculino y a hombres solteros, lo que dio lugar a un debate social y judicial. En 2021, el Tribunal Supremo israelí ordenó poner fin a estas exclusiones, al considerarlas discriminatorias[919] y un año más tarde dio el acceso a estas personas[920]. Esta apertura fue confirmada y difundida por las autoridades israelíes y por los medios internacionales[921].

De esta evolución cabe destacar que un modelo permisivo puede verse condicionado por discursos constitucionales y de igualdad, y que el marco institucional puede ampliarse para garantizar la igualdad de acceso sin renunciar al control público del procedimiento. Desde el punto de vista del Derecho comparado, Israel ha demostrado que no toda admisión de la gestación por sustitución conduce a un "mercado" desregulado. A diferencia de esquemas donde la intermediación privada y la primacía del contrato dominan el proceso, Israel se basa en un procedimiento sujeto a supervisión estatal, con un papel central del Ministerio de Sanidad y de los comités de aprobación. Esta construcción se aproxima, en su filosofía, a los modelos altruistas regulados europeos en cuanto al énfasis en el control y las garantías, aunque se

---

[919] Israel, Ley de Acuerdos de Portación de Embriones de Israel, *Law,* 5759–1996. Véase también Tribunal Supremo de Israel (High Court of Justice), sentencia de 11 de julio de 2021.
[920] Michael Bachner, "High Court: Ban on Surrogacy for Same-Sex Couples, Single Men to End in 6 Months", *The Times of Israel*, 11 July 2021, disponible en: https://www.timesofisrael.com/, consultado el 19 de julio de 2022.
[921] "Israel Ends Ban on Surrogacy for Same-Sex Couples", *DW*, 1 April 2022, disponible en: https://www.timesofisrael.com/, consultado el 19 de julio de 2022.

diferencia por su alto grado de institucionalización y por el peso decisivo de la autorización administrativa en cada caso concreto.

En suma, Israel constituye una referencia destacada porque permite mostrar que es posible un modelo permisivo que, desde el punto de vista normativo, intenta equilibrar tres objetivos simultáneos: permitir la parentalidad en supuestos en los que la gestación no es viable para los progenitores comitentes, proteger a la mujer gestante mediante control institucional y evaluación previa; y reducir la incertidumbre sobre filiación mediante un régimen que canaliza el procedimiento desde su inicio. Esta combinación lo convierte en un contrapunto válido frente a los modelos comerciales, y explica su inclusión como cuarta referencia destacada en el análisis comparado.

Cabe mencionar que, aunque Portugal e Israel comparten la exigencia de una autorización administrativa previa, el sentido y la función de esta intervención estatal divergen de forma notable: en Portugal opera como un mecanismo de restricción y medida excepcional dentro de la práctica, mientras que en Israel es un instrumento institucional de ordenación estable de la gestación por sustitución.

6.3.5. Síntesis comparada de los ordenamientos de referencia

El examen conjunto de Portugal, California, Ucrania e Israel pone de manifiesto que la admisión de la gestación por sustitución no responde a un único modelo normativo, sino a estrategias regulatorias divergentes, incluso cuando la práctica se encuentra formalmente permitida. Estas diferencias en los regímenes demuestran que, partiendo de una misma realidad biomédica, los Estados adoptan soluciones jurídicas distintas en función de su concepción del contrato, del papel atribuido al Estado, de la protección de la mujer gestante y del peso otorgado al interés superior del menor.

Portugal representa un modelo altruista regulado con un marcado énfasis garantista, caracterizado por la intervención previa de una institución pública, la prohibición absoluta de la modalidad comercial y la previsión de un amplio derecho de arrepentimiento a favor de la mujer gestante. Este modelo muestra una clara voluntad de evitar la explotación del cuerpo femenino, pero al mismo tiempo, ha generado un elevado grado de incerteza jurídica para los progenitores comitentes, lo que ha limitado su aplicación práctica. La experiencia portuguesa

pone de relieve así las tensiones propias de los modelos altruistas restrictivos, en los que la mayor protección de una de las partes puede comprometer la viabilidad real del proceso.

En el extremo opuesto, el modelo californiano con una visión contractual y mercantil, en la que la gestación por sustitución es válida y ejecutable, con determinación anticipada de la filiación y un alto grado de previsibilidad jurídica para los progenitores comitentes. Esta tipología, basado en la autonomía de la voluntad y en la intervención estatal mínima una vez cumplidos los requisitos formales, ha convertido a California en uno de los principales destinos del turismo reproductivo internacional. El entorno cultural, descrito por la literatura comparada como un "enfoque científico del negocio"[922], favorece su normalización como un servicio médico más dentro del mercado. Ahora bien, su traslación al panorama español plantea serias dificultades a la luz del orden público, la dignidad de la mujer y la tradicional reticencia a la contractualización de la filiación.

Ucrania proporciona un modelo permisivo, pero institucionalmente débil, en el que la modalidad comercial es legal y la filiación se les atribuye a los progenitores comitentes desde el momento del nacimiento. Aunque parte de la doctrina ucraniana ha intentado presentar esta práctica como un "método de tratamiento y no como un servicio que se compra", en palabras de Oksana Kashyntseva[923], la realidad es que existe una importante intermediación privada y un predominio hacia clientes extranjeros. Esta colisión entre discurso médico y practica mercantil ha sido señalada también por instituciones europeas, entre ellas, el Parlamento Europeo, que ha advertido del riesgo de explotación reproductiva y de la vulnerabilidad de las mujeres gestantes dentro del modelo comercial ucraniano[924]. La ausencia de un control robusto estatal previo y la centralidad de agencias intermediarias han favorecido una práctica dirigida al mercado internacional, con costes reducidos y escasas barreras de acceso. No obstante, esta aparente simplicidad normativa tiene déficits en la protección transnacional del menor, como prueban los reiterados conflictos relativos a la filiación y de la nacionalidad en los Estados de origen de los progenitores.

---

[922] Keith Warburton, *Background to Business in the USA*, *World Business Culture*, disponible en: www.worldbusinessculture.com, consultado el 24 de enero de 2026.

[923] Oksana Kashyntseva**,** "Surrogacy in Ukraine*"*, *University of Zurich,* 30 de mayo de 2022, disponible en: https://www.news.uzh.ch/en/articles/2022/surrogacy_ukraine.html., consultado el 26 de enero 2024.

[924] Parlamento Europeo, "Gestación subrogada en Ucrania", Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-003388/2020, 5 de junio de 2020, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-003388_EN.html, consultado el 4 de enero de 2026.

Finalmente, Israel se configura como un modelo diferente de admisión permisiva bajo control estatal, en el que la gestación por sustitución solo es posible mediante la aprobación previa de un comité público y bajo una supervisión administrativa estricta. Esta fórmula combina la admisión de la práctica con intervención institucional, desplazando el eje desde la libertad contractual hacia un esquema de autorización pública. La evolución jurisprudencial reciente, que ha ampliado el acceso a parejas del mismo sexo y a hombres solteros, demuestra la capacidad del modelo israelí para adaptarse a exigencias constitucionales de igualdad sin abandonar el control.

En definitiva, la comparativa de estos cuatro referentes da a entender que la regulación de la gestación por sustitución trasciende la mera dicotomía entre prohibición y permiso. Mientras los modelos liberalizados (California o Ucrania) priorizan la seguridad contractual a costa de asumir riesgos éticos y tensiones de orden público, los modelos altruistas (Portugal) refuerzan la protección de la gestante, incurriendo en ocasiones en una ineficacia práctica. Entre ambos extremos, la disposición israelí demuestra que es posible un modelo permisivo bajo control estatal, capaz de adaptarse a exigencias constitucionales sin renunciar a la supervisión pública.

Esta síntesis sugiere que el debate español no debería centrarse en copiar un modelo extranjero, sino en la construcción de un marco jurídico propio, capaz de evitar el abuso en la mercantilización del proceso, de garantizar la protección del menor y de dar una respuesta a la realidad de los viajes al extranjero para realizar estas prácticas.

6.4. Turismo Reproductivo

El turismo médico o sanitario es un término utilizado para describir el viaje de pacientes ciudadanos y residentes de un país, el "país de origen", a otro Estado, el "país de destino", para recibir tratamiento médico. El turismo reproductivo constituye una subcategoría de este tipo de turismo.

6.4.1. Concepto y fundamentos

Una parte de la doctrina contemporánea ha abordado el fenómeno del turismo reproductivo desde la perspectiva más amplia del denominado “turismo de elusión normativa” o

circumvention tourism[925]. Dentro de esta categoría se estudian aquellos supuestos en los que ciudadanos de un Estado se desplazan a otro país con el objetivo de acceder a prácticas o servicios que resultan lícitos en el país de destino, pero que se encuentran prohibidos o restringidos en su país de origen. Este tipo de movilidad transfronteriza plantea preguntas, en que se discute los límites territoriales y pone en antinomia principios clásicos como la soberanía estatal, el orden público y la protección de valores esenciales de cada régimen.

Desde esta línea de análisis, el debate no se reduce a determinar si un Estado puede, desde el punto de vista del Derecho internacional, proyectar fuera de su territorio sus prohibiciones internas "*can question"*, sino que plantea la cuestión de si debe hacerlo "*ought question*"[926], atendiendo a criterios de legitimidad, proporcionalidad, y nexo normativo, con relación a las conductas realizadas por sus nacionales en el extranjero. En definitiva, se trata de valorar si resulta legítimo y proporcionado sancionar a quienes, actuando fuera del territorio nacional, acceden a servicios médicos vetados en su país, pero permitidos en otros. Esta problemática forma parte de un fenómeno más amplio: conviven sistemas jurídicos que piensan de manera distinta sobre cuestiones muy sensibles, como el cuerpo humano, la reproducción y el inicio de la vida.

En el sector sanitario, el turismo de elusión normativa se ha identificado con prácticas controvertidas, como el aborto, determinadas técnicas de reproducción asistida[927], la gestación por sustitución o el suicidio asistido. A diferencia del turismo médico clásico, motivado por factores económicos, como la reducción de costes o la mejora de la calidad asistencial, en estos casos el desplazamiento responde a la voluntad deliberada de sortear restricciones impuestas por las leyes del país de origen. El viaje se convierte así en un instrumento para eludir la ley, lo que produce efectos jurídicos posteriores con la incorporación en el derecho interno de situaciones validas creadas en el extranjero.

---

[925] Glenn Cohen, "Circumvention Tourism," *Cornell Law Review* 97 (2012): pp. 1309–1398; James Shaw, "The Flaw in Formalist Accounts of Circumvention Tourism," *Journal of Law, Medicine & Ethics* 50, no. 3 (2022): pp. 551–562; Guido Pennings, "Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion," *Journal of Medical Ethics* 28, n.º 6 (2002): pp.337–341 ; Richard Huxtable, "The Suicide Tourist Trap: Compromise Across Boundaries," *Journal of Bioethical Inquiry* 6, n.º. 3 (2009): pp. 327–336.

[926] Cohen, "Circumvention Tourism", pp.1312–1318.

[927] Entre estas prácticas se incluyen, entre otras, la donación de gametos como la ovodonación que también ha dado lugar a fenómenos de movilidad transfronteriza en busca de entornos jurídicos más flexibles. Véase Daphna Carmeli y Marcia C. Inhorn "Assisted Reproductive Technologies and Culture Change," Annual Review of Anthropology 37, n. º1 (June 2008).

Desde la doctrina del denominado *circumvention tourism*, en particular en los trabajos de Cohen, se ha destacado que la tolerancia a este tipo de turismo puede desempeñar una función de "válvula de escape", en la medida en que alivia la presión social y política derivada de prohibiciones internas que no cuentan con un consenso social amplio. En circunstancias donde una parte significativa de la población no percibe determinadas prácticas como merecedoras de reproche penal, la posibilidad de acceder a ellas en el extranjero sin consecuencias jurídicas internas contribuye, *de facto,* a preservar la estabilidad de la ley nacional. Esto ocurre con la gestación por sustitución, donde varios estudios y encuestas indican una evolución progresiva de la opinión pública hacia su admisión, al menos en modalidades no comerciales.

6.4.2. Respuestas estatales y limites jurídicos

Las razones que sustentan las prohibiciones nacionales son decisivas para valorar la legitimidad de una extensión extraterritorial de la sanción penal. Cuando la finalidad principal radica en la protección del interés superior del menor, el argumento a favor de la intervención del Estado de origen es más sólido. En cambio, cuando la prohibición se apoya en la prevención de la explotación o de la comercialización del cuerpo humano, la extensión automática de la sanción penal al extranjero se vuelve discutible en aquellos supuestos en los que la práctica tiene lugar en el Estado de destino bajo condiciones de voluntariedad, información adecuada, representación jurídica efectiva y supervisión institucional[928].

En este sentido, se ha señalado que algunos países que mantienen prohibiciones estrictas han terminado por "externalizar" sus dilemas éticos, favoreciendo de manera indirecta la consolidación de mercados reproductivos en jurisdicciones más permisivas. La gestación por sustitución constituye, así, un ejemplo de cómo la disparidad regulatoria entre países y la ausencia de mecanismos de armonización internacional plantean dificultades de fondo entre la defensa del orden público interno y la necesidad de reconocer situaciones familiares creadas fuera del territorio nacional, cuando afectan los derechos y el estatuto del menor.

Como se ha visto en el capítulo anterior, estas cuestiones plantean varios problemas en el caso de España. La falta de una prohibición efectiva de la gestación por sustitución realizada en el extranjero ha favorecido el aumento de menores nacidos fuera del territorio nacional mediante

[928] Glenn Cohen, "Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests," *Minnesota Law Review* 96 (2011): pp. 423–488.

esta práctica, cuya situación jurídica debe integrarse posteriormente en el ordenamiento español. Esta situación genera un cierto equilibrio: por un lado, la ausencia de regulación puede frenar su desarrollo dentro de España; por otro, una posible criminalización extraterritorial podría, de forma paradójica, intensificar el debate político y social y favorecer una futura reforma legislativa.

Desde la perspectiva del Derecho internacional, se ponen de manifiesto los límites de extender la prohibición penal más allá del territorio nacional, lo que orienta la respuesta del Estado no tanto hacia la sanción directa, sino hacia la regulación de los efectos jurídicos cuando los progenitores regresan a España.

6.4.3. Riesgos y dimensión transnacional

El turismo reproductivo se desarrolla, en gran medida, como consecuencia de las desigualdades regulatorias existentes entre los distintos ordenamientos. Cuando una determinada práctica reproductiva se prohíbe o se limita en un Estado, su erradicación efectiva solo resulta posible si los países de destino adoptan, a su vez, mecanismos que restrinjan el acceso de personas extranjeras a dichos servicios. Este tipo de respuestas se ha observado, por ejemplo, en países como India, que ha excluido a los extranjeros del acceso a la gestación por sustitución, o España, que ha establecido obstáculos administrativos y registrales para la inscripción de menores nacidos en el extranjero.

En un plano regulatorio más amplio, el turismo reproductivo no puede entenderse únicamente como una reacción frente a prohibiciones formales, sino también como el resultado de la marcada heterogeneidad de los modelos estatales de intervención en la reproducción asistida. Como han señalado Inhorn y Patrizio, los Estados intervienen desde una doble condición: por un lado, como árbitros de la reproducción, determinando quién puede acceder a determinadas técnicas y en qué condiciones; y, por otro, como responsables de la organización sanitaria, con criterios muy dispares respecto al acceso, la financiación y la admisibilidad del modelo comercial de los tratamientos reproductivos. Esta combinación de funciones ha generado un mosaico normativo en el que prácticas como la fecundación in vitro, la donación de gametos o la gestación por sustitución reciben tratamientos jurídicos distintos según la jurisdicción, lo que

incentiva el desplazamiento transfronterizo de personas hacia Estados más permisivos o flexibles[929].

En el campo del Derecho comparado, la reacción estatal frente al fenómeno del turismo reproductivo puede agruparse, en un esquema de varias líneas de actuación; una primera reacción consiste en mantener una posición de tolerancia externa**,** en virtud de la cual el derecho interno prohíbe determinadas prácticas, pero acepta *de facto* que los ciudadanos puedan desplazarse al extranjero a países donde son lícitas. Esta solución, aplicada también en otras materias controvertidas como el suicidio asistido, acomoda la diversidad moral sin generar un enfrentamiento directo entre mayorías legislativas y minorías disidentes, al tiempo que preserva la coherencia interna del ordenamiento.

Ahora bien, su aplicación en materia de gestación por sustitución presenta dificultades derivadas de la pluralidad de intereses implicados. A diferencia de otros supuestos en los que la decisión afecta solo a la esfera individual, los acuerdos de gestación por sustitución involucran de manera directa a terceros lo que introduce exigencias adicionales de protección jurídica que relativizan la suficiencia de una simple tolerancia externa como respuesta estatal.

Una segunda línea de actuación consiste en recurrir al principio de extraterritorialidad penal, que permite al Estado extender sus prohibiciones penales a conductas realizadas por sus nacionales en el extranjero, aun cuando dichas conductas sean lícitas en el país de destino. En este sentido, Italia ha dado un paso más con la aprobación de la Ley n.º 169/2024, que modifica la Ley n.º 40/2004 sobre reproducción asistida, introduciendo la persecución penal de la gestación por sustitución incluso cuando se realiza fuera de su territorio por ciudadanos italianos[930].

En el plano del Derecho internacional, esta extensión puede apoyarse en el principio de nacionalidad, si bien su aplicación práctica se ve limitada por exigencias de razonabilidad y por la frecuente ausencia de competencia de ejecución. Aun así, la mera tipificación

---

[929] Marcia C. Inhorn y Pasquale Patrizio, "Reproductive Tourism and the Regulatory Map," *Reproductive Biomedicine Online* 16, n. º 4 (2008): pp. 545–554.

[930] Italia, Legge 4 novembre 2024, n. 169, recante modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di maternità surrogata, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 261, 7 de noviembre de 2024, disponible en: https://www.gazzettaufficiale.it, consultado el 28 de marzo de 2025.

extraterritorial puede desplegar un efecto disuasorio relevante, al dificultar la actuación de intermediarios, aseguradoras y operadores del mercado vinculados a estas prácticas[931].

Por último, algunos países han optado por aplicar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución también a los acuerdos realizados en el extranjero, negando así el reconocimiento de la filiación en sus ordenamientos. Esta forma de actuar hace patente la constante colisión entre la defensa del orden público interno y la necesidad de proteger el interés superior del menor.

6.4.4. Factores estructurales del mercado

La reproducción asistida se ha convertido en una industria sanitaria de carácter internacional que mueve grandes cantidades de dinero y que no se limita únicamente a la gestación por sustitución. Algunos países han optado por flexibilizar sus normas para atraer este tipo de prácticas, favoreciendo así los desplazamientos al extranjero y el desarrollo de un mercado de servicios reproductivos transfronterizos.

Muchos de estos desplazamientos se explican por la combinación de varios factores. Entre ellos destacan las restricciones legales en los países de origen, el número limitado de donantes, el elevado coste de los tratamientos o la exclusión de personas solteras o parejas del mismo sexo. A todo ello se suman los largos y complejos procesos de adopción, que llevan a muchas personas a buscar alternativas fuera de su país.

Según ha señalado el Comité de Ética de la *American Society for Reproductive Medicine*[932], las prohibiciones legales que fomentan el turismo reproductivo suelen derivar de dos grandes tipos de restricciones: aquellas que delimitan quién puede acceder a los tratamientos de fertilidad, y aquellas que determinan qué técnicas están permitidas. En otros casos, las limitaciones basadas en la edad, el estado civil o la orientación sexual llevan a personas mayores, solteras u homosexuales a desplazarse al exterior para recibir atención reproductiva. En cambio, otros Estados, como algunos de Estados Unidos, obligan a las clínicas a admitir a

[931] María Martín Ayala y Javier García Amez, "Turismo reproductivo y maternidad subrogada," *Derecho y Salud* 27, no. 1 (2017): 200–208.
[932] Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, "Cross-Border Reproductive Care: An Ethics Committee Opinion," *Fertility and Sterility* 104, nº. 1 (2015): pp. 12–17, disponible en: https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2015.03.002.

cualquier persona sin distinción de edad, estado civil u sexo, lo que elimina estas barreras y convierte a estos territorios en destinos accesibles para quienes buscan estos tratamientos.

El desarrollo de Internet y de plataformas digitales ha acelerado estos procesos, lo que permite a los futuros progenitores explorar opciones reproductivas más allá de sus fronteras y facilitar que clínicas y proveedores de servicios reproductivos identifiquen y exploten nuevas oportunidades de negocio. Conceptos como "bioeconomía" y "biosocialidad" han sido empleados por la doctrina para describir y analizar este comercio transnacional de la reproducción[933].

Conviene matizar que, el turismo reproductivo no está exento de riesgos que afectan tanto a los Estados de origen de los usuarios, como a los países de destino en los que se prestan estos servicios. Estos riesgos suelen agruparse en tres planos: económicos, jurídicos y ético-sociales, en la medida en que las opciones regulatorias en materia reproductiva afectan a los valores fundamentales e inciden en los principios que informan el ordenamiento jurídico[934].

En el plano económico, en el país de origen, uno de los argumentos habituales contra el turismo médico en general, y el turismo reproductivo en particular, es su impacto económico negativo. El desplazamiento de los pacientes implica que el gasto asociado a los tratamientos médicos y a los servicios vinculados al viaje se realice en el extranjero, lo que supone una pérdida potencial de ingresos y de actividad para el sector sanitario y los servicios auxiliares del Estado. Esta circunstancia cobra una mayor dimensión si se tiene en cuenta el carácter multimillonario de la industria reproductiva internacional.

En los países de destino, como por ejemplo Ucrania se ha desarrollado una industria lucrativa en torno a esta práctica, orientada predominantemente a una clientela extranjera. Esta situación ha suscitado críticas internas en la medida en que los recursos médicos y capacidades profesionales, financiados en muchos casos con fondos públicos nacionales, terminan sirviendo a intereses foráneos.

---

[933] Michal Rachel Nahman, "Reproductive Tourism Through the Anthropological 'Reproscope'", *Annual Review of Anthropology* 42 (2013): 417–432, disponible en: https://doi.org/10.1146/annurev-anthro-092412-155444.
[934] Raywat Deonandan, "Recent Trends in Reproductive Tourism and International Surrogacy: Ethical Considerations and Challenges for Policy", *Reproductive Health Matters* (2022): pp. 111–119.

Desde el punto de vista jurídico, el turismo reproductivo plantea un desafío directo a la eficacia normativa del derecho del país de origen. Cuando los ciudadanos se desplazan al extranjero para eludir restricciones internas, se cuestiona la capacidad y, en ocasiones, la voluntad del Estado para hacer cumplir sus propias prohibiciones. Aunque algunos países contemplan la posibilidad de extender fuera del territorio nacional determinadas normas penales, lo cierto es que, en la práctica, muchos Estados optan por no sancionar a sus nacionales por las conductas realizadas de conformidad con las leyes del país de destino. Esta ausencia de reacción punitiva puede interpretarse como una forma de tolerancia implícita o aprobación tácita del comportamiento.

El derecho español es un ejemplo de ello. A pesar de que la gestación por sustitución no está permitida, existen mecanismos administrativos y judiciales para regular la situación jurídica de los menores, ya sea a través del reconocimiento de la filiación, la adopción o la concesión de la nacionalidad. Esto deja al descubierto una disociación entre la proclamación normativa de determinados valores y su efectiva aplicación, generando conflictos internos.

En el plano axiológico, las personas que optan por la gestación por sustitución suelen compartir ciertos rasgos: el deseo de tener un hijo con vínculo genético, la imposibilidad de lograrlo por medios naturales y la disposición a asumir un desembolso considerable[935]. En el plano individual, quienes recurren a la gestación por sustitución internacional son un colectivo con un alto grado de vulnerabilidad emocional. En la mayoría de los casos, se trata de personas que han afrontado largos procesos de infertilidad biológica o social y que acuden a esta vía tras haber agotado otras alternativas. Esta trayectoria las sitúa en una posición de fragilidad frente a promesas exageradas o engañosas por parte de clínicas e intermediarios poco escrupulosos, ya sea sobre las tasas de éxito, la seguridad jurídica o las condiciones del proceso. A ello se suma un riesgo económico significativo, los costes asociados a estos procedimientos son muy elevados y el resultado final nunca puede garantizarse por completo, lo que puede producir situaciones de frustración, endeudamiento o desprotección.

Por el contrario, las motivaciones de las mujeres gestantes han sido objeto de menor atención académica. En la esfera socioeconómica, la literatura feminista y socio-antropológica ha señalado que las mujeres de países con menores niveles de renta son descritas como

[935] Deborah L. Spar, "Reproductive Tourism and the Regulatory Map", New *England Journal of Medicine* 352, n. º 6 (2005): pp. 531–533.

"biodisponibles" o "biodeseables", en la medida en que sus cuerpos entran en circuitos globales de oferta y demanda reproductiva. Parte de la doctrina sostiene que la disponibilidad de "recursos corporales humanos" resulta mayor y más accesible en situaciones de ingresos bajos, donde determinados grupos sociales pueden verse atraídos a asumir riesgos para su salud a cambio de compensaciones modestas en términos comparativos[936]. Aunque la motivación dineraria aparece como un factor central sobre todo en países subdesarrollados como la India[937] estudios han señalado que también pueden concurrir otras razones, como motivaciones altruistas o incluso de carácter religioso, relacionadas con el deseo de ayudar a otras personas a tener hijos[938].

Aun así, los riesgos que afrontan las mujeres gestantes son complejos y se mueven en un equilibrio delicado entre autonomía y posible explotación. Desde una perspectiva liberal, el consentimiento informado de una mujer para gestar para otros puede entenderse como una expresión válida de autodeterminación. Sin embargo, cuando ese consentimiento se da en contextos de desigualdad social o económica, resulta legítimo preguntarse hasta qué punto existe una verdadera libertad de decisión. En el plano jurídico y ético, además, cabe el riesgo de que el peso económico de esta actividad influya en su regulación, favoreciendo a los clientes y a la estabilidad de las relaciones contractuales frente a otros sujetos implicados. En este sentido, algunas normas que excluyen a la mujer gestante de cualquier derecho parental desde el nacimiento pueden responder más a los intereses del sector que a los propios valores del ordenamiento.

En este contexto, el modo en que un Estado regula la relación entre reproducción y mercado refleja su concepción sobre los límites del uso del cuerpo humano y su propia responsabilidad en la protección de los sujetos más indefensos[939]. Las opciones legislativas en materia de gestación por sustitución no solo configuran el desarrollo de la industria reproductiva, sino que

---

[936] Zubin A. Meghani, "A Robust, Particularist Ethical Assessment of Medical Tourism," *Developing World Bioethics* 11, n. º 1 (2011): pp. 16–29.
[937] Jill Johnston, "The Ethics of Outsourcing Surrogate Motherhood to India", Medscape *Journal of Medicine* 10, n. º 2 (2008): p. 35.
[938] Meghani, "A Robust, Particularist"; Johnston, "The Ethics of Outsourcing"; Nahman, "Reproductive Tourism'".
[939] Raywat Deonandan, A. Bente, y A. India, "India's Assisted Reproduction Bill and the Maternal Surrogacy Industry", *International Review of Social Sciences and Humanities* 4, nº 1 (2012): pp. 169–173; Raywat Deonandan, S. Green, y A. van Beinum, "Ethical Concerns for Maternal Surrogacy and Reproductive Tourism", *Journal of Medical Ethics* 38, n.º 12 (2012): pp. 742–745.

también se ven condicionadas por ella[940], obligando al legislador a transitar una línea muy fina entre la respuesta a las preocupaciones morales de la sociedad y la gestión de una actividad lucrativa de creciente proyección internacional.

6.5. Marco internacional aplicable

6.5.1. Normativa internacional relevante

En el plano supranacional, múltiples normas y principios influyen en la regulación de la gestación por sustitución, especialmente en su dimensión transnacional[941]. Sin pretender realizar un análisis exhaustivo, es preciso analizar los principales instrumentos internacionales que operan como marco de referencia en esta materia.

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989[942] tiene como principios rectores el interés superior del niño y la prohibición expresa de la trata de menores, lo que ejerce una influencia directa en el proceso de reconocimiento de la filiación y en la protección de los derechos de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero.

La importancia del interés del menor hace que diversos instrumentos internacionales, aun sin regular de forma directa la gestación por sustitución, puedan aplicarse por analogía en materia de filiación. El Convenio Europeo sobre la Adopción de Niños establece criterios de protección en los procesos de adopción internacional que pueden extenderse a la gestación por sustitución para garantizar la seguridad jurídica del menor. De igual manera, la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993, fijan normas de cooperación y prevención del tráfico de menores que, aun sin referirse expresamente a la gestación por sustitución crean un marco para evitar prácticas abusivas.

En segundo lugar, la preocupación por la mercantilización y la explotación ha sido reiterada por la ONU a través de varios informes como la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de niños, que en 2018 alertó sobre los riesgos de mercantilización

---

[940] Deonandan, *"*Recent Trends in Reproductive Tourism "pp.115.

[941] UNICEF**,** *Key Considerations: Children's Rights & Surrogacy. Briefing Note*, 2022, disponible en: https://www.unicef.org/media/115331/file ,consultado el 3 de enero de 2023.

[942] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

infantil en casos de gestación por sustitución comercial no regulada[943]. En el año 2019, se presentó una segunda relatoría sobre las garantías necesarias para proteger los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica, resaltando la importancia al acceso a la identidad, la filiación legal y sus orígenes[944].

Esta protección se formaliza entre otros instrumentos, a través de los Principios de Verona (*International Social Service*, Ginebra, 2021), un conjunto de dieciséis directrices orientadas a garantizar los derechos de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. En particular, insisten en el interés superior del menor, el derecho a la identidad y a conocer sus orígenes, la necesidad de asegurar una filiación estable desde el nacimiento y la prevención de situaciones de explotación o tráfico, advirtiendo asimismo sobre los riesgos de concebir la reproducción en términos de un supuesto "derecho a tener un hijo"[945].

En este plano, destacan los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), que desde 2021 impulsa el denominado "*Parentage/Surrogacy Project*" un instrumento destinado a armonizar el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución en el extranjero. Su objetivo es garantizar el interés del menor, facilitar la cooperación entre Estados y asegurar el acceso a los orígenes, si bien el texto sigue en fase de desarrollo y aún no ha sido adoptado[946]. No obstante, la propia Oficina Permanente de La Haya ha advertido que la gestación por sustitución presenta particularidades que la diferencian de otros ámbitos, como la adopción, lo que dificulta una aplicación directa y automática de este tipo de instrumentos.

---

[943] Naciones Unidas, Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60/Add.1) 5 de enero de 2018. disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/007/74/pdf/g1800774.pdf, consultado el 29 de octubre de 2022.

[944] Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Informe de la Relatora Especial sobre salvaguardas para la protección de los derechos de los niños nacidos de acuerdos de gestación subrogada, (A/HRC/37/60), 15 de julio de 2019, disponible en: https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy-arrangements, consultado el 30 de octubre de 2022.

[945]Principios de Verona, Servicio Social Internacional (SSI/ISS), 25 de febrero de 2021, disponible en: https://iss-ssi.org/storage/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf, consultado el 3 de noviembre de 2022; Margaret Casey ,*International Surrogacy – What Would an Ethical Process Look Like? An Overview of Recent Publications*, conferencia IAFL, Bangkok, junio de 2023, disponible en: https://www.iafl.com/media/8173/20230602-1215-margaret-casey-international-commercial-surrogacy.pdf?categoryId=31245, consultado el 3 de noviembre de 2024.

[946] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), *Report of the Fourth Meeting (2025)*, disponible en: https://assets.hcch.net/docs/8d89dc05-3303-49c9-b929-35d62a368fed.pdf; HCCH, "Sobre la HCCH", disponible en: https://www.hcch.net/es/, consultados el 20 mayo de 2024.

Por su parte la Declaración de Casablanca (2024) impulsada por un grupo multidisciplinar de expertos y juristas, defiende la prohibición internacional de la gestación por sustitución, al considerar que vulnera la dignidad del menor y puede implicar la explotación de la mujer, incluso cuando existe consentimiento[947].

En tercer lugar, en relación con la protección de la mujer, la CEDAW[948] exige que los Estados parte protejan a las mujeres frente a la explotación y la discriminación. Considera que los contratos de gestación por sustitución, especialmente aquellos de naturaleza comercial, pueden llegar a explotar a mujeres en situación de vulnerabilidad económica o social.

En definitiva, no existe una normativa internacional común y vinculante sobre la gestación por sustitución. Lo que se encuentra es un conjunto de iniciativas, propuestas y posiciones diferentes que indican la falta de acuerdo entre los Estados y la dificultad de establecer un criterio uniforme en esta materia. Asimismo, estos instrumentos se centran en la protección del menor y de la mujer gestante, mientras que la posición jurídica de los progenitores comitentes recibe una atención limitada.

6.5.2. Límites de las respuestas nacionales y necesidad de cooperación internacional

La gestación por sustitución debe entenderse como un fenómeno global que desborda los marcos regulatorios estatales y exige respuestas coordinadas a escala supranacional. La ausencia de una legislación uniforme, tanto a nivel internacional como europeo, implica que cada Estado mantiene la potestad de decidir si regular esta práctica y en qué términos.

Aunque se han desarrollado iniciativas supranacionales orientadas a la protección de los sujetos más vulnerables, su alcance sigue siendo limitado y difícilmente adaptable a la diversidad de modelos nacionales. La elaboración de leyes nacionales en materia de gestación por sustitución no puede realizarse en aislamiento, sino que debe ajustarse a los principales instrumentos internacionales de protección[949].

---

[947] Declaración de Casablanca por la abolición universal de los vientres de alquiler, 23 de abril de 2024. disponible en:https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/surrogacy-as-a-minimum-case-of-trafficking-at-european-level/, consultado el 20 de mayo de 2024.

[948] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1979, en su resolución 34/180, el 18 de diciembre de 1979.

[949] Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

La UE ha asumido un papel destacado en la identificación de los desafíos jurídicos y éticos asociados a esta práctica, promoviendo estudios comparados y recomendaciones políticas dirigidas a gestionar las diferencias entre los Estados miembros[950]. No obstante, incluso estas iniciativas encuentran límites cuando no se integran en una mirada realmente global que tenga en cuenta los terceros países no pertenecientes a la UE.

En efecto, dado el carácter transnacional del turismo reproductivo y del turismo sanitario en general, las respuestas normativas nacionales o regionales resultan insuficientes si no van acompañadas de mecanismos eficaces de cooperación internacional. Las prohibiciones internas pierden gran parte de su efectividad cuando los Estados, en aras del interés superior del menor y para evitar la apatridia o la desprotección jurídica no están dispuestos o no consideran legítimo perseguir a sus ciudadanos por conductas realizadas lícitamente en el extranjero, en gran medida cuando una parte sustancial de la demanda procede precisamente de quienes buscan eludir las restricciones legales vigentes en su país de origen.

Uno de los principales obstáculos para el diseño de políticas públicas adecuadas es la notable escasez de datos empíricos y fiables acerca de la magnitud, distribución y características de la gestación por sustitución internacional. Esta carencia persiste incluso en jurisdicciones con fuertes niveles de control institucional, como la UE donde, a diferencia de otras técnicas de reproducción asistida, no existe un criterio homogéneo de recogida de información relativa a esta práctica, ni a nivel nacional ni transnacional. Esta falta de transparencia e información estadística no solo dificulta la evaluación del impacto real de la práctica, sino que favorece la opacidad de los procesos y aumenta los riesgos de explotación y tráfico de menores al margen de los controles estatales[951].

En este contexto, la creación de un sistema de vigilancia y recopilación de datos a escala internacional, dotado de garantías adecuadas en materia de confidencialidad y protección de datos personales, constituiría una aportación de gran valor tanto para los responsables políticos como para los profesionales sanitarios, los intermediarios y los propios usuarios.

---

[950] Brunet et al., *A Comparative Study".*
[951] Brunet et al.," *A Comparative Study"*

Finalmente, otra línea de reflexión importante en el diseño de políticas públicas consiste en explorar hasta qué punto la gestación por sustitución podría aproximarse, desde el punto de vista jurídico, al modelo de la adopción internacional.

Mientras que la adopción internacional se fundamenta en "buscar una familia para un niño", bajo normas centradas en su bienestar y al margen de la contratación, la gestación por sustitución suele girar en torno a un acuerdo dirigido a que una familia tenga un hijo. Esta diferencia no es menor: en un caso, el eje es la protección del menor; en el otro, la ejecución de un acuerdo entre las partes. La comparación resulta significativa si se tiene en cuenta que, en la gestación por sustitución, se produce un desplazamiento de la relación maternofilial desde la mujer gestante hacia los progenitores comitentes, lo que implica la extinción de la relación jurídica inicial. Sin embargo, aunque este resultado pueda recordar al de la adopción, no significa que ambos modelos deban equipararse. Más bien, esta comparación permite reflexionar sobre si algunas de las garantías propias de la adopción podrían incorporarse para reforzar la protección del menor[952].

6.6. Enseñanzas del Derecho comparado y delimitación en España

La síntesis comparativa desarrollada en los apartados anteriores permite extraer una serie de enseñanzas generales para el caso español, no con la finalidad de importar modelos, sino como instrumento para delimitar los márgenes normativos disponibles y anticipar los efectos jurídicos asociados a cada opción regulatoria. El Derecho comparado cumple una función orientadora al identifica patrones recurrentes, riesgos previsibles y puntos de fricción que emergen cuando los derechos nacionales interactúan en una realidad marcada por la movilidad transnacional. Estas enseñanzas son:

Primera: la prohibición interna no elimina el fenómeno, sino que desplaza el conflicto. La experiencia comparada demuestra que la prohibición de la gestación por sustitución dentro del territorio nacional no impide que la práctica se lleve a cabo, sino que traslada el núcleo del problema al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Este desplazamiento favorecido por la coexistencia de modelos permisivos y prohibicionistas ha incentivado el desarrollo del turismo reproductivo, con flujos constantes de ciudadanos que

[952] Deonandan**,** "Recent Trends in Reproductive Tourism."

recurren a Estados con regulaciones más favorables. Estas circunstancias generan conflictos recurrentes en torno a la atribución de la filiación obligando a los Estados de origen a introducir mecanismos correctores *ex post* para evitar situaciones de desprotección. Desde esta perspectiva, el Derecho comparado muestra que centrarse solo en la prohibición tiene límites y que es necesario replantear el alcance del orden público. Además, las instituciones internacionales han llamado la atención sobre la tensión que existe entre la libertad de circulación, la soberanía de los Estados y la protección de los derechos de las mujeres gestantes y de los menores en contextos internacionales.

Segunda: la ausencia de regulación no constituye una posición neutral. Los ordenamientos caracterizados por modelos intermedios o de alegalidad revelan que la falta de normas claras no equivale a una solución de equilibrio, sino que genera un elevado grado de inseguridad jurídica. La inexistencia de reglas precisas desplaza la resolución de los conflictos hacia el ámbito judicial y favorece respuestas fragmentarias, dependientes del caso concreto. Para el derecho español, esta enseñanza resulta pertinente, en la medida en que la combinación de prohibición interna y regularización diferida de situaciones creadas en el extranjero reproduce, en parte, los déficits observados en estos modelos.

Tercera: la admisión de la gestación por sustitución no responde a una lógica uniforme. El análisis de los países que permiten esta práctica confirma que no existe un único modelo permisivo, sino una pluralidad de estrategias regulatorias que difieren en aspectos esenciales: el papel del contrato, el grado de intervención estatal, la protección de la mujer gestante y los mecanismos de estabilización jurídica del estatuto del menor. Esta diversidad muestra que la cuestión clave no se limita a permitir o prohibir la práctica, sino a determinar cómo se reparten los riesgos jurídicos y qué instrumentos se establecen para garantizar la definición del marco legal.

Cuarta: la gestión de los efectos jurídicos constituye el verdadero núcleo del problema. Más allá de la licitud interna de la gestación por sustitución, la experiencia comparada confirma que la eficacia de las distintas opciones regulatorias depende en gran medida de la forma en que los ordenamientos integran las situaciones válidamente constituidas en el extranjero. En este sentido, el Derecho comparado indica que el centro del debate no se sitúa tanto en la regulación de la práctica en sí, como en la determinación del estatuto civil del menor y la atribución de la filiación, dos ámbitos en los que las respuestas nacionales siguen siendo muy diversas.

A partir de estas enseñanzas, el Derecho comparado ha de descartar determinadas opciones regulatorias por su difícil compatibilidad con los principios constitucionales del derecho español. Los modelos de admisión comercial con intervención pública limitada y fuerte protagonismo de intermediarios privados con ánimo de lucro plantean serios problemas de encaje con la prohibición de la mercantilización del cuerpo humano y con la concepción tradicional de la filiación. No obstante, esto no excluye la posibilidad de prever fórmulas de compensación a favor de la mujer gestante, siempre que estas no respondan a una mercantilización a través de agentes lucrativos. Del mismo modo, los modelos altruistas demasiado restrictivos, que no cuentan con mecanismos claros para reconocer la filiación, pueden generar inseguridad jurídica y dificultades en su aplicación práctica.

En definitiva, lo expuesto no conduce a la adopción de un modelo extranjero concreto, sino a la identificación de una serie de parámetros que deben orientar cualquier reflexión sobre el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España. Entre ellos destacan la protección efectiva del interés superior del menor, la prevención de situaciones de explotación o vulnerabilidad de la mujer gestante, la necesidad de garantías jurídicas y el respeto a los principios constitucionales. Estos elementos delimitan el espacio normativo dentro del cual se sitúa el análisis final de esta investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Desde el inicio de la civilización, la hoy llamada gestación por sustitución no es algo nuevo. Los seres humanos llevamos miles de años preocupándonos por lo mismo: cómo tener hijos cuando no puedes. Y llevamos miles de años buscando soluciones. Lo único que ha cambiado a lo largo de los siglos es la forma de hacerlo. La gestación por sustitución es una realidad recurrente y ha sido utilizada de muy diversas formas a lo largo de la Historia: fuese por medio de esclavas, segundas esposas, la poligamia o al levirato. Hoy es un contrato, una clínica, una técnica de reproducción asistida. Pero el problema de fondo y la necesidad de regularlo llevan ahí desde antes del Código de Hammurabi. Ya en las sociedades antiguas había maneras para separar el hecho de dar a luz de quien asumía el rol de madre, dando prioridad a los intereses de la familia y la comunidad por encima de la biología.

El estudio de los textos mesopotámicos, junto con los textos legales bíblicos y la propia ley de las XII Tablas romana permite apreciar la existencia de una cultura jurídica común en la Antigüedad, cuyo estudio no solo aporta un valor científico, sino que sirve de base a importantes legislaciones modernas. Existe una tradición normativa compartida en materia de matrimonio y filiación, en la que se aprecian mecanismos de sustitución reproductiva. El Derecho, en este sentido, es totalmente cíclico: cada época reformula con el lenguaje de su tiempo soluciones que ya fueron ensayadas por civilizaciones anteriores. Reconocer este legado es la base que justifica afrontar el debate actual sobre la gestación por sustitución en España sin el miedo de lo inédito, sino con la confianza de quien sabe que regular lo que ya existe siempre ha sido, precisamente, la función del Derecho. Solo a partir del conocimiento del pasado es posible construir un marco jurídico futuro que responda con coherencia a las prácticas ya existentes.

SEGUNDA. Desde un punto de vista biológico, la procreación constituye una función central del ser humano, lo que explica que la falta de descendencia haya sido históricamente percibida no solo como una circunstancia personal, sino como un gran problema jurídico. Las sociedades antiguas no se limitaron a constatar esta realidad, sino que la integraron en sus sistemas normativos, aportando soluciones destinadas a garantizar la continuidad del linaje y la estabilidad del grupo.

En Roma, el matrimonio estaba directamente vinculado a la procreación, por lo que no se reconocían uniones que no pudieran generar prole. Sin embargo, cuando un matrimonio era estéril se buscaban soluciones para combatirla. En la actualidad ocurre lo contrario: el Derecho ha avanzado al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no ha resuelto el problema de la procreación, que sigue dependiendo del cuerpo de una mujer. Esta limitación no afecta solo a las parejas homosexuales, sino también a aquellas parejas heterosexuales que no pueden tener hijos.

La ley ha logrado igualar el vínculo matrimonial, pero no ha resuelto el límite biológico que subyace. El debate se desplaza, exactamente igual que en la Antigüedad, desde el derecho matrimonial hacia la disponibilidad del cuerpo femenino. La diferencia es que, mientras Roma encontró soluciones, España, dos mil años después, sigue sin ofrecer una respuesta clara. El resultado es una contradicción: se reconoce el derecho a formar una familia, pero no siempre se facilitan los medios para hacerlo efectivo.

TERCERA. La conceptualización de la maternidad ha cambiado a lo largo de las diferentes épocas según la construcción cultural e histórica del momento. En el mundo grecorromano se valora a la mujer por su capacidad de procrear. Desde una perspectiva actual, esta visión puede parecer machista o reductiva, pero esta idea se basa en una interpretación naturalista de la reproducción. No hay duda de que los autores antiguos entendían que la reproducción formaba parte del orden natural y que cada sexo desempeñaba un papel distinto dentro de ese proceso.

Pero eso no significaba que la maternidad fuera algo exclusivamente individual o biológico, sino que era algo común y compartido que combina funciones biológicas, afectivas, sociales y políticas, y que podía distribuirse entre diferentes mujeres, al igual que ocurre hoy en día cuando la biotecnología es quien ha reafirmado esta idea, al poder coexistir en el hecho de ser madre, diferentes personas. Ahora volvemos a esa noción de la maternidad en sentido amplio, entendiendo que no es una única realidad, sino que puede dividirse o repartirse. De ahí que se empiece a hablar más de parentalidad que de maternidad, extendiendo el concepto más allá de la mujer como único sujeto. Así se entiende mejor la diversidad de modelos familiares actuales. A pesar de todo, sigue habiendo un fuerte arraigo cultural que vincula la maternidad al cuerpo femenino y al parto. Y es ahí donde reside el problema: el sistema jurídico va por detrás, intentando encajar nuevas circunstancias en modelos pasados que ya no responden del todo a lo que acontece. La maternidad nunca ha sido única, ni exclusivamente biológica, y seguir tratándola como tal supone ignorar tanto la experiencia histórica como la situación actual.

CUARTA. El llamado instinto maternal no existe como una base biológica universal. Es una construcción cultural reciente. No es automático, ni igual en todas las mujeres y tampoco aparece necesariamente en el momento del parto. El vínculo maternofilial puede desarrollarse en personas que no gestan o en la relación que se construye a lo largo del tiempo, a través del cuidado y la convivencia. En Roma se vio como la madre biológica no necesariamente se ocupaba de su hijo en sus primeros años, delegando esa función en otras personas.

Esta idea no es nueva, pero hoy se hace más evidente: el cuidado no depende del hecho de gestar, y tanto hombres como mujeres pueden desarrollar vínculos afectivos similares. El Derecho empieza a reflejar este cambio, por ejemplo, al equiparar los permisos por nacimiento y cuidado del menor, reconociendo que la responsabilidad parental no corresponde exclusivamente a la madre biológica.

La maternidad no es un impulso biológico, sino una intención. En consecuencia, la gestante que renuncia al vínculo con el niño no está traicionando ninguna ley de la naturaleza, sino ejerciendo su autonomía. Sacralizar el instinto maternal como criterio jurídico no es proteger a la mujer, es utilizarla.

QUINTA. La desconstrucción de la máxima *mater certa sempre est* es inevitable y urgente. Este principio fue útil en la época romana, cuando la madre se identificaba con el parto, ya que era un hecho visible e indudable, mientras que la paternidad se planteaba como un hecho incierto. Sin embargo, ni siquiera en Roma este criterio funcionaba de forma absoluta, ya que la filiación dependía en última instancia de la voluntad del *paterfamilia*s, que decidía si reconocía o no al hijo. El principio existía, pero la verdadera atribución de la filiación no descansaba únicamente en el hecho biológico, sino en una decisión jurídica.

Hoy este principio es obsoleto, se encuentra en crisis. La mujer que pare no es necesariamente la madre genética, ni siquiera la madre por voluntad, ni la que asumirá el rol de madre. A pesar de ello, lay leyes sigue vinculando la maternidad al parto, con independencia de su aportación genética o de la voluntad, mientras que al padre le basta con la genética para acreditar su filiación. Esta diferencia constituye otra clara desigualdad contra la mujer en un ordenamiento que proclama la igualdad entre los progenitores.

En realidad, lo que la evolución histórica muestra es que la filiación nunca ha dependido exclusivamente de la biología, sino también de la voluntad. Las técnicas de reproducción asistida han vuelto a poner de manifiesto esta idea, al separar la genética, la gestación y la intención de ser progenitor.

Por ello, el Derecho debe replantearse sus fundamentos: no se trata de abandonar la biología, sino de reconocer que no puede ser el único criterio. La voluntad procreacional aparece así como el elemento que mejor permite dar respuesta a las distintas formas de familia existentes en la actualidad.

Y en un futuro próximo con el desarrollo científico de técnicas como la ectogénesis y los úteros artificiales, cuando el nacimiento pueda producirse fuera del cuerpo femenino, el Derecho no tendrá más remedio que abandonar el parto como criterio central y aceptar la voluntad procreacional como el verdadero fundamento de la filiación. España no puede esperar a que la tecnología le fuerce la mano. La reforma debe anticiparse.

SEXTA: Del análisis terminológico realizado se concluye que la elección de la expresión "gestación por sustitución" no es una mera cuestión de forma, sino una necesidad técnica por tres razones fundamentales extraídas de esta investigación. En primer lugar, la separación entre gestación y filiación: a diferencia de términos como "maternidad subrogada", esta fórmula es la única que reconoce que, en la medicina actual, el embarazo es un proceso biológico separable de la condición jurídica de madre. Esto es especialmente evidente en la "gestación gestacional" (donde no hay vínculo genético) y en los proyectos parentales de varones, donde no existe una figura materna que "sustituir".

En segundo lugar, la distinción esencial con la adopción: mientras la adopción sustituye a una madre ya constituida, la gestación por sustitución únicamente externaliza la función biológica del embarazo. El uso del término "sustitución" aplicado a la gestación y no a la maternidad es, por tanto, el único que describe con precisión la naturaleza instrumental del proceso.

En tercer lugar, la paradoja del sistema español: el ordenamiento español (Ley 14/2006) ha sido vanguardista al adoptar este término preciso y moderno, pero se niegue a asumir sus consecuencias. Al mantener la determinación de la filiación por el parto, el legislador cae en una contradicción: utiliza un lenguaje del siglo XXI para describir el fenómeno, pero sigue anclado en una lógica del siglo I (*mater semper certa est*) para resolverlo.

En definitiva, la terminología elegida por la doctrina y la ley española admite implícitamente que la gestación es una función sustituible, aunque el sistema legal aún se resista a dotar de eficacia jurídica a esa realidad.

SÉPTIMA. El control sobre la maternidad y la reproducción han estado desde tiempos remotos bajo el poder masculino. Ya en la mitología y filosofía griega, los dioses querían apoderarse de la función reproductiva y la mujer aparecía como un mero receptáculo, mientras que el hombre se presentaba como el verdadero generador. En el Derecho romano, el *paterfamilias* decidía sobre el vientre de su esposa, el *curator ventris* vigilaba el embarazo, el filósofo definía lo que era una buena madre y el jurista decidía quien debía ser considerada como tal. No hemos tenido acceso directo a la voz de las mujeres sino solo la visión y la interpretación masculina.

En la actualidad podemos apreciar un paralelismo con estas figuras, en el control de las agencias de intermediación o incluso el propio Estado: aunque el marco es diferente, la idea de fondo es la misma, cuando la reproducción tiene consecuencias jurídicas, existe un control sobre la mujer. La diferencia es que hoy, ese control ya no se presenta como dominación, sino en forma de protección, regulación o garantía. Donde antes estaba el *paterfamilias* decidiendo, y el *curator ventris* vigilando, hoy es el Estado quien, alegando proteger a la mujer de sí misma, le niega validez a su consentimiento, y son las agencias quienes supervisan que el proceso se ajuste al contrato. El monólogo masculino ha devenido legislación prohibicionista y negocio internacional. La estructura en el fondo es la misma.

Pero hoy las mujeres tienen voz, pensadoras, juristas y filósofas, están cambiando el discurso que separa la identidad de la mujer de su función reproductiva, que cuestiona el instinto maternal y que reivindica la autonomía del cuerpo gestante. Parece que el discurso ha cambiado de manos, y, sin embargo, el poder no ha desaparecido: simplemente tiene otra forma.

OCTAVA. La cuestión sobre el consentimiento de la mujer nos lleva a una paradoja histórica. En Roma, el consentimiento de la mujer no se tenía en cuenta: su cuerpo era "gestionado" por el *paterfamilias*. Nadie le preguntó a Marcia si quería ser cedida a Hortensio y nadie le preguntaba a una esclava si consentía engendrar para su amo. El ordenamiento jurídico español ha construido, sobre bases que parecen opuestas, un resultado casi idéntico. Hoy se le pide a la mujer que consienta, pero se le dice que ese consentimiento no es válido, que no puede ser libre, que la desigualdad económica lo vicia, que necesita ser protegida de su propia decisión. El paternalismo del Estado reproduce, bajo el paraguas de la ley, la misma lógica que siempre

ha privado a la mujer de la soberanía sobre su cuerpo: la idea de que otros saben mejor que ella lo que le conviene. Esta tesis defiende lo contrario, un consentimiento informado, libre, protegido por garantías no es una ficción jurídica: es la única respuesta constitucional coherente con el principio de autonomía personal. Prohibir no protege a la mujer, la hace invisible. Si además lo contrastamos con el consentimiento que da la mujer, por ejemplo, para abortar, entonces es plenamente válido, pero si lo da libremente para gestar para otros, es decir, para dar vida, entonces está viciado. No tiene sentido que la autonomía de la mujer sea plena cuando decide no ser madre y quede en suspenso cuando decide ejercer su capacidad reproductiva en favor de otros.

No hay que obviar que en países subdesarrollados donde la precariedad económica puede condicionar el consentimiento, se ha de tener en cuenta que en esos mismos contextos esas mujeres carecen de derechos en prácticamente todos los ámbitos de su vida: en el acceso a la educación, al trabajo, a la salud reproductiva, a la propiedad. Utilizar esas situaciones de desigualdad como argumento para prohibir la gestación por sustitución en ordenamientos con garantías reales, no es proteger a la mujer: es instrumentalizarla para justificar una prohibición que le afecta directamente y sobre la que no se le consulta.

NOVENA. Los modelos familiares que hoy se presentan como novedosos son en realidad el retorno a una diversidad que el derecho patriarcal posterior se encargó de borrar. En el mundo antiguo existían una multiplicidad de formas de organización familiar: comunidades en las que la paternidad se atribuía en función a criterios sociales o convencionales, hombres que compartían esposas e hijos, maridos que cedían a sus mujeres, y sistemas en los que la filiación no se construía únicamente sobre la biología. Con el tiempo, la influencia de la Roma tardía y del cristianismo impuso un modelo de familia mucho más rígido y estricto. Esa forma tan cerrada de entender quiénes forman una familia ha marcado nuestras leyes durante siglos, y es una visión que todavía arrastramos hoy en día. A pesar de ello, en Roma existía lo que la doctrina contemporánea denomina familias *patchwork*: formadas por vínculos no exclusivamente biológicos: sino por situaciones de acogida, segundas uniones o intervención de terceros. Lo que hoy llamamos familias *rainbow* no son inventos modernos, sino la reaparición de esas categorías que ya existían, aunque ahora cuenten con el respaldo de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, existe una diferencia, mientras que en el pasado estas formas se integraban dentro del sistema, hoy el Derecho reconoce parcialmente esta diversidad, pero no permite desarrollarla plenamente. El paralelismo con Roma es patente; en

las parejas de hombres se toleraba la unión, pero no tenían reconocimiento jurídico y no podían formar una familia por motivos obvios; hoy se reconoce la unión, pero se obstaculiza el acceso a la descendencia mediante las técnicas que la harían posible. El Derecho ha avanzado en el reconocimiento del vínculo afectivo, pero sigue fallando en garantizar el derecho a fundar una familia en igualdad de condiciones. La Historia ha avanzado a medias. El Derecho español tiene pendiente la segunda mitad.

DÉCIMA. El sistema español de filiación en la gestación por sustitución reproduce una desigualdad que tiene raíces antiguas. En una época en la que la genética permite saber con certeza quién es el padre, el Derecho ha evolucionado para el hombre, pero no para la mujer. Y no hay una razón jurídica sólida que justifique esta diferencia; es simplemente inercia histórica y resistencia ideológica con un enfoque machista.

Esta desigualdad también se observa con otras técnicas de reproducción asistida donde la filiación se determina por la voluntad procreacional: es padre o madre quien quiso serlo, con independencia del vínculo genético. El consentimiento informado es suficiente. Nadie exige que la madre que gestó un embrión con óvulo donado adopte a su propio hijo, ni se cuestiona la filiación del padre cuyo hijo nació de esperma donado. Sin embargo, en la gestación por sustitución, el ordenamiento no acepta la voluntad procreacional y mantiene el parto como única verdad jurídica para determinar la maternidad. El sistema aplica un criterio cuando le conviene y lo abandona cuando no. Lo que cambia no es el principio jurídico, es el modelo de familia al que se quiere dar cobertura.

Así, el ordenamiento español discrimina doblemente a la mujer en la filiación derivada de la gestación por sustitución: una respecto del hombre y otra respecto de otras mujeres que han accedido a la maternidad mediante otras técnicas de reproducción asistida. La reforma es imperativa.

La respuesta a la pregunta de quién es verdaderamente la "madre" en estos casos, depende del criterio que se aplique: si es el biológico-gestacional, madre es quien pare; si es el genético, madre es quien aporta el óvulo; si es el volitivo, la madre es quien tuvo la intención de serlo desde el principio, quien tomó la decisión y quien asumió el proyecto. Esta tesis defiende el criterio de la voluntad procreacional, porque es el único criterio capaz de dar una respuesta coherente a todos los supuestos, incluidos aquellos en los que no existe vínculo biológico ni gestacional, y el único que el propio ordenamiento ya reconoce, aunque de forma fragmentaria,

ya que, si la maternidad no es instinto, ni es solo biología, ni es únicamente gestación, entonces solo puede entenderse como un acto de voluntad, de querer ser madre. El criterio genético funciona cuando hay aportación genética propia. Cuando no la hay, el único criterio posible es la voluntad. Y el Derecho tiene la obligación de reconocerlo.

Ahora bien, la adopción del criterio de la voluntad procreacional exige resolver una objeción central: la eventual voluntad de la gestante de asumir la maternidad. Esta investigación sostiene que no todas las manifestaciones de voluntad son equivalentes desde el punto de vista jurídico. La voluntad relevante es la que da origen al proceso reproductivo, que se manifiesta de forma previa, consciente y estructural, y que implica la asunción del proyecto parental desde su inicio.

Por el contrario, una voluntad sobrevenida de la gestante no forma parte del diseño inicial del proceso, sino que lo contradice. El Derecho, en múltiples ámbitos, otorga prevalencia a la voluntad previa y formalizada frente a cambios posteriores que desnaturalizan la relación jurídica establecida, en aras de la seguridad jurídica. De lo contrario, se introduciría un grado de incertidumbre incompatible con la propia función del Derecho.

Precisamente por ello, la protección de la gestante no se articula a través de la prevalencia de una voluntad posterior, sino mediante la exigencia de garantías previas: un consentimiento libre, informado y prestado con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas del proceso. En este sentido, la intervención judicial previa y la verificación de los requisitos de idoneidad constituyen el verdadero mecanismo de protección, evitando que la validez del consentimiento quede sujeta a una eventual revisión posterior.

UNDÉCIMA: En cuanto a la naturaleza jurídica de esta práctica, uno de los argumentos más recurrentes contra la gestación por sustitución remunerada es considerarla una "venta de bebes". Esta investigación rechaza dicha afirmación: no solo es jurídicamente imprecisa, sino lógicamente insostenible cuando existe un vínculo genético entre los progenitores comitentes y el niño. Incluso en aquellos supuestos en los que no existe vínculo genético, este argumento tampoco se sostiene. No se trata de adquirir un objeto externo, sino del resultado de un proceso en el que los comitentes participan, ya sea a través de su aportación genética o de su voluntad procreacional. Aunque el Derecho admite la contratación sobre cosas futuras, esta lógica no es trasladable al nacimiento de una persona, que no puede ser considerada objeto de tráfico jurídico ni siquiera en potencia. El niño no es una "cosa futura" susceptible de compraventa,

sino un sujeto de derechos desde su nacimiento. Por ello, nunca puede constituir el objeto del contrato.

En consecuencia, en la gestación por sustitución remunerada no se paga por un ser humano, sino por un servicio: el de gestar. Confundir ambos planos no muestra rigor jurídico, sino que responde a un argumento que el discurso prohibicionista ha utilizado de forma deliberada para generar rechazo social. Esta distinción no es solo conceptual: tanto las normas internacionales como nacionales, prohíben la comercialización del cuerpo humano y de sus partes. Sin embargo, lo que se prohíben no es cualquier acto sobre el cuerpo, sino su venta, es decir, la obtención de una contraprestación a cambio del objeto mismo. Por eso el ordenamiento jurídico permite donar órganos, células, gametos, tejidos y sangre. Y por eso, en la gestación por sustitución, cuando lo que se remunera es el servicio de gestar y no el niño, no vulnera ninguno de estos principios. El niño no es el objeto del contrato. El servicio lo es.

Establecida esta distinción, si lo que se contrata es un servicio, la siguiente cuestión es si puede ser remunerado. La respuesta, desde el Derecho laboral, es clara: la contraprestación económica por un servicio no es explotación, todo lo contrario, y es lo que diferencia el trabajo del esclavismo. Imponer que la mujer geste gratis, no lo hace más digno, sino que puede suponer que la mujer asuma todo el coste físico sin recibir nada a cambio.

La distinción que hacía Roma entre la matrona y la mercenaria sigue proyectando su sombra hoy en día. La matrona cedía su capacidad de gestar por una causa mayor honorable, mientras que la mercenaria cobraba y era estigmatizada. La gestación altruista contemporánea se ha construido sobre el modelo de la matrona romana, pero encierra una contradicción. Mientras que la matrona actuaba al servicio del linaje masculino y del Estado, hoy, la gestante altruista lo hace por solidaridad con los progenitores, no como parte de un servicio público. Pero el hecho de que no exista remuneración no hace la práctica más digna, sino menos visible. Cuando una actividad que implica riesgos, esfuerzo y dedicación se presta sin contraprestación, el Derecho deja de tratarlo como un empleo. En ese punto, la similitud con el esclavismo no está en la coacción, sino en la falta de reconocimiento del trabajo realizado. La idea de altruismo hace invisible la labor reproductiva igual que el sistema romano invisibilizaba el de las mujeres que lo realizaban por obligación.

En este sentido, tanto en la Antigüedad como en determinados planteamientos modernos, la reproducción ha sido concebida como un servicio al Estado o a la comunidad. Sin embargo,

existe una diferencia fundamental: hoy, cuando un servicio se presta en beneficio de un interés público, este es reconocido y remunerado. Pretender que la gestación, sea una función social o solidaria, y deba realizarse sin contraprestación supone una contradicción difícil de sostener en un sistema jurídico que reconoce y retribuye cualquier otra forma de trabajo.

En España se tolera la prostitución: el uso del cuerpo de la mujer como objeto de servicio sexual a cambio de dinero. Pero se prohíbe que ese mismo cuerpo geste para dar vida a otro. Cuando se habla de "alquiler de útero" se hace de manera peyorativa y no es así cuando hablamos de cirujanos que usan sus manos o de mineros que usan sus pulmones. Solo cuando se trata del útero el lenguaje se vuelve mercantilista y estigmatizador.

Esta investigación concluye que lo que determina si una práctica es éticamente admisible no es la presencia o ausencia de precio, sino en el contexto en la que se produce: una libertad real, una información completa, una protección jurídica efectiva y una compensación justa. Donde esas garantías existen, la remuneración no degrada la gestación, sino todo lo contrario, la dignifica. Porque reconocer el valor de lo que una mujer hace con su cuerpo, en lugar de exigírselo gratuitamente, es precisamente lo contrario del esclavismo.

DUODÉCIMA. El menor nacido mediante gestación por sustitución es el sujeto más vulnerable y a la vez el más castigado por la inconsistencia del sistema. El ordenamiento español trata de forma desigual a ese niño respecto de cualquier otro nacido mediante otras técnicas de reproducción asistida, que desde un primer momento tiene el derecho a una filiación, a una nacionalidad y una identidad jurídica. En cambio, el nacido por gestación por sustitución está en un limbo temporal dependiendo de los recursos económicos y la capacidad burocrática de sus progenitores. El ordenamiento está penalizado al menor por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad, en vez de protegerlo en el momento de su nacimiento, como establece la Convención de los derechos del Niño. Sin embargo, en España se actúa al revés: se prohíbe la gestación por sustitución, pero cuando el niño ya ha nacido y surgen problemas, se intenta solucionarlos *a posteriori*. Además, se utiliza el interés del menor para justificar la prohibición, cuando en realidad esa falta de regulación es la que genera los problemas. Prohibir no evita que estas situaciones ocurran, porque las familias recurren a otros países igualmente. La única forma de proteger de verdad al menor es regularlo bien desde el principio. El Derecho no puede centrarse en la valoración abstracta de la técnica, sino en el bienestar concreto del menor ya nacido, que debe situarse en el centro del sistema jurídico desde el primer momento.

DECIMOTERCERA. El mito fundacional del rapto de las Sabinas puede interpretarse, en clave comparada como el antecedente remoto de lo que hoy se denomina turismo reproductivo. Aunque las formas fueron distintas el fundamento es el mismo: al no poder obtener capacidad gestante dentro del propio grupo, se recurre a cuerpos externos al mismo.

En Roma este desplazamiento incluía violencia y engaño; hoy adopta la forma de un fraude de ley al eludir las prohibiciones de nuestro país y recurrir a otros sistemas permisivos. En ambos casos, la lógica es la misma, cruzar una frontera para acceder a lo que el propio ordenamiento niega. La prohibición no ha impedido el turismo reproductivo. El modelo actual no impide la práctica, simplemente la externaliza. Traslada el problema a otros países, y luego *a posteriori* ha de gestionar con sus consecuencias jurídicas mediante soluciones casuísticas, costosas e injustas para el menor. El rapto de las Sabinas terminó en guerra y el turismo reproductivo termina en los juzgados. La prohibición sin regulación no es una política jurídica: es una delegación de responsabilidad hacia otros ordenamientos y una condena de desigualdad para quienes no pueden permitirse el coste económico y burocrático del proceso transnacional. Legislar no es capitular ante una realidad incómoda. Es hacer lo que el Derecho existe para ordenar con justicia, también cuando ocurre fuera de las fronteras. Un ordenamiento que prohíbe sin ofrecer alternativas no evita la práctica, simplemente renuncia a regularla y a asumir sus consecuencias.

DECIMOCUARTA. El análisis del derecho comparado muestra que la gestación por sustitución plantea un problema de regulación. Los países con un modelo permisivo tienen un sistema óptimo de protección de derechos fundamentales y sus ciudadanas no son consideradas mercancía. Sus ordenamientos internos, intentan equilibrar la autonomía reproductiva, la protección de la gestante y el interés superior del menor. Y funciona.

Ante la diversidad de jurisdicciones con un marco regulador de la gestación por sustitución estudiadas en esta investigación, consideramos que el modelo israelí es el que mejor encaja como referencia para una futura regulación española, no para ser copiado, sino como inspiración. Israel demuestra que es posible modular un sistema permisivo basado en el acceso a la parentalidad por necesidad médica acreditada, la protección de la mujer gestante mediante una evaluación institucional exhaustiva y previa, y la estabilidad jurídica del menor garantizada desde el inicio del proceso mediante autorización administrativa anticipada. No es un modelo contractualista puro, ni un modelo altruista, sino que es un modelo institucionalizado, donde el Estado no se inhibe ni prohíbe, sino que interviene, supervisa y garantiza. Esa intervención

pública previa, ese desplazamiento del control del registro *ex post* a la validación *ex ante*, es precisamente lo que el ordenamiento español necesita y no tiene.

Por tanto, el derecho comparado muestra que la incoherencia del sistema español actual, que prohíbe formalmente, pero tolera materialmente; que condena la práctica, pero reconoce a sus hijos; que invoca la dignidad de la mujer, pero no la protege cuando cruza una frontera para gestar, no es sostenible. El derecho comparado ofrece la prueba de que regular es posible, y de que hacerlo bien protege a todos los implicados mejor que cualquier prohibición.

DECIMOQUINTA. El ordenamiento jurídico español ha construido en materia de gestación por sustitución, lo que esta investigación califica como una esquizofrenia jurídica de manual. El artículo 10 de la Ley 14/2006 TRHA declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y establece la filiación corresponde a la madre gestante. Hasta aquí, la norma es clara. El problema es todo lo que ocurre después. La Sala Civil del Tribunal Supremo niega la filiación de los comitentes. La Sala Social del mismo Tribunal reconoce las prestaciones por maternidad y paternidad derivadas de un nacimiento por gestación por sustitución. La DGRN abrió durante años una vía registral indirecta que los tribunales luego cerraron. El menor es, simultáneamente, hijo y no hijo según el punto de vista jurídico desde el que se le mire. El contrato es nulo, pero sus efectos son reconocidos. La práctica está prohibida, pero sus consecuencias son jurídicamente gestionadas. Esto es una fractura estructural del sistema que el legislador español lleva décadas negándose a reparar.

Además, la prohibición no ha impedido el fraude de ley dentro del propio territorio nacional. Se han documentado casos que, mediante la manipulación de los mecanismos de filiación internos, se han logrado los efectos de una gestación por sustitución sin haber salido del país. La norma que pretende prohibir ha sido burlada desde dentro, lo que demuestra, una vez más, que la prohibición sin regulación no elimina la práctica: solo la empuja hacia la opacidad.

A ello se añade una grieta normativa. La Ley 4/2023, “Ley Trans”, reconoce el derecho a la rectificación registral del sexo. Ello implica que una persona registralmente reconocida como hombre puede, en determinados supuestos, gestar. Y en el artículo 10 LTRHA que habla de "mujer" como sujeto de la gestación, sin prever qué ocurre cuando quien gesta es una persona cuyo sexo registral es masculino.

Esta es la situación: una prohibición que no prohíbe del todo, un reconocimiento que no reconoce del todo, un sistema que condena la práctica por la mañana y gestiona sus efectos por la tarde, y una legislación que se resquebraja ante realidades que ella misma ha contribuido a crear. El diagnóstico es inequívoco. Lo que sigue: la propuesta.

DECIMOSEXTA. A lo largo de esta investigación el Derecho romano ha demostrado ser algo más que un antecedente histórico curioso. Es un laboratorio jurídico donde ya se ensayaron, bajo formas distintas, los mismos problemas que hoy plantea la gestación por sustitución. Roma supo separar la maternidad biológica de la filiación jurídica cuando las necesidades de la comunidad lo exigían. Roma construyó familias *patchwork* donde la intención valía tanto como los vínculos de sangre. Roma dejó claro que el *mater semper certa est* no era una verdad absoluta, sino una solución práctica a un problema de prueba, siendo el parto lo único que se podía ver y verificar. Roma conoció la vigilancia del embarazo a través del *curator ventris*, la intervención de terceros en la reproducción, la separación entre gestar y ser madre. Incluso desarrolló formas de lo que hoy podría calificarse como una "adopción prenatal", mediante acuerdos que anticipaban la atribución jurídica del hijo antes de su nacimiento. Del mismo modo, existieron prácticas de cesión de mujeres para la procreación, lo que confirma que estas soluciones no eran anomalías, sino manifestaciones coherentes con la lógica del sistema romano. Nada de lo que hoy plantea la gestación por sustitución es realmente nuevo. Lo que falta no son precedentes sino voluntad de usarlos.

Pero Roma y el presente comparten algo más que los problemas y es la razón que los mueve. En Roma, la gestación por sustitución no respondía solo a deseos privados de descendencia sino a una necesidad del Estado. Roma necesitaba ciudadanos para poblar primero la República y luego el Imperio, soldados para defenderlo, herederos para sostener el orden patrimonial y político. La reproducción era una función pública además de privada. Hoy, la lógica es la misma, aunque las razones hayan cambiado. España envejece. La natalidad cae. El sistema de pensiones se tensiona. La economía necesita población activa. El Estado tiene un interés legítimo en facilitar la reproducción como lo tenía Roma en su momento. La gestación por sustitución no es solo una cuestión de derechos individuales: es también una respuesta a una necesidad colectiva.

DÉCIMOSEPTIMA. Y hay una conclusión que esta investigación no puede dejar de establecer. Los romanos fueron, ante todo, juristas pragmáticos. Cuando se enfrentaron al problema de la descendencia, buscaron la solución más funcional disponible: la mujer que

podía gestar lo hacía, no porque fuera un objeto, sino porque era la única que biológicamente podía resolver ese problema. El derecho romano no teorizó en exceso: reguló lo que existía con criterio práctico. Y ese criterio práctico ha llegado hasta nuestros días. El derecho privado occidental moderno proviene del derecho romano. España aplica hoy soluciones ya previstas por los romanos en casi todos los ámbitos del derecho privado sin cuestionarlas. Si seguimos sus contratos, sus instituciones y sus principios en tantos otros ámbitos, no hay ninguna razón jurídica, histórica, ni lógica para rechazar precisamente en este punto, la herencia de un sistema que ya conoció el problema y ya experimentó soluciones. Lo que Roma no tuvo fue la tecnología para hacerlo con garantías, ni el marco de derechos fundamentales para hacerlo con la máxima dignidad. España tiene ambas cosas. La propuesta que sigue se apoya en esa herencia y la supera: incorpora lo que Roma no podía tener, que es la protección real de todos los sujetos implicados.

Esta investigación concluye con lo que debería haber sido el punto de partida del legislador español hace más de una década: la gestación por sustitución existe, ocurre, y seguirá ocurriendo con o sin ley. La única pregunta que España tiene pendiente no es si permitirla o prohibirla, sino si va a regularla con garantías o va a seguir abandonando a sus espaldas a las mujeres que gestan, a los menores que nacen y a las familias que se forman. Esta tesis defiende que España necesita una ley. Y defiende, con igual convicción, cómo debe ser esa ley.

El modelo que se propone parte de tres principios irrenunciables que deben vertebrar cualquier regulación constitucionalmente sostenible: la autonomía de la mujer gestante como sujeto de derechos y no como instrumento reproductivo, el interés superior del menor como criterio configurador previo y no como mecanismo corrector posterior, y la voluntad procreacional como fundamento de la filiación, anulando el determinismo biológico del *mater semper certa est*. Sobre estos tres ejes, la propuesta es la siguiente:

En cuanto a los sujetos, los progenitores comitentes deberán ser españoles o residentes legales, estar unidos por vínculo matrimonial o pareja de hecho inscrita, y acreditar la imposibilidad de gestar ya sea por causa médica certificada o por imposibilidad biológica derivada de la composición de la pareja. No se exigirá aportación genética propia cuando el proyecto parental se sustente en la voluntad procreacional acreditada. La gestante deberá ser mayor de veinticinco años, española o residente legal en situación regularizada, con plena capacidad jurídica y salud

física y psíquica certificada por un equipo multidisciplinar independiente, y haber tenido con anterioridad al menos un hijo propio, condición que garantiza que su consentimiento se presta con conocimiento real de lo que implica un embarazo. Se excluirá a mujeres en situación administrativa irregular, ya que el modelo exige una situación legal regular para poder operar con garantías para todas las partes.

En cuanto al modelo económico propuesto contempla una compensación económica justa que cubra todos los gastos del embarazo y parto, el lucro cesante durante la baja laboral, y una cantidad adicional por las molestias, riesgos físicos y emocionales del proceso. Esta compensación no podrá constituir un incentivo económico desproporcionado ni transformar la gestación en una fuente de lucro.

En cuanto al procedimiento, se inspira en el modelo israelí. Antes del inicio de cualquier proceso de implantación, las partes deberán obtener una autorización judicial preventiva que valide el contrato y verifique el cumplimiento de todos los requisitos. El procedimiento se desarrollará íntegramente en centros sanitarios acreditados, bajo supervisión de un equipo médico y psicológico registrado, y todos los casos quedarán inscritos en un Registro Nacional de Gestación por Sustitución coordinado entre el Ministerio de Sanidad, las Notarías y el Registro Civil.

En cuanto a la filiación, la propuesta establece que los progenitores comitentes quedarán inscritos como padres del menor desde el momento del nacimiento, en virtud de la autorización judicial previa (*pre-birth orders*). El principio *mater semper certa est* quedará expresamente desplazado en estos supuestos por el criterio de la voluntad procreacional, reconociendo así lo que esta investigación ha demostrado a lo largo de sus páginas: que la maternidad y la paternidad no son hechos biológicos inmutables, sino construcciones jurídicas que el Derecho ha definido siempre en función de las necesidades y la organización de cada sociedad. Ha llegado el momento que nuestro marco legal garantice la autonomía, la igualdad y la protección efectiva de quienes más lo necesitan.

En cuanto al consentimiento de la gestante, debe ser informado, libre, y previo a cualquier intervención médica. Sin embargo, y a diferencia de modelos como el portugués que han lastrado su propia viabilidad con amplios márgenes de revocación, esta propuesta considera que, una vez producida la implantación del embrión, el consentimiento no es revocable, porque el embrión implantado no es biológicamente de la gestante, y porque la revocación tardía

causaría un daño irreparable tanto al menor como a los comitentes. La evidencia empírica disponible confirma que los casos de arrepentimiento son extraordinariamente escasos cuando los requisitos de idoneidad se verifican correctamente. La protección de la gestante no se articula a través de la revocación, sino a través de la exigencia de garantías previas, del reconocimiento de su estatus como persona en situación de especial protección a efectos sanitarios y laborales, y de la responsabilidad civil y penal de los comitentes ante cualquier incumplimiento de sus obligaciones hacia ella.

España tiene todos los instrumentos constitucionales necesarios para legislar. El artículo 10 de la Constitución reconoce la dignidad de la persona. El artículo 14 garantiza la igualdad ante la ley. El artículo 39 ordena la protección integral de los hijos con independencia de su filiación. El artículo 10 LTRHA debe ser reformado. Lo que ha faltado hasta ahora no es base jurídica sino la voluntad política. Esta investigación concluye que esa voluntad no puede seguir demorándose. Cada año sin ley es un año más de menores en limbos registrales, de mujeres que gestan sin protección jurídica en el extranjero, de familias que pagan el precio de una incoherencia que el legislador podría resolver y no resuelve. El Derecho, como hemos aprendido de la Historia más antigua, existe para ordenar lo que ya ocurre. La gestación por sustitución ya ocurre. Solo falta la ley.

Procede, en este punto final, dar respuesta expresa a la hipótesis que vertebró esta investigación desde su inicio. Se partía de la premisa de que la regulación existente en España resulta insuficiente para dar una respuesta coherente a las situaciones derivadas de la gestación por sustitución, y de que el Derecho romano podía aportar criterios interpretativos útiles para afrontar ese déficit. Ambas premisas han quedado confirmadas. La insuficiencia del ordenamiento español no es una opinión: es un hecho documentado en cada contradicción entre la Sala Civil y la Sala Social del Tribunal Supremo, en cada menor nacido en el extranjero sin filiación reconocida, en cada mujer que ha tenido que cruzar una frontera para ejercer una decisión que el Estado le niega en su propio país. Y la búsqueda de precedentes romanos ha sido una fuente de criterios interpretativos de plena vigencia: la separación entre maternidad biológica y filiación jurídica, la subordinación del dato natural a la voluntad organizadora del derecho, la flexibilidad funcional de los vínculos familiares, la crisis de la máxima *mater semper certa est* como construcción histórica y no como verdad ontológica, todos ellos son instrumentos conceptuales que el ordenamiento romano ensayó primero y que el derecho contemporáneo necesita recuperar con nuevas garantías. La respuesta a la pregunta central de

esta tesis es, por tanto, afirmativa y sin reservas: sí es posible regular la gestación por sustitución en el ordenamiento español, sí existen bases históricas, comparadas y constitucionales para hacerlo, y sí hay un modelo que puede impulsar esa regulación de forma coherente, garantista y respetuosa con los derechos de todos los implicados. Lo que resta ya no es un problema jurídico. Es un problema de voluntad legislativa. Y eso, a diferencia del derecho, no lo resuelve ninguna tesis.

BIBLIOGRAFÍA

Agigian, Amy. *Baby Steps: How Lesbian Insemination Is Changing the World*. Middletown, CT: Wesleyan University Press, 2004.

Albert, Marta, Ángel Sánchez de la Torre y Cristina Fuertes-Planas Aleix. "Deconstrucción jurídica de la maternidad y determinación de la filiación". En *El derecho entre concepciones sistemáticas y visiones literarias*. Madrid: Dykinson, 2019.

Alon, I., M. Cassou, O. C. Golan, et al. "Mapping Ethical, Legal, and Social Implications (ELSI) of Gamete Donation". *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 41 (2024): 2855–2875. https://doi.org/10.1007/s10815-024-03229-z.

Amunátegui Perelló, Carlos Felipe. "El origen de los poderes del *paterfamilias*, II: el *paterfamilias* y la *manus*". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 29 (2007): 51–163.

Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.

Andreu Martínez, María Belén. "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis (2019): 64–85.

Atienza Macías, Elena. "Vilar González, Silvia. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado* (2018)". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n.º 155 (2019): 1271–1273. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2019.155.14963.

Attawet, J. "Reconsidering Surrogacy Legislation in Thailand". *Medico-Legal Journal* 90, n.º 1 (2022): 45–48. https://doi.org/10.1177/00258172221074246.

Atwood, Margaret. *The Handmaid's Tale*. Toronto: McClelland and Stewart, 1985.

Bachofen, Johann Jakob. *El matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*. Traducción de Mar Llinares García. Madrid: Akal, 1987.

Bachofen, Johann Jakob. *Myth, Religion, and Mother Right*. Princeton: Princeton University Press, 1973.

Badinter, Elisabeth. *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*. Barcelona: Paidós-Pomaire, 1981.

Badinter, Elisabeth. *Mother's Love: Myth and Reality*. New York: Macmillan, 1981.

Baelo Álvarez, Manuel. *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. Madrid: Dykinson, 2014.

Bandelli, Daniela. "How the European Union Deals with Surrogacy. Birth without Borders as a Driver of Value Conflicts?". *Gender, Technology and Development* 25, n.º 2 (2021): 228–245.

Barber Cárcamo, Roncesvalles. “La situación actual del derecho de filiación en España”. *Anuario de Derecho Civil* 76, n.º 4 (2024): 1376–1419.

Barbizet, Claude. *Blanche Edwards-Pilliet: femme et médecin, 1858–1941*. Le Mans: Cénomane, 1988.

Bardis, Panos D. “Marriage and Family Customs in Ancient Egypt: An Interdisciplinary Study: Part I”. *Social Science* 41, n.º 4 (1966): 229–245.

Bardis, Panos D. “The Ancient Greek Family”. *Social Science* 39, n.º 3 (1964): 156–175.

Baroin, Catherine. “Remembering One’s Ancestors, Following in Their Footsteps, Being Like Them: The Role and Forms of Family Memory in the Building of Identity”. En *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*, editado por V. Dasen y T. Späth, 19–48. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Bartol, Francisco. “La *Lex XII Tabularum* ex Cicerone”. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, n.º 1 (2006): 385-422. https://doi.org/10.5944/rduned.1.2006.10911.

Baslington, Hazel. “Anxiety Overflow: Implications of the IVF Surrogacy Case and the Ethical and Moral Limits of Reproductive Technologies in Britain”. *Women’s Studies International Forum* 19 (1996): 675–684.

Bauman, Zygmunt. *Amor líquido: Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Beaulieu, Paul-Alain. *A History of Babylon, 2200 BC–AD 75*. Blackwell History of the Ancient World. Chichester: John Wiley & Sons, 2018.

Beauvoir, Simone de. *The Second Sex*. Translated by Constance Borde y Sheila Malovany-Chevallier. New York: Vintage International, 2011.

Beleña López, A. *Sociopolítica del hecho religioso*. Madrid: Ed. Rialp, 2007.

Benedek, Therese. “The Psychobiology of Parenthood”. En *American Handbook of Psychiatry*, vol. 1, editado por Silvano Arieti, 5–12. New York: Basic Books, 1974. Edición digital, International Psychotherapy Institute, 2015

Benjamin, Don C., y Victor H. Matthews. *Old Testament Parallels: Laws and Stories from the Ancient Near East*. 3.ª ed. New York: Paulist Press, 2006.

Berend, Zsuzsa. *The Online World of Surrogacy*. New York: Berghahn Books, 2016.

Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, 43, n.º 2. Philadelphia: American Philosophical Society, 1953.

Berman, J. “Law Code as Story Line: Deuteronomy 24:16–25:10 and LH 1–5 as Literary Templates in Biblical and Mesopotamian Tradition”. Ponencia presentada en la reunión de la International Society of Biblical Literature (ISBL), Londres, julio de 2010.

Bermejo Barrera, José Carlos, Francisco Javier González García y Susana Reboreda Morillo. *Los orígenes de la mitología griega*. Madrid: Akal, 1996.

Bernstein, N. W. "Mourning the *puer delicatus*: Status Inconsistency and the Ethical Value of Fostering in Statius, *Silvae* 2.1". *American Journal of Philology* 126, nº 2 (2005): 257-280.

Betzig, Laura. "Sex, Succession, and Stratification in the First Six Civilizations: How Powerful Men Reproduced, Passed Power on to Their Sons, and Used Power to Defend Their Wealth, Women, and Children". En *Social Stratification and Socioeconomic Inequality*, vol. 1, 37–74. New York: Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, 1993.

Biblia de Jerusalén. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2009.

Blake, Lucy, Polly Casey, Jennifer Readings, Vasanti Jadva y Susan Golombok. "'Daddy Ran Out of Tadpoles': How Parents Tell Their Children That They Are Donor Conceived, and What Their 7 -Year Olds Understand". *Human Reproduction* 25, n.º 10 (2010): 2527–2534.

Blake, Lucy, Sarah Zadeh, Hannah Statham y Tabitha Freeman. "Families Created by Assisted Reproduction: Children's Perspectives". En *Relatedness in Assisted Reproduction: Families, Origins and Identities*, editado por Tabitha Freeman, Susanna Graham, Fatemeh Ebtehaj y Martin Richards. 251-269. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Bogucki, Peter. *Encyclopedia of Society and Culture in the Ancient World*. New York: Facts on File, 2008.

Bolton, Raquel. "Maternidad subrogada. Análisis desde la bioética". En *Enciclopedia de Bioética*, dirigida por José Juan García. Disponible en: https://enciclopediadebioetica.com/, consultado el 14 de enero de 2023.

Bonfante, Pietro. *Corso di diritto romano*. Vol. I: *Diritto di famiglia*. Milán: Hoepli, 1925.

Bongaarts, John. "Fertility and Reproductive Health". En *International Encyclopedia of Public Health*, editado por W. H. Heggenhougen, 392–399. San Diego: Academic Press, 2008.

Borrás Rodríguez, Alegría, Encarna Roca i Trias y Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. *El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho privado*. Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 1993.

Bowlby, John. *Attachment and Loss*. Vol. 1: *Attachment*. New York: Basic Books, 1969.

Bradley, K. R. "Sexual Regulations in Wet-Nursing Contracts from Roman Egypt". *Klio* 62 (1980): 321–326.

Bradley, K. R. "Wet Nursing at Rome: A Study in Social Relations". En *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, editado por Beryl Rawson, 201–232. London: Routledge, 1986.

Bradley, Keith. *Discovering the Roman Family: Studies in Roman Social History*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1991.

Bradley, Keith. *Slavery and Society at Rome*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

Bradley, Keith. "On the Roman Slave Supply and Slave Breeding". *Slavery & Abolition* 8, n.º 1 (1987): 44–64.

Bradley, Keith. "Virginity and the Status of Slave Women in Ancient Rome". *Journal of Roman Studies* 73 (1983): 83–84.

Bradley, Keith R. "Roman Slavery and Roman Law". *Historical Reflections / Réflexions Historiques* 15, n.º 3 (1988): 477–495.

Bradley, Keith R. "The Age at Time of Sale of Female Slaves". *Arethusa* 11, n.º 1/2 (1978): 243–252.

Bradley, Tim G. "Dislocation in the Roman Family". *Historical Reflections / Réflexions Historiques* 14, nº 1 (1987): 33–62.

Bravo, Gonzalo. *Historia de la Roma antigua*. Madrid: Alianza, 1998.

Briffault, Robert. *The Mothers: A Study of the Origins of Sentiments and Institutions*. New York: The Macmillan Company, 1927.

Brodzinsky, David M., y Marshall D. Schechter. *Talking About Adoption: Language and the Social Construction of Adoption*. New York: Center for Adoption Studies, 1990.

Brown, Peter. *El cuerpo y la sociedad*. Madrid: Muchnik, 1993.

Brundage, James A. *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

Brunet, Laurence, et al. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Bruselas: Parlamento Europeo, 2013. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_ET%282013%29474403, consultado el 20 de mayo de 2021.

Bryan, Betsy M. "In Women Good and Bad Fortune Are on Earth". En *Mistress of the House, Mistress of Heaven: Women in Ancient Egypt*, editado por Anne K. Capel y Glenn Markoe, 26–32. New York: Hudson Hills Press, 1996.

Bueno Delgado, Juan Antonio. "Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris* en Derecho romano y en el Derecho actual". En *Rights of Citizens and Their Protection: Collection of Reports and Papers Presented at the International Scientific Conference in Honour of Acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, Held on 6 November 2018*, 115–124. Bulgaria: New Bulgarian University, 2019.

Burin, Mabel, e Irene Meler. *Género y familia: poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1998.

Busby, Karen, y Delaney Vun. "Revisiting *The Handmaid's Tale*". *Canadian Journal of Family Law* 26 (2010): 13–93.

Cabezudo Bajo, María José. *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*. Madrid: Dykinson, 2024.

Cadoret, Anne. "The Contribution of Homoparental Families to the Current Debate on Kinship". En *Kinship Matters: European Cultures of Kinship in the Age of Biotechnology*, editado por Jeanette Edwards y Carles Salazar, 79-96. New York: Berghahn, 2008.

Cantarella, Eva, y María del Mar Llinares. *Según natura: la bisexualidad en el mundo antiguo*. Madrid: Ediciones Akal, 2021.

Cantarella, Eva. "L'usus e la *conventio in manum*". En *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. 6, 417–443. Milán: Giuffrè, 1971.

Cantarella, Eva. *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Madrid: Cátedra, 1996.

Cardó Soria, Graciela. "El mito de Deméter y Perséfone: la relación primaria con la madre y la feminidad". Ponencia presentada en el XXVI Congreso Latinoamericano de Psicoanálisis, Lima, 2006.

Carmeli, Daphna, y Marcia C. Inhorn. "Assisted Reproductive Technologies and Culture Change". *Annual Review of Anthropology* 37, n.º 1 (junio de 2008).

Casado Blanco, Mariano. "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada". *Revista Española de Medicina Legal* 40, n.º 2 (2014): 59–62.

Casado, María, y Mónica Navarro-Michel. *Documento sobre gestación por sustitución*. Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2019. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf, consultado el 14 de marzo de 2024.

Casas León, María Etelvina de las. *Las máximas "mater semper certa est" y "conceptus pro iam nato habetur": su evolución hasta el derecho actual*. Madrid: Dykinson, 2020.

Castán Pérez-Gómez, Santiago. "El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República". *Revista Internacional de Derecho Romano* 7 (2011): 367-425.

Castellanos Ruiz, Esperanza. "Novedades en torno a los efectos legales de la gestación subrogada según el derecho internacional privado español: el caso de Ana García Obregón ". *Derecho Privado y Constitución* 44 (2024): 125–173. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.44.04.

Castro Dassen, Horacio N., y Carlos A. González Sánchez. *Código de Lipit-Ištar*. *Lecciones y Ensayos*, n.º 39. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1969.

Cazorla González Serrano, M. del C., y E. Roca i Trias. *Reproducción humana asistida y anonimato: ¿violación o excepción al principio de verdad biológica?* 1.ª ed. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

Cepeda, Jesús. "Transmisión hereditaria a través de la mujer en la Grecia clásica". *Espacio, Tiempo y Forma. Serie II, Historia Antigua* 13 (2000): 159–186.

Černý, Jaroslav. "Consanguineous Marriages in Pharaonic Egypt". *The Journal of Egyptian Archaeology* 40 (1954): 23–29.

Champlin, E. *Final Judgments: Duty and Emotion in Roman Wills*. Berkeley: University of California Press, 1991.

Chiera, Edward. *They Wrote on Clay: The Babylonian Tablets Speak Today*. Chicago: University of Chicago Press, 1938.

Chodorow, Nancy. *The Reproduction of Mothering*. Berkeley: University of California Press, 1978.

Ciccarelli, Janice C., y Linda J. Beckman. "Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy". *Journal of Social Issues* 61 (2005): 29–35.

Cid López, R. M. "Madres sustitutas y oficios femeninos. Nodrizas y niñeras en la Roma antigua". En *Los trabajos de las mujeres en el mundo antiguo. Cuidado y mantenimiento de la vida*, editado por Ana Delgado Hervás y María Picazo Gurina, 129–138. Barcelona: Icaria, 2020.

Cid López, Rosa María. *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*. Oviedo: KRK Ediciones, 2009.

Cidoncha Redondo, Francisco. "Los hijos ilegítimos en la Hispania romana a través de las fuentes epigráficas". *Gerión. Revista de Historia Antigua* 38, n.º 1 (2020): 307–332.

Cohen, I. Glenn. "Circumvention Tourism". *Cornell Law Review* 97 (2012): 1309–1398.

Cohen, I. Glenn. "Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests". *Minnesota Law Review* 96 (2011): 423–488.

Cohen, Shaye J. D. *The Beginnings of Jewishness: Boundaries, Varieties, Uncertainties*. Berkeley: University of California Press, 1999.

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. *Memorias e informes sobre técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Ministerio de Sanidad, varios años.

Corbier, Mireille. "L'espace du féminin dans la société romaine." En *Histoire des femmes en Occident*, vol. 1: *L'Antiquité*, dirigido por Georges Duby y Michelle Perrot, 57–99. Paris: Plon, 1991.

Corea, Gena. *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*. New York: HarperCollins, 1985.

Crawford, Harriet. *Sumer and the Sumerians*. 2.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Crespo Ortiz de Zárate, S. *Nutrices en el Imperio romano, I*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2005.

Crespo Ortiz de Zárate, S. *Nutrices en el Imperio romano, II*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2006.

"Crónicas de legislación civil (enero–junio 2023)." *Ars Iuris Salmanticensis* 11 (2023): 139–144.

Crook, R. *Law and Life of Rome*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1967.

Cruz-Uribe, Eugene. "A New Look at the Adoption Papyrus." *The Journal of Egyptian Archaeology* 74 (1988): 220–223.

De las Casas León, María Etelvina, y Antonio Fernández de Buján. *Las máximas «mater semper certa est» y «conceptus pro iam nato habetur»: su evolución hasta el derecho actual*. Madrid: Dykinson, 2020.

De Simone, M. "Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie." *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo* 44 (2010–2011): 9–54.

Del Olmo, Carolina. "Cómo se vive la maternidad." En *Pensar la maternidad*, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, n.º 50. Barcelona, 2019.

Del Savio, Lorenzo, y Giulia Cavaliere. "The Problem with Commercial Surrogacy: A Reflection on Reproduction, Markets and Labour." *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.º 2 (2016): 73–91.

Delassus, Jacques M. *Devenir mère: histoire secrète de la maternité*. París: Dunod, 1998.

Deonandan, Raywat, A. Bente, y A. India. "India's Assisted Reproduction Bill and the Maternal Surrogacy Industry." *International Review of Social Sciences and Humanities* 4, n.º 1 (2012): 169–173.

Deonandan, Raywat, S. Green, y A. van Beinum. "Ethical Concerns for Maternal Surrogacy and Reproductive Tourism." *Journal of Medical Ethics* 38, n.º 12 (2012): 742–745.

Deonandan, Raywat. "Recent Trends in Reproductive Tourism and International Surrogacy: Ethical Considerations and Challenges for Policy." *Reproductive Health Matters* (2022): 111–119.

Derrida, Jacques. *Archive Fever: A Freudian Impression*. Traducido por Eric Prenowitz. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

Díaz Fraile, Juan María. "Gestación por sustitución: evolución de la doctrina…" Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad, 3 de diciembre de 2018. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com, consultado el 10 de enero de 2024

Díaz-Jiménez, Ángel Heraldo. "Arte y derecho: el Código de Hammurabi." *Revista Electrónica Dr. Zoilo E. Marinello Vidaurreta* 43, n.º 6 (2018).

Dixon, Suzanne. *The Roman Family*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1992.

Dixon, Suzanne. *The Roman Mother*. London: Routledge, 1988.

"Dosier sobre gestación por sustitución." *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 56 (2022). Disponible en: https://revistes.ub.edu/index.php/RBD, consultado el 15 de enero de 2023.

Drapkin, Israel. "Los 'Códigos' pre-hamurábicos." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 35, n.º 2 (1982): 325–346.

Driver, G. R., y John C. Miles. *The Assyrian Laws*. Oxford: Clarendon Press, 1935.

Duby, Georges, Michelle Perrot y Reyna Pastor. *Historia de las mujeres en Occidente*. Vol. 2: *Edad Media*. Madrid: Taurus, 2000.

Düll, Rudolf. *Studien zur Manusehe*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1977.

Duncan-Jones, Richard. "The Purpose and Organisation of the Alimenta." *Papers of the British School at Rome* 32 (1964): 123–146.

Duplá Marín, M.ª Teresa. "El presente del pasado: el principio *mater semper certa est* y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida." *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 22 (2019): 289–325.

Edwards, Robert G., y Patrick Steptoe. *A Matter of Life: The Story of a Medical Breakthrough*. London: Hutchinson, 1980.

Eggum, Bobi. "Global Legal Challenges of Cross-Border Surrogacy: A Comparative Analysis of Surrogacy Tourism." Septiembre de 2024: 1–17. doi:10.13140/RG.2.2.15243.50727.

Ehrenberg, Alain. *La fatiga de ser uno mismo: depresión y sociedad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2000.

Ergas, Yasmine. "Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy." *Emory International Law Review* 27 (2013): 117–168.

Ernoult, Nathalie. "Las madres en las ciudades ideales de Platón." *Mora* 15, n.º 1 (2009): 9–12.

Ernout, Alfred, y Antoine Meillet. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 9.ª ed. París: Klincksieck, 1939.

Escobar-Córdoba, Federico. "La esquiva definición del derecho, a la luz de los códigos mesopotámicos." *Universitas* 117 (julio–diciembre 2008): 65–114.

Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. "Cross-Border Reproductive Care: An Ethics Committee Opinion." *Fertility and Sterility* 104, n.º 1 (2015): 12–17. https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2015.03.002.

Eyre, C. J. "The Adoption Papyrus in Social Context." *The Journal of Egyptian Archaeology* 78 (1992): 207–221.

Farnós Amorós, Esther. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza." *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 56 (2022): 29–50.

Farnós Amorós, Esther. "La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización." En *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, coordinado por Pilar Benavente Moreda y Esther Farnós Amorós. *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXIX, n.º 2179 (junio de 2015): 191–197.

Faus Esteve, Ramón. *La vida licenciosa del cónyuge viudo y sus consecuencias jurídicas*. Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Santander, septiembre de 1950. Madrid: Colegio Notarial, 1959.

Fedele, F., G. Scaravelli, R. Spoletini, R. De Luca, V. Vigiliano, S. Bolli, L. Speziale, M. Mazzola, A. Bertini y C. Di Monte. "P-358 Comparison of the Legal Regulation of Surrogacy in Fifteen European Countries." *Human Reproduction* 40, suplemento 1 (junio de 2025): deaf097.664. https://doi.org/10.1093/humrep/deaf097.664.

Fenton-Glynn, Claire, y Jens M. Scherpe, eds. *Surrogacy, Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

Fernández Baquero, M. 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* 4 (2001): 273–298.

Fincke, Jeanette C. "Three Nuzi Texts from the British Museum and a Middle Assyrian Letter from the Aftermath of the Conquest of the Kingdom of Arraphe." *Altorientalische Forschungen* 41, n.º 1 (2014): 15–29.

Finkelstein, J. J. "The Laws of Ur-Nammu." *Journal of Cuneiform Studies* 22 (1969): 63–91.

Finley, M. I. "On the Roman Slave Supply and Slave Breeding." En *Classical Slavery*, 53–82. London: Frank Cass, 1987.

Finley, M. I. *Ancient Slavery and Modern Ideology*. New York: Viking Press, 1980.

Firestone, Shulamith. *The Dialectic of Sex*. London: The Women's Press, 1979.

Flax, Jane. "Forgotten Forms of Close Combat: Mothers and Daughters." En *Toward a New Psychology of Gender: A Reader*, editado por Mary M. Gergen y Sarah N. Davis, 311–324. New York: Routledge, 1997.

Flory, Marleen. "*Abducta Neroni Uxor*: The Historiographical Tradition on the Marriage of Octavian and Livia." *Transactions of the American Philological Association* 118 (1988): 343–359.

Foley, Helene P. *Female Acts in Greek Tragedy*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

Forcellini, Egidio. *Lexicon Totius Latinitatis*. Editado por Vincenzo De Vit. Padua: Typis Seminarii, 1864.

Franciosi, Gennaro. *Famiglia e persone in Roma antica*. Milán: Giuffrè, 1983.

Gafo, Javier. *Bioética teológica*. Editado por Julio L. Martínez. 3.ª ed. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003.

Gardner, Jane F. "Gender-Role Assumptions in Roman Law." *Echos du monde classique: Classical News and Views* 39, n.º 3 (1995): 377–400.

Gardner, Jane F. *Family and Familia in Roman Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Gardner, Jane F. *Women in Roman Law and Society*. Bloomington: Indiana University Press, 1986.

Gardner, Jane F., y Thomas E. Wiedemann. *The Roman Household: A Sourcebook*. London; New York: Routledge, 1991.

Gaudemet, Jean. "Observations sur la *manus*." *Archives d'Histoire du Droit Oriental* 2 (1953): 323–353.

Gergen, Kenneth. *El yo saturado*. Buenos Aires: Paidós, 1991.

Ghodrati, F. "A Comparative Study of Surrogacy Rights in Iran and European Countries: A Review Article." *Ethics, Medicine and Public Health* 27 (abril de 2023): 100880. https://doi.org/10.1016/j.jemep.2023.100880.

Giunti, Patrizia. *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*. Milano: Giuffrè, 1990.

Glare, P. G. W., ed. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

Golboni, Farzaneh, Mahnaz Noroozi, Masoud Bahrami, Mojgan Mirghafourvand y Mohammad Javad Tarrahi. "Factors Affecting on Couple's Decisions to Use Surrogacy: A Qualitative Study." *Journal of Family & Reproductive Health* 13, n.º 4 (2019): 201–208.

Golombok, Susan, Ann Brewaeys, M. T. Giavazzi, D. Guerra, Fiona MacCallum y John Rust. "The European Study of Assisted Reproduction Families: The Transition to Adolescence." *Human Reproduction* 17, nº 3 (2002): 830–840.

Golombok, Susan, et al. "Families Created Through Surrogacy: Mother–Child Relationships and Children's Psychological Adjustment." *Developmental Psychology* 42, n.º 6 (2006): 1229–1240.

Golombok, Susan, Fiona MacCallum, Clare Murray, Elizabeth Lycett y Vasanti Jadva. "Surrogacy Families: Parental Functioning, Parent-Child Relationships and Children's Psychological Development at Age 2." *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 47, nº 2 (2006): 213–222.

Golombok, Susan, Fiona MacCallum, Clare Murray, Vasanti Jadva y Elizabeth Lycett. "Surrogacy Families: Parental Functioning, Parent–Child Relationships and Children's Psychological Development at Age 7." *Developmental Psychology* 47, nº 6 (2011):1-18.

Golombok, Susan, Lucy Owen, Lucy Blake, Clare Murray y Vasanti Jadva. "Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of 18-Year-Old Adolescents Conceived by In Vitro Fertilisation." *Human Fertility* 12, nº 2 (2009): 63–72.

Golombok, Susan, Vasanti Jadva, Elizabeth Lycett, Clare Murray y Fiona MacCallum. "Families Created by Gamete Donation: Follow-up at Age 2." *Human Reproduction* 20, n.º 1 (2005): 286–293.

Golombok, Susan. *Modern Families: Parents and Children in New Family Forms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

González Gutiérrez, Patricia. "La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia." *Gerión. Revista de Historia Antigua* 35, n.º 1 (2017): 101–118.

González, María, et al. "Adopción internacional en España: situación actual y perfil del menor adoptado." *Anales de Pediatría* 82, n.º 2 (2015): 95–102.

Goody, Jack. *Production and Reproduction: A Comparative Study of the Domestic Domain*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

Gordon, M. L. "The Freedman's Son in Municipal Life." *Journal of Roman Studies* 21 (1931): 65–77.

Greengus, Samuel. "Legal and Social Institutions of Ancient Mesopotamia." En *Civilizations of the Ancient Near East*, editado por Jack M. Sasson, 469–484. New York: Scribner, 1995.

Grimal, Pierre. *La civilización romana: vida, costumbres, leyes, artes*. Traducido por J. de C. Serra Ràfols. Barcelona: Paidós, 2007.

Guarino, Antonio. *Storia del diritto romano*. 10.ª ed. Napoli: Jovene, 1994.

Guillén, José. “El latín de las XII Tablas.” *Revista Helmántica* 20, núms. 61–63 (1969): 78–84.

Gunnarsson Payne, Jenny, et al. “Surrogacy Relationships: A Critical Interpretative Review.” *Upsala Journal of Medical Sciences* 125, n.º 2 (2020): 183–191. https://doi.org/10.1080/03009734.2020.1725935.

Gurney, O. R., y Samuel Noah Kramer. “Two Fragments of Sumerian Laws.” *Assyriological Studies* 16. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

Gutiérrez Alviz, F. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982.

Hackett, Jo Ann, y John Huehnergard. “On Breaking Teeth.” *Harvard Theological Review* 77, n.º 3–4 (1984): 259-275.

Hackworth Petersen, Lauren, y Patricia B. Salzman-Mitchell. *Mothering and Motherhood in Ancient Greece and Rome*. Austin: University of Texas Press, 2012.

Hammarberg, Karin, et al. “Intended Parents’ Motivations and Information and Support Needs When Seeking Extraterritorial Compensated Surrogacy.” *Reproductive BioMedicine Online* 31, n.º 5 (2015): 689–696.

Hanisch, Hugo. “Historia de la doctrina y legislación del matrimonio.” *Revista Chilena de Derecho* 7, núms. 1–6 (1980): 467–498.

Harders, Ann-Cathrin. “Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition.” En *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*, editado por V. Dasen y T. Späth, 49–72. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Harper, Kyle. *From Shame to Sin*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

Harris, Rivkah. “The Case of Three Babylonian Marriage Contracts.” *Journal of Near Eastern Studies* 33, nº 4 (1974): 363–369.

Harris, Rivkah. “The Nadītu Woman.” En *Studies Presented to A. Leo Oppenheim*, 106–115. Chicago: University of Chicago Press, 1964.

Harris, William V. *Rome and Its Slaves*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Hays, Sharon. *The Cultural Contradictions of Motherhood*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Hemelrijk, E. A. “Masculinity and Femininity in the *Laudatio Turiae*.” *Classical Quarterly* 54, n.º 1 (2004): 185–197.

Hernández Ibáñez, Carmen. “La atribución de la maternidad en la gestación contratada.” En *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987*, 443–450. Madrid: Trivium, 1988.

Herrero Medina, Miguel. "El divorcio de Espurio Carvilio Ruga: un caso paradigmático." *Diritto e Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 17 (2019).

Hersch, Karen K. *The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Hidalgo de la Vega, María José. *Las emperatrices romanas: sueños de púrpura y poder oculto*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.

Hirsch, H. "Eine Kleinigkeit zur Heiratsurkunde ICK 1,3." *Orientalia* 35, n.º 3 (1966): 279–280.

Hopkins, Keith. "Brother-Sister Marriage in Roman Egypt." *Comparative Studies in Society and History* 22, nº 3 (1980): 303–354.

Hopkins, Keith. *Conquerors and Slaves*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

Hopkins, M. K. "The Age of Roman Girls at Marriage." *Population Studies* 18, n.º 3 (1965): 309–327.

Hopwood, Nick, Rebecca Flemming y Lauren Kassell, eds. *Reproduction: Antiquity to the Present Day*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Hornblower, Simon, y Antony Spawforth, eds. *The Oxford Classical Dictionary*. 3.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Horsfall, N. "Some Problems in the *Laudatio Turiae*." *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 30 (1983): 85–98.

Huffer, Lynne. *Maternal Pasts, Feminist Futures: Nostalgia, Ethics, and the Question of Difference*. Stanford: Stanford University Press, 1998.

Hug, Angela. "The Place of Marriage and Children in Roman Society." En *Fertility, Ideology, and the Cultural Politics of Reproduction at Rome*. Leiden: Brill, 2023.

Humboldt, Alexander von, y Aimé Bonpland. *Personal Narrative of Travels to the Equinoctial Regions of the New Continent during the Years 1799–1804*. London: Longman, 1821.

Huxtable, Richard. "The Suicide Tourist Trap: Compromise Across Boundaries." *Journal of Bioethical Inquiry* 6, n.º 3 (2009): 327–336. https://doi.org/10.1007/s11673-009-9170-5.

Igareda González, Noelia. "La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España." *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 21 (2015): 3–19.

Imrie, Sarah, y Vasanti Jadva. "Surrogacy: Experiences, Motivations and Relationships." *Human Reproduction* 29 (2014): 1892–1901.

Imrie, Sarah, y Vasanti Jadva. "The Long-Term Experiences of Surrogate Mothers." *Reproductive BioMedicine Online* 41 (2020).

Inhorn, Marcia C., y Daphna Birenbaum-Carmeli. "Assisted Reproductive Technologies and Culture Change." *Annual Review of Anthropology* 37 (2008). https://doi.org/10.1146/annurev.anthro.37.081407.085230.

Inhorn, Marcia C., y Pasquale Patrizio. "Reproductive Tourism and the Regulatory Map." *Reproductive BioMedicine Online* 16, n.º 4 (2008): 545–554. https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2008.02.017.

Jacobus, Helen R. "Slave Wives and Transgressive Unions in Biblical and Ancient Near Eastern Laws and Literature." En *Leviticus and Numbers*, 55-75. *Library of Hebrew Bible/Old Testament Studies*. London: Bloomsbury T&T Clark, 2013.

Jadva, Vasanti, Lucy Blake, Polly Casey y Susan Golombok. "Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children's Understanding of Their Surrogacy Origins." *Human Reproduction* 27, n.º 10 (2012): 3008–3014. https://doi.org/10.1093/humrep/des273.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 2012.

Johns, C. H. W. "Three New Books on the Code of Hammurabi, or Babylonian Law." *The Jewish Quarterly Review* 16, n.º 2 (1904): 396–402.

Johnston, Jill. "The Ethics of Outsourcing Surrogate Motherhood to India." *Medscape Journal of Medicine* 10, nº 2 (2008): 35.

Jursa, Michael. "Cuneiform Writing in Neo-Babylonian Temple Communities." En *The Oxford Handbook of Cuneiform Culture*, editado por Karen Radner y Eleanor Robson, 184–186. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Kampen, Natalie. *Family Fictions in Roman Art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Karahashi, Fumi. "On the Cultic Aspect of the 'Reforms of Urukagina': Some Changes in the Festival of the Goddess Baba." *Orient* 55 (2020): 63–70.

Kaser, Max. *Derecho privado romano*. Madrid: Reus, 1999.

Kaslow, Florence, y Lita Linzer Schwartz. "To Whom Does the Fetus or Baby Belong?: Surrogate Motherhood and Family Psychology/Therapy." *The American Journal of Family Therapy* 18, n.º 4 (1990): 385–392. https://doi.org/10.1080/01926189008250987.

Klíma, Josef. *Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia*. Traducido por Matilde Moreno. 4.ª ed. Madrid: Akal, 1995.

Knibiehler, Yvonne. *Historia de las madres y de la maternidad en Occidente*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2001.

Koschaker, Paul. "Die Eheformen bei den Indogermanen." En *Deutsche Landesreferate. II Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung*. La Haya, 1937.

Kramer, Samuel Noah. *History Begins at Sumer: Thirty-Nine 'Firsts' in Recorded History*. 3.ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1981.

Kramer, Samuel Noah. *The Sumerians: Their History, Culture, and Character*. Chicago: University of Chicago Press, 1963.

Kuhrt, Amelie. "Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor." *American Journal of Legal History* 41, n.º 1 (1997): 143–145.

Lamm, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho." *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2012): 1–49.

Lamm, Eleonora, y N. Rubaja. "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional: los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global." *Revista de Bioética y Derecho* 37 (2016): 149–170.

Lamm, Eleonora. "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución." *Gaceta Sanitaria* 31, n.º 6 (2017): 539–540.

Lamm, Eleonora. "Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos." *AIS: Ars Iuris Salmanticensis* 4, n.º 1 (2016): 61–107.

Landau, Peter. "Gratian and the Development of the Canon Law of Marriage: From Sacrament to Contract." *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 73 (1987): 258–280.

Laqueur, Thomas. *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

Lara Peinado, Federico. *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos, 1992.

Larsen, Mogens T. *Ancient Kanesh: A Merchant Colony in Bronze Age Anatolia*. New York: Cambridge University Press, 2015.

Lenel, Otto. *Das Edictum Perpetuum*. Leipzig, 1927.

Levin-Richardson, Sarah. "Vernae and Prostitution at Pompeii." *The Classical Quarterly* 73 (2023): 1–7.

Lévi-Strauss, Claude. *The Elementary Structures of Kinship*. Boston: Beacon Press, 1969.

Lewis, Charlton T., y Charles Short. *A Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1879.

Lewy, Julius. “On Some Institutions of the Old Assyrian Empire.” *Hebrew Union College Annual* 27 (1956): 1–79.

Lloyd, Genevieve. *The Man of Reason: “Male” and “Female” in Western Philosophy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993.

López de la Vieja, María Teresa, José María G. Gómez-Heras, María Teresa López de la Vieja, et al. *Bioética: entre la medicina y la ética*. 1.ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.

López Gueto, María Aurora. “La condición jurídica de la mujer en el Derecho romano clásico.” *Pólemos*, 2020.

López Moratalla, Natalia. “Partenogénesis.” *Cuadernos de Bioética* 15, núm. 55 (2004): 405–416.

Loraux, Nicole. *The Experiences of Tiresias: The Feminine and the Greek Man*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

Loraux, Nicole. *Nacido de la tierra: mito y política en Atenas*. Traducido por Diego Tatián. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

Macuch, Maria. “The Function of Temporary Marriage in the Context of Sasanian Family Law.” En *Proceedings of the Fifth Conference of the Societas Iranologica Europe Held in Ravenna, October 6–11, 2003*. Vol. 1, *Ancient and Middle Iranian Studies*, editado por A. Panaino y A. Piras, 585–597. Milano: Mimesis, 2006.

Macuch, Maria. “The Pahlavi Model Marriage Contract in the Light of Sasanian Family Law.” En *Iranian Languages and Texts from Iran and Turan: Ronald E. Emmerick Memorial Volume*, editado por M. Macuch, M. Maggi y W. Sundermann, 183–204. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag, 2007.

Maksymiuk, Katarzyna. “Marriage and Divorce Law in Pre-Islamic Persia: Legal Status of the Sassanid Woman (224–651 AD).” *Cogent Arts & Humanities* 6 (2019): 1703430.

Mamo, Laura. *Queering Reproduction: Achieving Pregnancy in the Age of Technoscience*. Durham, NC: Duke University Press, 2007.

Mangas Manjarrés, Julio, dir. *Akal historia del mundo antiguo*. Madrid: Akal, 1991.

Markens, Susan. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*. Berkeley: University of California Press, 2007.

Martín Ayala, María, y Javier García Amez. “Turismo reproductivo y maternidad subrogada.” *Derecho y Salud* 27, n.º 1 (2017): 200–208.

Martín López, E. *Textos de sociología de la familia: una relectura de los clásicos (Linton, Tönnies, Weber y Simmel)*. Madrid, 1993.

Martínez-Pinna, Jorge. “La madre de Rómulo y Remo.” *Hormos: Ricerche di Storia Antica*, n.s. 3 (2011): 120–129.

Martínez Rodríguez, N. “Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366]: Aspectos civiles.” *AIS: Ars Iuris Salmanticensis* 11, n.º 2 (2023): 139–144.

Matia Portilla, Francisco Javier, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, dirs. *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Matia Portilla, Francisco Javier. “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?” En *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, dirigido por Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, 82-125**.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Matthews, Victor H., y Don C. Benjamin. *Old Testament Parallels: Laws and Stories from the Ancient Near East*. 3.ª ed. rev. y amp. New York: Paulist Press, 1997.

McAuley, Máiréad. *Reproducing Rome: Motherhood in Virgil, Ovid, Seneca, and Statius*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

McGinn, Thomas A. J. *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*. New York: Oxford University Press, 2003.

Mead, Margaret. *Male and Female: A Study of the Sexes in a Changing World*. New York: William Morrow, 1949.

Meghani, Zubin A. “A Robust, Particularist Ethical Assessment of Medical Tourism.” *Developing World Bioethics* 11, n.º 1 (2011): 16–29. https:// /doi/10.1111/j.1471-8847.2010.00282.x

Mentxaca, R. “Turia. Un ejemplo de *mulier fortis* romana.” En *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*, editado por R. Rodríguez López y M. J. Bravo Bosch, 90–120. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Merotto, M. F. “Il corpo mercificato. Per una rilettura del *meretricium* in diritto romano.” En *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche II*, editado por Luigi Garofalo, 244–283. Pisa: Pacini, 2017.

Micolta-León, Amparo. “Apuntes históricos de la paternidad y la maternidad.” *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e Intervención Social*, n.º 13 (2008): 89–121.

Middleton, Russell. “Brother-Sister and Father-Daughter Marriage in Ancient Egypt.” *American Sociological Review* 27, nº 5 (1962): 603–611.

Millar, Fergus. *The Emperor in the Roman World (31 BC–AD 337)*. London: Duckworth, 1992.

Milnor, K. *Gender, Domesticity, and the Age of Augustus: Inventing Private Life*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Mirón Pérez, María Dolores. "*Oíkos* y *oikonomía*: el análisis de las unidades domésticas de producción y reproducción en el estudio de la economía antigua." *Gerión. Revista de Historia Antigua* 21 (2003): 61–79.

Molas Font, Dolores. "La maternidad usurpada en leyenda sobre los orígenes de Roma." En *Madre y maternidades: construcciones culturales en la civilización clásica*, editado por Rosa María Cid López, 138–154. Oviedo: KRK Ediciones, 2009.

Molas i Font, M. Dolors. "Las violencias contra las mujeres en la poesía griega: de Homero a Eurípides." En *La violencia de género en la antigüedad*, 33–62. Madrid: Instituto de la Mujer, 2006.

Molina, Manuel. *La ley más antigua: Textos legales sumerios*. Madrid: Trotta; Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

Molina, María Elisa. "Transformaciones histórico-culturales del concepto de maternidad y sus repercusiones en la identidad de la mujer." *Psykhe* 15, n.º 2 (2006): 93-103.

Morán De Vicenzi, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA, 2005.

Moreno Alhambra, Sara, et al. "Efectos psicológicos de la gestación subrogada en la madre gestante." *Revista Sanitaria de Investigación*, 16 de febrero de 2024. Disponible en: https://revistasanitariadeinvestigacion.com/efectos-psicologicos-de-la-gestacion-subrogada-en-la-madre-gestante/, consultado el 10 de abril de 2024.

Moreno de la Fuente, M.ª Inmaculada. "La gestación por sustitución: derecho internacional y derecho comparado." *Revista General de Derecho Constitucional* 25 (2017). Disponible en: Revistas@iustel.com, consultado el 6 de febrero de 2020.

Muffs, Yochanan, y Baruch A. Levine. *Studies in the Aramaic Legal Papyri from Elephantine*. Leiden: Brill, 2003.

Müller, Karl, ed. *Fragmenta Historicorum Graecorum*. Vol. III. París: Ambroise Firmin-Didot, 1849.

Muñoz Catalán, Elisa. "La impotencia *generandi* en el matrimonio romano homosexual." *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 16, n.º 2 (2013): 211–230.

Nahman, Michal Rachel. "Reproductive Tourism Through the Anthropological 'Reproscope'." *Annual Review of Anthropology* 42 (2013): 417–432. https://doi.org/10.1146/annurev-anthro-092412-155444.

Navarro Martínez, María del Mar. "Análisis de la iniciativa legislativa popular española de gestación subrogada." En *Questioni di inizio vita*, editado por Lorenzo Chieffi y José Ramón Salcedo Hernández, 419–431. Milán: Mimesis Edizioni, 2015.

Navarro-Michel, Mónica. "La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales." *Revista de Bioética y Derecho* 56 (2022): 4–28.

Nielsen, Sigismund. “Alumnus: A Term of Relation Denoting Quasi-Adoption.” *Classica et Mediaevalia* (1987): 141–188.

Nielsen, Sigismund. “*Delicia* in Roman Literature and in the Urban Inscriptions.” *Analecta Romana Instituti Danici* 19 (1990): 79–89.

Nielsen, Sigismund. “*Ditis examen domus?* On the Use of the Term *verna* in the Roman Epigraphical and Literary Sources.” *Classica et Mediaevalia* 42 (1991): 221–240.

Nieto García, Alejandro. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense, 2001.

Nishitani, Yuko. “Surrogacy Under the Shadow of Globalization.” *NYU Journal of International Law and Politics* 56 (2024): 311–335. Disponible en: https://www.nyujilp.org, consultado el 3 de noviembre de 2025.

Núñez Paz, María Isabel, y Pilar Jiménez Blanco, eds. *Mujer: sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*. Coordinado por Leonor Suárez Llanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Núñez Paz, María Isabel. “El Derecho romano y las madres. La necesaria regulación de la maternidad: de la cesión del vientre al ejercicio de la tutela.” En *Mujer: sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, coordinado por Leonor Suárez Llanos, 255–291. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Núñez Paz, María Isabel. “La *voluntas* de las madres comitentes versus el *uterus* de las madres gestantes.” En *Mujer: sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, coordinado por Leonor Suárez Llanos, 23–52. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Núñez Paz, María Isabel. “Mujeres romanas, filiación y divorcio.” En *El derecho y la justicia*, editado por Leonor Suárez Llanos, 419-442.Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Núñez Paz, María Isabel. “Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater semper certa est*.” *e-Legal History Review*, n.º 28 (2018): 49–66.

Núñez Paz, María Isabel. *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1988.

O’Reilly, Andrea, ed. *Encyclopedia of Motherhood*. Vol. 2. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2010.

Oiberman, Alicia. “Historia de las madres en Occidente: repensar la maternidad.” *Psicodebate* (2015): 115–130.

Palomar Verea, Cristina. “Maternidad: historia y cultura.” *Revista de Estudios de Género. La Ventana* 22 (2005): 36–67

Pande, Amrita. *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014.

Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho romano*. 5.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Panero Oria, Patricia. "Precedentes de la gestación por sustitución." En *A locatio conductio. Influência nos direitos actuais*. Oporto (2018): 787-795.

Panero Oria, Patricia. "Surrogacy; A Regression to a Patriarchal Society Free of Social Policies?" *Journal of Modern Science* 40, n.º 1 (2019): 115–124.

Panero, Patricia. "El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho." *Revista Internacional de Derecho Romano* (2010): 92–125.

Parker, Andrew. *The Theorist's Mother*. Durham: Duke University Press, 2012.

Parra Martín, María Dolores. *Mujer y concubinato en la sociedad romana*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005.

Partridge, E., M. Davey, M. Hornick, et al. "An Extra-Uterine System to Physiologically Support the Extreme Premature Lamb." *Nature Communications* 8, n.º 1 (2017): 2–14.

Pastor Muñoz, Mauricio, y Sabino Perea Yébenes. "Dos monumentos epigráficos inéditos." *Florentia Iliberritana*, n.º 27 (2017): 215–240.

Patai, Raphael. *Sex and Family in the Bible and the Middle East*. Garden City, NY: Doubleday, 1959.

Peng, Lina. "Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative." *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 21, n.º 3 (2013): 555–582.

Pennings, Guido. "Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion." *Journal of Medical Ethics* 28, n.º 6 (2002): 337–341. https://doi.org/10.1136/jme.28.6.337.

Pérez Gómez, Leonor. "Entre comedia, amor y tragedia. Mujer y matrimonio en Roma." En *Ideas de mujer: facetas de lo femenino en la Antigüedad*, editado por Rosario López Gregoris y Luis Unceta Gómez, 219–236. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2011.

Pertman, Adam. *Adoption Nation: How the Adoption Revolution is Transforming America*. Boston: Harvard Common Press, 2011.

Pfeiffer, R. H. "An Analysis of the Hammurabi Code." *The American Journal of Semitic Languages and Literatures* 36, n.º 4 (1920): 310–315.

Piro, Isabella. *"Usu" in manum convenire*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

Piro, Isabella. "Il fenomeno delle spose bambine. Una piaga non solo antica." En *No tan lejano. Una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, editado por María José

Bravo Bosch, Alicia Valmaña Ochaíta y Rosalía Rodríguez López, 67–82. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Pomeroy, Sarah B. *Goddesses, Whores, Wives and Slaves: Women in Classical Antiquity*. London: The Bodley Head, 2016.

Potts, D. T. *Aspects of Kinship in Ancient Iran*. Oakland: University of California Press, 2023. https://doi.org/10.1525/luminos.164.

Powers, David. "From Nuzi to Medina: Q. 4:12b Revisited." En *Structures of Power: Law and Gender Across the Ancient Near East and Beyond*, editado por Peled Ilan. Chicago: The Oriental Institute of the University of Chicago, (2015): 181-210.

Quintano Martínez, Paula. "Las mujeres en la familia y el *oikos* de la Atenas clásica." En *VII Congreso virtual sobre Historia de las Mujeres*, editado por Manuel Cabrera Espinosa y Juan Antonio López Cordero, 679–696. 2015.

Radin, Margaret Jane. "What, If Anything, Is Wrong with Baby Selling?" *McGeorge Law Review* 26, n.º 2 (1995): 135–145.

Radner, Karen, Nadine Moeller y Daniel T. Potts. *The Oxford History of the Ancient Near East*. Vol. 1: *From the Beginnings to Old Kingdom Egypt and the Dynasty of Akkad*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Ragoné, Helena. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*. Boulder, CO: Westview Press, 1994.

Raposo, Vera Lucía. "The New Portuguese Law on Surrogacy: The Story of How a Promising Law Does Not Really Regulate Surrogacy Arrangements." *JBRA Assisted Reproduction* 21, n.º 3 (2017): 230–239.

Rawson, Beryl. "'Spurii' and the Roman View of Illegitimacy." *Antichthon* 23 (1989): 10–41.

Rawson, Beryl. "Degrees of Freedom: *Vernae* and Junian Latins in the Roman *familia*." En *Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture*. Oxford: Oxford University Press, (2010): 195-222.

Rawson, Beryl. "The Roman Family." En *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*. London: Routledge, (1992): 1-57.

Rawson, Beryl. *Children and Childhood in Roman Italy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Rawson, Beryl. *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*. Canberra: Humanities Research Centre, 1996.

Rawson, Beryl. *The Family in Ancient Rome*. London: Croom Helm, 1986.

Raymond, Janice G. *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*. San Francisco: HarperCollins, 1993.

Reguera Cabezas, Marta, y Joaquín Cayón-de las Cuevas. *Criobiología y reproducción asistida: implicaciones éticas y clínicas*. Barcelona: Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, 2021.

Ribeiro, S., y M. Moura Ramos. "Examining Information, Willingness to Donate and Beliefs Regarding Gamete Donation among People of Reproductive Age." *Human Reproduction* 39, supl. 1 (2024): deae108.830. https://doi.org/10.1093/humrep/deae108.830.

Robert, N. *Eros romano: sexo y moral en la Antigua Roma*. Madrid: Editorial Complutense, 1999.

Roberts, Edward A., y Bárbara Pastor. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid, 1996.

Robins, Gay. *Women in Ancient Egypt*. London: British Museum Press, 1998.

Roca i Trias, Encarna. "La incidencia de la inseminación fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional." En *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid: Trivium (1988):17-50.

Rodríguez-Jaume, María José, María José González-Río y Diana Jareño-Ruiz. "Preguntas y respuestas sobre la gestación por sustitución: los estudios de opinión pública a revisión." *Política y Sociedad* 56, n.º 2 (2019): 295–316.

Rodríguez-Jaume, María José, María José González-Río y Pablo Caballero Pérez. "La opinión pública española sobre la gestación por sustitución." *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 182 (2023): 119–138.

Romeo Casabona, Carlos María. "25 años de legislación biomédica en España." *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n.º 56 (2022): 15–25.

Romeo Casabona, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Roth, Martha T. *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2.ª ed. Atlanta: Scholars Press, 1997.

Roth, Martha T. *The Neo-Babylonian Marriage Contract Corpus*. Tesis doctoral, University of Chicago, 1989.

Rousseau, Jean-Jacques. *Emile, or, On Education*. Traducido por William H. Payne. Amherst, NY: Prometheus Books, 2003.

Roux, Georges, et al. *Mesopotamia: historia política, económica y cultural*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

Roy, J. "Polis and *Oikos* in Classical Athens." *Greece and Rome* 46, n.º 1 (1999): 1–18.

Rubiera Cancelas, Carla. “Pequeñas voces: la experiencia de la infancia esclava en la sociedad romana antigua.” En *Las edades vulnerables: infancia y vejez en la Antigüedad*, 139–162. Gijón: Trea, 2018.

Rubiera Cancelas, Carla. *La esclavitud femenina en la Roma Antigua: famulae, ancillae et servae*. Oviedo: Ediciones Trabe, 2014.

Ruiz Morell, Olga. “El levirato: del mundo bíblico al judaísmo clásico.” *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos. Sección Hebreo* (2008): 213–245.

Ruiz Robledillo, Nicolás, y Luis Moya Albiol. “Gestational Surrogacy: Psychosocial Aspects.” *Psychosocial Intervention* 25, nº 3 (2016): 187–193. https://doi.org/10.1016/j.psi.2016.05.001.

Salem, Sema’an I., y Lynda A. Salem. *The Near East: The Cradle of Western Civilization*. Lincoln: iUniverse, 2000.

Sandelowski, Margarete. *With Child in Mind: Studies of the Personal Encounter with Infertility*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993.

Sanmartín Ascaso, Joaquín. “El derecho y su formulación en los edictos y colecciones legales babilónicos.” *Historiae* 10 (2013): 1–16.

Sau, Victoria. *Reflexiones feministas para principios de siglo*. Madrid: Horas y Horas, 2000.

Schiebinger, Londa. *The Mind Has No Sex?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

Seri, Andrea. “Domestic Female Slaves during the Old Babylonian Period.” En *Slaves and Households in the Near East*, editado por Laura Culbertson, 49–67. Chicago: The Oriental Institute of the University of Chicago, 2011.

Shalev, Carmel. *Birth Power: The Case for Surrogacy*. New Haven: Yale University Press, 1989.

Shaw, James. “The Flaw in Formalist Accounts of Circumvention Tourism.” *Journal of Law, Medicine & Ethics* 50, nº 3 (2022): 551–562.

Shaw, K., S. Imrie, P. Hall y V. Jadva. “‘It’s All Settled on the Right Page’: Surrogates’ Feelings and Reflections of Surrogacy Two Decades On.” *Human Reproduction* 39, nº 12 (2024): 2734–2742.

Shelton, K. H., J. Boivin, D. Hay, M. B. M. van den Bree, F. J. Rice, G. T. Harold y A. Thapar. “Examining Differences in Psychological Adjustment Problems among Children Conceived by Assisted Reproductive Technologies.” *International Journal of Behavioral Development* 33, nº 5 (2009): 385–392.

Skeat, T. C. *The Use of Papyrus in the Roman Empire*. London: British Academy, 1969.

Smarr, Melissa, Kathrine J. Sapra, Allison Gemmill, et al. "Is Human Fecundity Changing? A Discussion of Research and Data Gaps Precluding Us from Having an Answer." *Human Reproduction* 32, nº 3 (2017): 499–504.

Smith, Susan Livingston. "Adoption Terminology: Impact on Attitudes and Perceptions of Adoptive Families." *Adoption Quarterly* 17, nº 3 (2014): 208–223.

Smolin, David M. "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children." *Pepperdine Law Review* 43 (2016): 265–316.

Spar, Deborah L. "Reproductive Tourism and the Regulatory Map." *New England Journal of Medicine* 352, nº 6 (2005): 531–533. https://doi.org/10.1056/NEJMp048303.

Speiser, E. A. "New Kirkuk Documents Relating to Family Laws." *The Annual of the American Schools of Oriental Research* 10 (1928–1929): 1–73.

Starkweather, K. E., y R. Hames. "A Survey of Non-Classical Polyandry." *Human Nature* 23, nº 2 (2012): 149–172.

Starr, R. F. S. *Nuzi: Report on the Excavations at Yorgan Tepa near Kirkuk, Iraq, Conducted by Harvard University in Conjunction with the American Schools of Oriental Research and the University Museum of Philadelphia, 1927–1931*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1937.

Steele, Francis R. *The Code of Lipit-Ištar*. Philadelphia: The University Museum, University of Pennsylvania, 1948.

Stol, Marten. "Women in Mesopotamia." *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 38, nº 2 (1995): 123–144.

Stol, Marten. *Women in the Ancient Near East*. Berlin: De Gruyter, 2016.

Suárez Blázquez, Guillermo. "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo." *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 36 (2014): 159–187.

Sztranyiczki, Szilárd, y Andreea Colţea. "Should Surrogacy Be Legally Regulated in Romania?" *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 10, n.º 1 (2021): 129–143. https://doi.org/10.47745/AUSLEG.2021.10.1.10.

Tabet, Miguel Ángel. *Introducción al Antiguo Testamento*. I: *Pentateuco y Libros Históricos*. Madrid: Palabra, 2008.

Teman, Elly. "The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique." *Social Science & Medicine* 67, n.º 7 (2008): 1104-1112.

Tetlow, Elisabeth Meier. *Women, Crime and Punishment in Ancient Law and Society*. Vol. 1: *The Ancient Near East*. New York: Continuum International Publishing Group, 2004.

Thesaurus Linguae Latinae. Editado por Academia de Ciencias de Baviera. Leipzig: Teubner, en curso.

Thomas, Yan. "Le ventre. Corps maternel, droit paternel." *Le Genre humain* 14 (1986): 211–236.

Thompson, Charis. "'Quit Sniveling CryoBaby Baby, We'll Work Out Which One's Your Mama': Kinship in an Infertility Clinic." En *Cyborg Babies: From TechnoSex to Techno Tots*, editado por Robbie Davis-Floyd y Joseph Dumit, 40–66. London: Routledge, 1998.

Tofiño Padrino, Alejandro. *Matrimonio, prohibiciones matrimoniales y concubinato en derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2021.

Torrente, Armando. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Editorial Jurídica, 2005.

Treggiari, Susan. "Jobs in the Household of Livia." *Papers of the British School at Rome* 43 (1975): 48–77.

Treggiari, Susan. *Roman Freedmen during the Late Republic*. Oxford: Clarendon Press, 1969.

Treggiari, Susan. *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Trimmings, Katarina, y Paul Beaumont, eds. *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

Tucker, T. G. *A Concise Etymological Dictionary of Latin*. Halle: M. Niemeyer, 1931. Reimp. Hildesheim: Georg Olms, 1973.

Turp, Ahmet Berkiz, et al. "Infertility and Surrogacy First Mentioned on a 4000-Year-Old Assyrian Clay Tablet of Marriage Contract in Turkey." *Gynecological Endocrinology* 34, n.º 1 (2018): 25–29.

Valvidares Suárez, María. "El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada." En *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, editado por María Isabel Núñez Paz, Pilar Jiménez Blanco y María Leonor Suárez Llanos, 139–161. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Van de Mieroop, Marc. *A History of the Ancient Near East ca. 3000–323 BC*. 3.ª ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2016.

Van den Akker, Olga. "Psychological Aspects of Surrogate Motherhood." *Human Reproduction Update* 13, n.º 1 (2007): 53–62.

Van den Akker, Olga. "Surrogate Motherhood: Demystifying the Controversies." *British Journal of Midwifery* 6, n.º 12 (1998): 768–772. https://doi.org/10.12968/bjom.1998.6.12.768.

Van den Akker, Olga. “Genetic and Gestational Surrogate Mothers’ Experience of Surrogacy.” *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 21, n.º 2 (2003): 145–161. https://doi.org/10.1080/0264683031000124091.

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho genético: principios generales*. 5.ª ed., (2010).

Vegas Montaner, Luis. “La ley en el Antiguo Israel.” *Revista de Ciencias de las Religiones. Anejos* 11 (2004): 119–141.

Vicente Giménez, Teresa. “La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción.” *Revista Bioderecho.es* 3 (2016): 1–78.

Waerzeggers, Caroline. “Changing Marriage Practices in Babylonia from the Late Assyrian to the Persian Period.” *Journal of Ancient Near Eastern History* 7, nº 2 (2020): 101–131.

Wagmaister, Adriana M. “Maternidad subrogada.” *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 43 (julio/agosto de 2009): 419–438.

Walde, Alois, y J. B. Hofmann. *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*. 3.ª ed. Heidelberg: Carl Winter, 1954.

Walker, Ruth, y Liezl van Zyl. “Three Models of Surrogacy.” En *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*, 1–27. 2017. https://doi.org/10.1057/978-1-137-58658-2_1.

Watson, Alan. *Roman Slave Law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.

Weaver, P. R. C. “Children of Freedmen and Freedwomen.” En *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, editado por Beryl Rawson, 166-190. Oxford: Oxford University Press, 1991.

Weaver, P. R. C. *Familia Caesaris: A Social Study of the Emperor’s Freedmen and Slaves*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

Weaver, P. R. C. “Social Mobility in the Early Roman Empire. En *Studies in Ancient Society*, editado por M. I. Finley, 121–140. 1.ª ed. London: Routledge, 1974.

Welch, J. W. “A Structural Comparison of Hittite Laws 187–200, Leviticus 18:6–23, and Leviticus 20:1–21.” Ponencia presentada en la reunión de la International Society of Biblical Literature (ISBL), Londres, julio de 2010.

Westbrook, Raymond. “The Trial Scene in the *Iliad*.” En *Law from the Tigris to the Tiber: The Writings of Raymond Westbrook*, 303-328. University Park: Penn State University Press, 2009.

Westbrook, Raymond, y Bruce Wells. *Everyday Law in Biblical Israel: An Introduction*. Louisville, KY: Westminster John Knox Press, 2009.

Westbrook, Raymond. "Introduction: The Character of Ancient Near Eastern Law." En *A History of Ancient Near Eastern Law*, editado por Raymond Westbrook, 1–90. 2 vols. Leiden: Brill, 2003. https://doi.org/10.1163/9789047402091_002.

Westbrook, Raymond. "The Female Slave." En *Gender and Law in the Hebrew Bible and the Ancient Near East*, editado por B. M. Levinson, V. H. Matthews y T. S. Frymer-Kensky, 214–238. *Journal for the Study of the Old Testament Supplement Series* 262. Sheffield: Sheffield Academic Press, 1998.

Westbrook, Raymond. "The Nature and Origins of the Twelve Tables." En *Law from the Tigris to the Tiber: The Writings of Raymond Westbrook*, editado por F. Rachel Magdalene y Bruce Wells, 21–72. University Park: Penn State University Press, 2009.

Westbrook, Raymond. *Studies in Biblical and Cuneiform Law*. Paris: Éditions Recherche sur les Civilisations, 1988.

Westermann, William L. *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*. Philadelphia: American Philosophical Society, 1955.

Wiedemann, Thomas E. J. *Slavery*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

Williams, Craig A. *Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Yaron, Reuven. *The Laws of Eshnunna*. Jerusalem: The Magnes Press, The Hebrew University, 1988.

Yee, S., S. Hemalal y C. L. Librach. "'Not My Child to Give Away': A Qualitative Analysis of Gestational Surrogates' Experiences." *Women and Birth* 33 (2020): 256–265.

Yoffee, Norman. "Context and Authority in Early Mesopotamian Law." En *State Formation and Political Legitimacy*, editado por Ronald Cohen y Judith D. Toland, 99–117. New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1988.

Zamora, José María. "El material espacial del demiurgo: 'La *chóra*' en el *Timeo* de Platón." *Estudios Filosóficos* 52, n.º 150 (2022): 277–278.

Zegers-Hochschild, F., G. D. Adamson, J. de Mouzon, O. Ishihara, R. Mansour, K. Nygren, E. Sullivan y S. van der Poel, en nombre de ICMART y la OMS. "The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009." *Human Reproduction* 24, nº 11 (2009): 2683–2687. https://doi.org/10.1093/humrep/dep343.

Zervogianni, Eleni. "Lessons Drawn from the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy." *International Journal of Law, Policy and the Family* 33, n.º 2 (2019): 160–180. https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz003.

Zuck, Roy B. *Precious in His Sight: Childhood and Children in the Bible*. Grand Rapids, MI: Baker Books, 1996.

AUTORES CLÁSICOS ROMANOS

Augusto. *Las Hazañas del Divino Augusto.* Trad. Antonio Alvar Ezquerra. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1981.

Aulo Gelio. *Noches Áticas.* Trad. John C. Rolfe. Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd., 1927.

César, Julio. *La guerra de las Galias.* Trad. José Goya Muniáin y Manuel Balbuena. Barcelona: Editorial Iberia, 1982.

Cicerón. *Acerca de los deberes*. Versión y notas de Rubén Bonifaz Nuño. México: UNAM, 2009.

Cicerón. *De los fines de los bienes y los males*. Ed. Julio Pimentel Álvarez. México: UNAM, 2003.

Cicerón. *Disputaciones Tusculanas.* Trad. y notas de Alberto Medina González. Madrid: Gredos, 2005.

Cicerón. *En defensa del rey Deyótaro.* Versión y notas de Juan Antonio Ayala. México: UNAM, 1968.

Cicerón. *Las Filípicas*. Trad. Walter C. A. Ker. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1926.

Cicerón. *Pro Scauro.* Loeb Classical Library. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1931.

Cicerón. *Retórica a Herenio.* Trad. Marcelino Menéndez Pelayo. Madrid: Gredos, 1928.

Cicerón. *Sobre la adivinación*. Trad. y notas de Julio Pimentel Álvarez. México: UNAM, 1991.

Cicerón. *Sobre las leyes*. Trad. Baldomero Estrada Morán. Introducción de Antonio Gómez Robledo. México: UNAM, 1948.

Cicerón. Tres discursos ante César. Intro., trad. y notas de Juan Antonio Ayala. México: Universidad Autónoma de México, 1968.

Columela. *Los XII libros de agricultura*. Trad. Vicente Tinajero. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta, 1879.

Dionisio de Halicarnaso. *Antiquitatum Romanarum quae supersunt.* Vols. I–IV. Ed. por Karl Jacoby. Leipzig: In *Aedibus* B. G. Teubneri, 1885.

Estacio. *Silvas*. Trad. J. H. Mozley. Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann Ltd., 1928.

Estacio. *Tebaida.* Libro I. Trad. Juan de Arjona. Madrid: Librería de la Viuda de Hernando y Cía., 1888.

Juvenal. *Sátiras.* Trad. Bartolomé Segura Ramos. Madrid: CSIC, 1996.

Lucano. *Farsalia de la guerra civil.* Versión de Rubén Bonifaz Nuño y Amparo Gaos Schmidt. México: UNAM, 2004.

Lucrecio. *De la naturaleza de las cosas*. Trad. Abate Marchena. Argentina: Ediciones Orbis, 1984.

Marcial. *Epigramas.* Trad. Walter C. A. Ker. Boston: Harvard/Heinemann, 1919.

Ovidio. *El arte de amar.* Trad. A. S. Kline. Poetry in Translation, 2001.

Ovidio. *Fastos.* Versión de José Quiñones Melgoza. México: UNAM, 1985.

Ovidio. *Metamorfosis*. Trad. Ana Pérez Vega. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

Plauto. *Los cautivos.* Trad. Eduardo Valentí Fiol. Madrid: Gredos, 1993.

Plinio el Joven. *Epístolas* (Libros I–X) y Panegírico de Trajano. Ed. Francisco Javier Mañas Viniegra. Llerena: Editorial Filarias, 2021.

Plinio el Viejo. *Historia natural*. Trad. E. del Barrio Sanz, L. García Arribas, A. M. Moure Casas, L. A. Hernández Miguel y M. L. Arribas Hernáez. Madrid: Gredos, 2003.

Propercio. *Elegías*. Trad. H. E. Butler. London: William Heinemann, 1912.

Quintiliano. *Declamaciones menores.* Ed y trad. D. R. Shackleton Bailey. Loeb Classical Library 500. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

Quintiliano. *Instituciones oratorias*. Trad. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier. Madrid: Librería de Perlado y Páez, 1916.

Scriptores Historiae Augustae. Hadrianus. Trad. David Magie. Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann, 1921.

Séneca. *Epístulas morales.* Trad. Richard Mott Gummere. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1915.

Séneca. *Consolación a Helvia.* Trad. John W. Basore. En Moral Essays, vol. II. London and New York: Heinemann, Loeb Classical Library, 1932.

Séneca. *Los libros de los beneficiis de Luçio Aeneo Seneca a Aebucio Liberal*. Trad. Pedro Fernández Navarrete. Madrid: Imprenta de la Viuda de Luis Sánchez, 1629.

Suetonio. *Vida de los doce césares.* Trad. Jaime Arnal. Barcelona: Editorial Iberia, 1962.

Tácito. *Anales.* Trad. Beatriz Antón Martínez. Madrid: Akal, 2007.

Tácito. *Complete Works of Tacitus.* Ed. Sara Bryant. New York: Random House, 1942.

Tácito. *Germania*. Trad. Robert Graves. London: Penguin Classics, 1957.

Tito Livio. *Historia de Roma*. Trad. José A. Villar Vidal, 2021.

Tito Livio. *Períocas.* Trad. José Antonio Villar Vidal. Madrid: Gredos, 2008.

Valerio Máximo. *Hechos y dichos memorables*. Trad. José Guillén. Madrid: Gredos, 2000.

AUTORES TARDÍOS

Agustín de Hipona. *De bono coniugale.* Ed y trad. P. G. Walsh. Oxford: Clarendon Press, 2001.

Agustín de Hipona. *De sancta virginitate.* Ed y trad. P. G. Walsh. Oxford: Clarendon Press, 2001.

Agustín de Hipona. *El matrimonio y la concupiscencia*. Trad. Teodoro C. Madrid y Antonio Sánchez Carazo. Madrid: BAC, 1984.

Agustín de Hipona. *La bondad del matrimonio.* Trad. Félix García, OSA; rev. José Rodríguez Díez. Madrid: OCSA/BAC 12, 1973.

Agustín de Hipona. *La ciudad de Dios.* Ed. preparada por Fr. José Morán, OSA. Madrid: BAC, 1958.

Eginardo. *Vita Karoli Magni* (*Vida de Carlomagno*). Ed. y trad. de Pablo J. Castiella. 2016.

AUTORES CLÁSICOS GRIEGOS

Apiano. *Guerras civiles.* Ed. L. Mendelssohn; trad. al español. Madrid: Gredos, 1985.

Aristóteles. *Generación de los animales.* Trad. A. L. Peck. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1943.

Aristóteles. *Historia animalium.* Trad. José Vara Dorado. Madrid: Akal, 1990

Demóstenes. *Contra Neera.* Trad. Helena González. Madrid: Errata Naturae, 2011.

Diodoro Sículo. *Biblioteca Histórica.* Trad. G. Booth. London: W. M'Dowall for J. Davis, 1814.

Dión Casio. *Historia Augusta.* Ed. Vicente Picón y Antonio Cascón. Madrid: Akal, 1989.

Dión Casio. *Historia romana.* Libros XXXVI–XLV. Trad. Juan Manuel Cortés Copete. Madrid: Gredos, 2025.

Dión Casio. *Historia romana*. Libros XLVI–XLIX. Trad. Juan Pedro Oliver Segura. Madrid: Gredos. 2025.

Dión Casio. *Historia romana*. Libros L–LX. Trad. Juan Manuel Cortés Copete. Madrid: Gredos, 2011.

Dion Casio. *Roman History*. Vol. 9: Books 71–80. Trad. Earnest Cary. Loeb Classical Library 177. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1914–1927.

Esquilo. *Las Euménides.* Trad. Bernardo Perea Morales. Madrid: Gredos, 2010.

Estrabón. *Geografía*. Trad. M.ª Paz de Hoz García-Bellido. Madrid: Gredos, 2003.

Eurípides. *Orestes.* Trad. Juan Manuel Macías. Madrid: Gredos, 2000.

Eurípides. *Medea.* Trad. Luis Gil. Madrid: Gredos, 1992.

Heródoto. *Historias*. Trad. P. Bartolomé Pou. Madrid: EDAF, 2003.

Hesíodo. *Teogonía*. Trad. Cristóbal R. González. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

Jenofonte. *Económico*. Ed., trad. y notas de Juan Gil. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1967.

Nicolás de Damasco. *Fragmentos* en Karl Müller, ed., Fragmenta Historicorum Graecorum, vol. III. Paris: Ambroise Firmin-Didot, 1841.

Nymphis de Heraclea. *Fragmentos.* en Karl Müller, ed., Fragmenta Historicorum Graecorum, vol. III. París: Ambroise Firmin-Didot, 1841.

Platón. *Las Leyes*. Trad. F. Lisi. Madrid: Gredos, 1999.

Platón. *La República.* Trad. Luis Gil. Madrid: Gredos, 1986.

Platón. *Timeo.* Ed. y trad. R. D. Archer-Hind. London: Macmillan, 1888.

Plutarco. *Vidas paralelas*. Vol. I. Trad. Antonio Ranz Romanillos. Madrid: Imprenta Real, 1821.

Plutarco. *Vidas paralelas*. Vol. II. Intr., trad. y notas de Aurelio Pérez Giménez. Madrid: Gredos, 2008.

Plutarco. *Vidas paralelas.* Vol. IV. Intr., trad. y notas de Juan M. Guzmán Hermida y Óscar Martínez García. Madrid: Gredos, 1993.

Plutarco. *Vidas paralelas.* Vol. V. Introd., trad. y notas de Jorge Cano Cuenca, David Hernández de la Fuente y Amanda Ledesma. Madrid: Gredos, 2016.

Plutarco. *Vidas paralelas.* Vol. VI. Introd., trad. y notas de Jorge Bergua Cavero, Salvador Bueno Morillo y Juan Manuel Guzmán Hermida. Madrid: Gredos, 2007.

Plutarco. *Vidas paralelas.* Vol. VIII. Trad. Carlos Alcalde Martín. Madrid: Gredos, 2010.

Plutarco. *Vidas paralelas.* Trad. Bernadotte Perrin. Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann, 1914.

Plutarco. *Consejos matrimoniales. En Obras morales y de costumbres*. Trad. Frank Cole Babbitt. Cambridge, MA: Harvard University Press; London: William Heinemann, 1931.

Plutarco. *Sobre la educación de los hijos. En Obras morales y de costumbres*. Intr., trad. y notas de Concepción Morales Otal y José García López. Madrid: Gredos, 1992.

Plutarco. *Sobre la virtud de las mujeres. En Obras morales y de costumbres*. Intr., trad. y notas de Concepción Morales Otal y José García López. Madrid: Gredos, 1992.

Polibio. *Historias.* Trad. Manuel Balasch Recort. Madrid: Gredos, 1997.

Sófocles. *Antígona.* Ed. M.ª Teresa Mateu; trad. José Vara Donado. Madrid: Cátedra, 2019.

Sorano de Éfeso. *Soranus' Gynecology.* Trad. Owsei Temkin. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1991.

Tertuliano. *Apología.* Intr., trad. y notas de Carmen Castillo García. Madrid: Gredos, 2001.

Tertuliano. *De anima*. En Ante-Nicene Fathers, vol. 3, ed. Alexander Roberts, James Donaldson y A. Cleveland Coxe, trad. Peter Holmes. Buffalo, NY: Christian Literature Publishing Co., 1885.

ÍNDICE DE FUENTES

FUENTES HISTÓRICO-JURÍDICAS

1. Fuentes Mesopotámicas

A) Legislación

Reformas del rey Urukagina

Leyes de Ur-Namma: § 1, § 5, § 6, § 9, § 10, § 15

Tradición textual*:* Fuente A: Ni 3191 (Nippur), Fuente B: U.7739 + U.7740 (Ur), Fuente C: Si 277 (Sippar)

Leyes de Lipit-Ishtar: Prólogo (AO 5473), § 22, § 27, § 29

Leyes de Eshnunna: § 17, § 18, § 25, § 26, § 27–28, § 29, § 30, § 54, § 59

Código de Hammurapi: § 1–5, § 6–126, § 14, § 117, § 125, § 127, § 128, § 129, § 130, § 135, § 136, § 137, § 138, § 144, § 145, § 146, § 147, § 160, § 161, § 163, § 164, § 170, § 171, § 196, §196–282, § 197, § 200, § 206, § 209-210, § 250-252

Prisma de Filadelfia

Leyes Hititas: § 16, § 17, § 193

Leyes Asirias Medias (Tabla A): §§ 1–59, § 17, 22, 24, § 21, 50, § 30, § 41, § 47

B) Documentación jurídica y práctica contractual

Contrato BMA 3 (sin § conservado)

Tablas capadocias: Contrato matrimonial de Karum-Kanesh (Kültepe), inv. Ka. 165/12485

Tablillas de Nippur B7176 (3N-T 0368)

Tablilla de Nuzi 26 (H80)

Tablilla de Nuzi BM 17611

TCL XV, 34

2. Fuentes Bíblicas

Génesis: 2, 6; 16, 1–2; 16, 6; 17, 18; 21, 11; 30, 1–6; 30, 3; 30, 9–13; 38; 46, 18; 46, 25; 49.

Éxodo: 22,17; 21,18–19; 21, 2, 26; 21, 2–22,6; 21, 22–23; 21, 23–25; 21,28–32; 22, 4; 22, 6–8; 23.

Levítico: 18, 15; 17–26; 24,17–20; 20,10; 20, 12; 20, 27.

Deuteronomio: 12–26; 15, 12; 15–25; 19,16–19; 19, 21; 21, 1–25,11; 22, 22; 25, 5–6; 25, 5–10.

Tobías: 4, 12–13; 6, 6–8.

3. Fuentes Egipcias

Papiro de Adopción. P. Ashmolean Museum 1945.96, rto. II, 3–4

4. Fuentes Rabínicas

Mishná: Kiddushin 3:12

Talmud de Babilonia: Kiddushin 68b–69a

Shulján Aruj: Even HaEzer 8:5

5. Fuentes Romanas

A) Fuentes jurídicas romanas

a. Fuentes prejustinianeas

Epitome Ulpiani (Tituli ex corpore Ulpiani): 4.2; 5.2; 5.8.

Fragmenta Vaticana: Fr. 158; Fr. 214–219.

Gaius, Institutiones: I, 19; I, 29; I, 55; I, 56; I, 57; I, 88; I, 89; I, 97–107; I, 102; I, 103; I, 104; I, 109; I, 113; I, 156; I, 157; I, 159; I, 171.

Codex Theodosianus: 4.8.6.

Laudatio Turiae: I, 37–39.

b. Fuentes justinianeas

Institutiones Iustiniani: I. 1.7.17.1; I. 1.7.40.1; I. 1.9.1; I. 1.11.4; I. 4.18.4.

Digesta Iustiniani: D. 1.1.1.3 (Ulpianus, 1 Inst.); D. 1.2.2.2 (Pomponius, l. s. ench.); D. 1.2.2.4 (Pomponius, l. s. ench.); D. 1.5.15 (Trifoninus, 10 Disp.); D. 1.5.16 (Ulpianus, 6 Disp.); D. 1.5.19 (Celsus, 29 lib.); D. 1.5.26 (Iulianus, 68 Dig.); D. 1.6.1.1 (Gaius, Inst.); D. 1.6.6 (Ulpianus, 29 ad Ed.); D. 1.7.1 (Modestinus, 2 Reg.); D. 1.7.17.1 (Ulpianus, 27 ad Sab.); D. 1.7.23 (Paulus, 35 ad Ed.); D. 1.7.40.1 (Modestinus, dif. l. 1); D. 2.4.5 (Paulus, 4 com. Ed.); D. 3.2.15 (Ulpianus, 8 ad Ed.); D. 3.2.16 (Paulus, 8 ad Ed.); D. 10.1.13 (Gaius, ad leg. XII Tab.); D. 21.1.14 pr. (Ulpianus, 1 Ed. Aed. cur.); D. 21.1.14.1 (Ulpianus, 1 Ed. Aed. cur.); D. 21.1.14.7 (Ulpianus, 1 Ed. Aed. cur.); D. 21.1.15 (Paulus, 11 ad Sab.); D. 22.1.48 (Scaevola, 9 Resp.); D. 23.1.9 (Ulpianus, 35 ad Ed.); D. 23.2.1 (Modestinus, 1 Reg.); D. 23.2.4 (Pomponius, 3 ad Sab.); D. 23.2.33 (Marcellus, 3 ad leg. Iul. et Pap.); D. 24.1.60.1 (Hermogenianus, 2 Ep.); D. 24.3.1 (Pomponius, 15 ad Sab.); D. 24.3.22.7 (Ulpianus, 33 ad Ed.); D. 25.3.1 pr. (Ulpianus,

34 ad Ed.); D. 25.4.1–4 (Ulpianus, 24 ad Ed.); D. 25.4.1.1 (Ulpianus, 24 ad Ed.); D. 25.5.1–2 (Ulpianus, 34 ad Ed.); D. 25.6.1.7–8 (Ulpianus, 34 ad Ed.); D. 28.7.15 (Papinianus, 16 Quaest.); D. 33.1.21.4 (Scaevola, 22 Dig.); D. 34.4.30 pr. (Scaevola, 20 Dig.); D. 35.1.25 (Iulianus, 69 Dig.); D. 35.1.71 (Papinianus, 16 Quaest.); D. 37.9.1 (Ulpianus, 41 ad Ed.); D. 38.16.2 (Ulpianus, 13 ad Sab.); D. 38.16.3.11 (Ulpianus, 14 ad Sab.); D. 38.16.3.12 (Ulpianus, 14 ad Sab.); D. 38.17.1 (Ulpianus, 12 ad Sab.); D. 40.2.11 (Ulpianus, de off. procons. 6); D. 40.2.12 (Ulpianus, 2 ad leg. Ael. Sent.); D. 43.30.1.5 (Ulpianus, 71 ad Ed.); D. 43.30.3.5 (Ulpianus, 72 ad Ed.); D. 43.30.3.6 (Ulpianus, 71 ad Ed.); D. 48.10.19.1 (Paulus, 3 resp.); D. 50.13.1.14 (Ulpianus, 8 de off. trib.); D. 50.16.195.1–5 (Ulpianus, 46 ad Ed.); D. 50.16.195.2 pr. (Ulpianus, 46 ad Ed.); D. 50.16.196.1 (Gaius, 16 ad Ed. prov.); D. 50.16.220.3 (Callistratus, 2 Quaest.).

Codex Iustinianus: C. 1.17.1.4; C. 4.43.1–2; C. 5.17.10; C. 6.40.1–3; C. 6.40.2.1; C. 7.33.8.

Novellae: Nov. 22.16; Nov. 22.43; Nov. 22.44; Nov. 77.1; Nov. 77.1.1; Nov. 77.1.2; Nov. 117.12; Nov. 141.

c. Fuentes postjustinianeas

Corpus Inscriptionum Latinarum: VI.

B) Fuentes literarias romanas

Augusto, *Res Gestae Divi Augusti:* 8, 1–5

Aulo Gelio, *Noctes Atticae:* 4, 3; 4, 3, 1; 4, 3, 2; 4, 20, 1–3; 12, 1; 12, 1, 7–9; 17, 21, 44–45; 18, 6.

César, *De bello Gallico*.

Cicerón

- *De divinatione:* 1, 36; 1, 104.
- *De finibus bonorum et malorum:* 1, 3–5; 1, 2, 68.
- *De legibus:* 3, 3, 7; 3, 7.
- *De officiis:* 1, 17, 54.
- Philippicae 3, 8.
- *Pro rege Deiotaro.*
- *Pro M. Aemilio Scauro*: 2, 18.
- *Rhetorica ad Herennium*: 2, 38.
- *Tusculanae disputationes*: 3, 1–2.

Columela, *De re rustica:* I, 8, 16; I, 8, 19.

Dionisio de Halicarnaso, *Antiquitates Romanae:* 1, 79, 2, 3; 25, 7; 54, 19.3; 58, 2.5.

Estacio

- *Thebais*: 1.
- *Silvae:* 1, 2, 268–271.

Juvenal, *Satirae:* 2, 134–143; 6, 76–81; 6, 592–601; 10, 351–352.

Lucano, *Pharsalia:* 1, 326–340; 1, 338–340; 1, 378–380; 1, 388; 2, 330; 2, 326–349.

Lucrecio, *De rerum natura:* 4, 1233–1249; 5, 222–230.

Marcial, *Epigrammata:* 1, 100; 5, 37; 6, 39; 9, 66; 10, 91; 10, 102.

Ovidio

- *Ars Amatoria*: 3, 81–82.
- *Fasti*: 4
- *Metamorphoses*: 1, 20–25.

Plauto, *Captivi* 889.

Plinio el Viejo, *Naturalis Historia:* 7, 49; 7, 122.

Plinio el Joven

- *Panegyricus Traiani:* 7, 4–7; 8, 2; 94, 5.
- *Epistulae:* 8, 18.

Propercio, *Elegiae:* 2, 15, 21–22; 4, 11, 69–72.

Quintiliano

- *Institutiones oratoriae:* 1, 1, 4–5; 2, 7, 5; 5, 10, 67.
- *Declamationes minores:* 338, 11.

Séneca

- *De Beneficiis:* 1, 9, 3.
- *Consolatio ad Helviam*: 11, 16, 3.
- *Epistulae morales ad Lucilium:* 51, 6; 104, 11.

Suetonio

- *De vita Caesarum:*
    - *Divus Iulius:* 52, 3; 56.
    - *Divus Augustus:* 29, 4; 34; 62, 2; 63, 1; 64–65; 71, 1; 84, 2; 101, 2.
    - *Tiberius:* 4, 3; 6, 1–3; 7; 10, 2; 12, 1; 13, 2; 50, 2–3; 51.
    - *Caligula:* 10, 1.
    - *Claudius:* 1, 1; 4; 11, 2; 39.
    - *Nero:* 28–29.
    - *Galba:* 5, 2; 16, 3; 23, 2.

Tácito

- *Annales:* 1, 3–7; 1, 8; 1, 10; 1, 10, 5; 1, 12, 6; 1, 13–14; 1, 33; 2, 14; 2, 34; 2, 37; 2, 43; 2, 77; 2, 82; 2, 86; 3, 15; 3, 17; 3, 34; 3, 64; 3, 71; 4, 8; 4, 12; 4, 16; 4, 21–22; 4, 57; 4, 71; 5, 13; 6, 5; 6, 26; 6, 29; 11, 29; 12, 6; 12, 43; 12, 69; 13, 27; 15, 19; 15, 72.
- *Dialogus de oratoribus:* 28, 6, 7.
- *Germania:* 20, 1.

Tito Livio

- *Ab urbe condita:* 1, 9–13; 4, 1, 2; 4, 10; 6, 1; 9, 34.
- *Periochae:* 59, 8–9.

Scriptores Historiae Augustae, Hadrianus: 23–24.

Valerio Máximo, *Facta et dicta memorabilia:* 2, 1, 4; 2, 9, 1; 4, 4, praef.; 4, 6, 1; 6, 7, 1; 7, 1, 1; 7, 7, 4.

Fuentes tardías

Agustín de Hipona

- *De bono coniugali:* 6; 15; 17; 18–21.
- *De nuptiis et concupiscentia*: 1, 10–11.
- *De civitate:*14, 8.
- *De sancta virginitate.*
- *Apologeticum:* 39.
- *De anima:* 25; 37.

6. Fuentes Griegas

Apiano, *Guerras civiles:* 1, 20; 2, 14, 99; 2, 99; 4, 14.

Aristóteles

- *De generatione animalium:* 1, 2, 716a 5–7; 1, 19, 727a–b; 2, 4, 738b 20–23; 3, 3, 773a 30 ss.
- *Historia animalium:* 585b; 2, 38.

Diodoro Sículo, *Bibliotheca histórica:* 1, 6.

Dion Casio

- *Historia romana:* 44, 48, 3; 46, 1, 2–3; 47, 1; 48, 5, 3–4; 48, 31; 48, 34, 3; 48, 44, 5; 49, 38, 1; 53, 33, 4; 54, 19, 3–4; 55, 2, 5–6; 55, 10; 55, 14; 55, 32, 1; 56, 1, 2–10; 56, 1, 6; 56, 30, 5; 56, 32, 1–2; 57, 1, 6; 57, 3; 57, 5–6; 57, 12; 58; 58, 2, 1–6; 59, 2, 3; 60, 5, 2; 61, 33, 2; 62, 6; 63, 13; 69, 20, 1–3.

- *Epítome:* 80.

Esquilo, *Eumenides:* 657–666.

Estrabón, *Geographica:* 11, 9, 1.

Eurípides

- *Medea:* 573–575.
- *Orestes:* 20–69.

Heródoto de Halicarnaso, *Historiae:* 1, 173; 4, 180.

Hesíodo, *Theogonia:* 924.

Jenofonte, *Oeconomicus:* 7, 30.

Nicolás de Damasco, *Fragmenta:* fr. 111.

Nymphis de Heraclea, *Fragmenta:* fr. 13.

Platón

- *Republica:* 414.
- *Timaeus:* 49a–51b.
- *Leges*.

Plutarco

Vitae:

- *Vita Caesaris*: 54, 3.
- *Vita Catonis Maioris*: 20, 3; 21; 24.
- *Vita Catonis Minoris*: 25; 25, 2; 26.
- *Vita Lycurgi:* 15.
- *Vita Marci Antonii*: 31.
- *Vita Pompeii:* 9.
- *Vita Romuli:* 21; 22.
- *Vita Solonis:* 7, 3; 20, 2.
- *Vita Sullae:* 6, 11.
- *Vita Tiberii Gracchi:* 1, 4–5.
- *Comparatio Lycurgi et Numae*: 3, 1; 3, 7; 4.
- *Comparatio Thesei et Romuli*: 6, 3.

Moralia:

- *Coniugalia praecepta:* 140D–E.
- *De amore prolis*: 3.
- *De liberis educandis*: 5.
- *De mulierum virtutibus*: 258.

Polibio, *Historiae:* 4.

Pseudo-Demóstenes: *Contra Neaeram,* 122

Sófocles, *Antigone:* 944–950

Sorano de Éfeso, *Gynaecia:* 1

FUENTES NORMATIVAS

1. Legislación Española

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. BOE, núm. 311, 29 de diciembre de 1978.

Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 15, 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE, núm. 55, 4 de marzo de 2010.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, núm. 175, 23 de julio de 2015.

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE, núm. 51, 1 de marzo de 2023.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. BOE, núm. 274, 15 de noviembre de 1988.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE, núm. 282, 24 de noviembre de 1988.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE, núm. 274, 15 de noviembre de 2002.

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE, núm. 280, 22 de noviembre de 2003.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE, núm. 157, 2 de julio de 2005.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006.

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. BOE, núm. 159, 4 de julio de 2007.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE, núm. 312, 29 de diciembre de 2007.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE, núm. 175, 22 de julio de 2011.

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. BOE, núm. 51, 1 de marzo de 2023.

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE, núm. 69, 21 de marzo de 2009.

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE, núm. 154, 29 de junio de 2023.

Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo. BOE, núm. 303, 20 de diciembre de 2023.

Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. BOE, núm. 181, 30 de julio de 2025.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 18 de febrero de 2009, sobre inscripción de nacimiento de menores nacidos en California mediante gestación por sustitución.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 243, 7 de octubre de 2010.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución.

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Instrucción de 28 de abril de 2025, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 105, 1 de mayo de 2025.

Secretaría de Estado de Derechos Sociales y Agenda 2030. Proyecto de Ley de Diversidad Familiar y Apoyo a las Familias.

Grupo Parlamentario Ciudadanos. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017: 1–12.

2. Jurisprudencia Española

Audiencia Nacional, Sala de lo Penal. Sentencia de 20 de febrero de 2008.

Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia de 24 de junio de 2008.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª. Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre.

Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 947/2020.

Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia. Sentencia núm. 188/2010, de 15 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno. Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno. Sentencia núm. 953/2016.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno. Sentencia núm. 277/2022, de 31 de marzo.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 1141/2024, de 17 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 1626/2024.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 496/2025, de 25 de marzo.

3. Legislación internacional y europea

a) Tratados, convenios y declaraciones internacionales

Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948.

Consejo de Europa. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950.

Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Adoptada el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. La Haya, 29 de mayo de 1993.

Naciones Unidas. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5–13 de septiembre de 1994.

Naciones Unidas. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Adoptado el 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002.

UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. París, 19 de octubre de 2005.

Consejo de Europa. Convenio Europeo en materia de adopción de menores. Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008.

b) Derecho de la Unión Europea

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE C 326, 26 de octubre de 2012.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOUE L 119, 4 de mayo de 2016.

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. DOUE L, 24 de junio de 2024.

c) Iniciativas legislativas, informes y *soft law*

Naciones Unidas, Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60). 15 de enero de 2018.

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Report on Safeguards for the Protection of the Rights of Children Born from Surrogacy Arrangements. 15 de julio de 2019.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements. Preliminary Doc. No. 10. Marzo de 2012.

Parlamento Europeo. A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Bruselas: Parlamento Europeo, 2013.

Parlamento Europeo. Report on Human Rights and Democracy in the World and the European Union’s Policy on the Matter 2015/2016. Documento A8-0000/2016.

Parlamento Europeo. Regulating International Surrogacy Arrangements – State of Play. Bruselas: Parlamento Europeo, 2016.

Parlamento Europeo. Resoluciones e informes sobre derechos fundamentales, no discriminación y protección de mujeres y menores (2010–2018).

International Social Service (ISS). Principles for the Protection of the Rights of the Child Born through Surrogacy (Verona Principles). Ginebra: ISS, 2021.

Comisión Europea. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. COM (2022) 695 final, 2022/0402 (CNS). Bruselas, 7 de diciembre de 2022.

Parlamento Europeo. Enmienda 2 al Informe A9-0285/2023 sobre la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Estrasburgo: Parlamento Europeo, 16 de abril de 2024.

Declaration of Casablanca for the Universal Abolition of Surrogacy. Declaration of Casablanca for the Universal Abolition of Surrogacy. 2024.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). Working Group on Parentage / Surrogacy: Report of the Fourth Meeting. La Haya: HCCH, 2025.

European Parliamentary Research Service (EPRS). Surrogacy: The Legal Situation in the EU. Bruselas: Parlamento Europeo, febrero de 2025.

World Health Organization. "Revised Glossary on ART Terminology, 2009." Human Reproduction 24, n.º 11 (noviembre de 2009): 2683–2687.

d) Derecho comparado

Alemania. Embryonenschutzgesetz — Ley de Protección del Embrión, de 13 de diciembre de 1990.

Alemania. Adoptionsvermittlungsgesetz — Ley sobre Intermediación en la Adopción.

Brasil, Conselho Federal de Medicina. Resolución CFM n.º 2.320/2022.

Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria 345/2023.

Estados Unidos, California. California Family Code.

Finlandia. Ley de Tratamientos de Fertilidad, 2007.

Francia. Código Civil francés.

Francia. Código Penal francés.

Grecia. Ley 3089/2002, sobre asistencia médica en la reproducción humana.

Grecia. Ley 3305/2005, sobre reproducción humana asistida.

Grecia. Ley 4272/2014, sobre reproducción humana asistida.

Grecia. Código de Conducta de 2017 para la reproducción médica asistida.

Irlanda. Health (Assisted Human Reproduction) Act 2024.

Israel. Embryo Carrying Agreements (Approval of Agreement and Status of the Newborn Child) Law, 5756–1996.

Italia. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Italia. Legge 4 novembre 2024, n. 169, recante modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di maternità surrogata. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n.º 261, 7 de noviembre de 2024.

Portugal. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, sobre procriação medicamente assistida. Diário da República, 1.ª série.

Portugal. Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que altera a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e regula a gestação de substituição em casos excecionais. Diário da República, 1.ª série.

Portugal. Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição. Diário da República, 1.ª série, n.º 242.

Ucrania. Código de Familia, 2002.

Ucrania, Ministerio de Sanidad. Orden n.º 787, de 9 de septiembre de 2013, sobre la aprobación del procedimiento de aplicación de tecnologías de reproducción asistida en Ucrania.

e) Jurisprudencia internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mennesson v. France, demanda n.º 65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Labassee v. France, demanda n.º 65941/11, sentencia de 26 de junio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Paradiso y Campanelli v. Italy, demanda n.º 25358/12, sentencia de 27 de enero de 2015; Gran Sala, sentencia de 24 de enero de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. D. v. France, demanda n.º 11288/18, sentencia de 16 de julio de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A.M. v. Norway, demanda n.º 30254/18, sentencia de 24 de marzo de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. K.K. and Others v. Denmark, demanda n.º 25212/21, sentencia de 6 de diciembre de 2022.

f) Jurisprudencia comparada

Alemania, Bundesgerichtshof. Decisión de 10 de diciembre de 2014, XII ZB 463/13.

Alemania, Bundesgerichtshof. Decisión de 20 de abril de 2016, XII ZB 15/15.

Alemania, Bundesgerichtshof. Decisión de 20 de marzo de 2019, XII ZB 530/17.

Alemania, OLG Frankfurt am Main. Decisión de 28 de febrero de 2019, 1 UF 71/18.

Alemania, Tribunal Regional Superior de Berlín. Sentencia de 1 de agosto de 2013, caso 1 W 413/12.

Andorra, Tribunal Superior de Justicia. Sentencia n.º 483/2016, de 12 de septiembre de 2017.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-968/2009.

Estados Unidos, Supreme Court. Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).

Estados Unidos, Supreme Court of New Jersey. In the Matter of Baby M., 109 N.J. 396 (1988).

Estados Unidos, Supreme Court of California. Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (1993).

Estados Unidos, California Court of Appeal. In re Marriage of Moschetta, 25 Cal. App. 4th 1218 (1994).

Estados Unidos, Supreme Court of Vermont. Miller-Jenkins v. Miller-Jenkins, 912 A.2d 951 (Vt. 2006).

Irlanda, Supreme Court. M.R. and D.R. v. An tArd-Chláraitheoir, sentencia de 7 de noviembre de 2014.

Israel, Tribunal Supremo. Sentencia de 27 de febrero de 2020.

Israel, Tribunal Supremo. Sentencia de 11 de julio de 2021.

Portugal, Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018.

FUENTES INSTITUCIONALES

Asociación Nacional de Medicina del Deporte de Colombia (ANM). Concepto sobre el Proyecto de Ley Estatutaria 345 de 2023 – Cámara. 13 de abril de 2023. Disponible en: https://anmdecolombia.org.co/wp-content/uploads/2023/04/ANM-CONCEPTO-PL-345-2023-CAMARA-ABRIL-13-2023.pdf,, consultado el 9 de enero de 2026.

Asociación para la Legalización y Regulación de la Gestación Subrogada en España. *Proposición de ley de gestación subrogada*. Madrid: Asociación para la Legalización y Regulación de la Gestación Subrogada en España, 2017. Disponible en: https://www.xn--gestacin-subrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf consultado el 27 de marzo de 2024.

Bundesportal. *Rechte und Pflichten: Informationen des Bundesministeriums für Digitales und Staatsmodernisierung*. Disponible en: https://verwaltung.bund.de/leistungsverzeichnis/en/rechte-und-pflichten/102837941, consultado el 5 de abril de 2024.

Casey, Margaret. *International Surrogacy – What Would an Ethical Process Look Like?* Conferencia IAFL, Bangkok, junio de 2023. Disponible en: https://www.iafl.com/media/8173/20230602-1215-margaret-casey-international-commercial-surrogacy.pdf, consultado el 3 de noviembre de 2024.

Comité de Bioética de España. *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Octubre de 2023. Disponible en: https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf, consultado el 10 de abril de 2024.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). *Working Group on Parentage / Surrogacy: Report of the Fourth Meeting*. La Haya: HCCH, 2025.

Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/8d89dc05-3303-49c9-b929-35d62a368fed.pdf, consultado el 7 de noviembre de 2025.

Corte Costituzionale. "Normativa y jurisprudencia sobre procreazione medicalmente assistita." Disponible en: https://www.cortecostituzionale.it, consultado el 9 de enero de 2026.

Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*. Abril de 2018. Disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf, consultado el 10 de abril de 2024.

Eur-Lex. "Interinstitutional Agreements." Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/inter-agree.html, consultado el 13 de febrero de 2024.

Finkelstein, Alex, Sarah Mac Dougall, Angela Kintominas y Anya Olsen. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Report of the Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Nueva York: Columbia Law School, mayo de 2016.

GESOP (Gabinet d'Estudis Socials i Opinió Pública). *Opinión sobre la gestación subrogada en España*. Julio de 2017. Disponible en: https://gesop.net/wp-content/uploads/2017/07/vientre-alquiler-2017-gesop.pdf, consultado el 3 de junio de 2024.

Government of Ireland. "Government Approves Policy Proposals on International Surrogacy and Recognition of Past Surrogacy Arrangements." Disponible en: https://www.gov.ie/en/press-release/b5e0d-government-approves-policy-proposals-on-international-surrogacy-and-recognition-of-past-surrogacy-arrangements/, consultado el 9 de enero de 2026.

Government of the Netherlands. "Surrogacy: Legal Aspects." Disponible en: https://www.government.nl/topics/surrogate-mothers/surrogacy-legal-aspects, consultado el 9 de enero de 2026.

International Social Service (ISS). *Legal Trends in Surrogacy: Towards a Greater Protection for the Rights of Children Born Through Surrogacy?* Ginebra: International Social Service, 2025. Disponible en: https://www.iss-ssi.org, consultado el [fecha].

International Social Service Network. "International Surrogacy — Call for Action." Disponible en: https://www.iss-usa.org/international-surrogacy-call-for-action-by-the-international-social-service-network/, consultado el 6 de abril de 2024.

Kashyntseva, Oksana. "Surrogacy in Ukraine." *University of Zurich*, 30 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.news.uzh.ch/en/articles/2022/surrogacy_ukraine.html, consultado el 26 de enero de 2024.

La Moncloa. "Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero." 16 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx, consultado el 14 de marzo de 2024.

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Datos sobre solicitudes de inscripción consular de menores nacidos mediante gestación subrogada (2009–2021). Comunicación institucional. Madrid, 2023.

Ministerio de Igualdad. “El Ministerio de Igualdad presenta un informe jurídico a la Abogacía del Estado por la promoción comercial de la gestación por sustitución.” 24 de enero de 2025. Disponible en: https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/sala-de-prensa/el-ministerio-de-igualdad-presenta-un-informe-juridico-a-la-abogacia-del-estado-por-la-promocion-comercial-de-la-gestacion-por-sustitucion/, consultado el 4 de mayo de 2025.

Ministerio de Justicia. “El Ministerio desaconseja acudir a Ucrania para procesos de gestacion subrogada” Nota de prensa 033, 25 de marzo de 2020. Disponible en: https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/NotasPrensa/Paginas/2020_NOTAS_P/20200325_NOTA033.aspx consultado 3 de mayo de 2024.

Ministerio de Juventud e Infancia. *Estadísticas de Adopción Internacional 2019–2023*. Madrid: Gobierno de España, 2024.

Moreno, Carmen, et al. ¿Cómo es la adolescencia de los chicos y chicas adoptados en España? Madrid: Ministerio de Sanidad, 2018.

Naciones Unidas, Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60). 15 de enero de 2018. Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/007/74/pdf/g1800774.pdf, consultado el 29 de octubre de 2022.

National Institutes of Health. *What Is Epigenetics?* U.S. National Library of Medicine, 2022.

Observatorio de Bioética y Derecho. *Gestación por sustitución*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2019. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf, consultado el 14 de marzo de 2024.

Observatorio de la Infancia. *Boletín de datos estadísticos…*, n.º 25. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2024.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed., versión electrónica 23.8. Madrid: Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/,

Secretaría de Estado de Juventud e Infancia. *Estadísticas de Adopción Internacional 2019–2023*. Disponible en: https://www.juventudeinfancia.gob.es, consultado el 3 de septiembre de 2025.

Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Registro Nacional de Actividad 2022. Informe estadístico de técnicas de reproducción asistida 2022. Madrid: SEF, 2023.

Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica. *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*. Madrid: Sociedad Española de Fertilidad, 2016. Disponible en: https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf, consultado el 27 de marzo de 2024.

Todorova, Velina. *Recognition of Parental Responsibility…*. Bruselas: Parlamento Europeo, 2010. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JURI_NT(2010)432738, consultado el 20 de mayo de 2021.

UNICEF. *Key Considerations: Children's Rights & Surrogacy*. Nueva York: UNICEF, 2022. Disponible en: https://www.unicef.org/media/115331/file, consultado el 3 de enero de 2023.

FUENTES DE PRENSA

Agencia EFE. "Las adopciones internacionales en España caen en picado: de las más de 3.000 en el año 2000 a las 153 de 2023". *El Mundo*, 3 de abril de 2024. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2024/04/03/660cef7ffc6c839f5e8b45a0.html, consultado el 2 de septiembre de 2025.

Agencia EFE. "Dos familias españolas recurren el veto a la inscripción de bebés en Ucrania". *Público*, 25 de abril de 2019. Disponible en: https://www.publico.es/sociedad/dos-familias-espanolas-recurren-veto-inscripcion-bebes-ucrania.html. consultado el 4 de mayo de 2024.

Álvarez, Pilar. "El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE. UU. y Ucrania". *El País*, 18 de diciembre de 2017. Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html consultado el 10 de enero de 2026.

Atienza, Manuel. "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos". *El Notario del Siglo XXI*, n.º 63. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos, consultado el 3 de mayo de 2025.

Bachner, Michael. "High Court: Ban on Surrogacy for Same-Sex Couples, Single Men to End in 6 Months". *The Times of Israel*, 11 de julio de 2021.Disponible en: https://www.timesofisrael.com/high-court-ban-on-surrogacy-for-same-sex-couples-single-men-to-end-in-6-months/, consultado el 10 de agosto de 2023.

Blanco, Silvia. "Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania". *El País*, 30 de agosto de 2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/, consultado el 3 de mayo de 2024.

Blanco, Silvia. "Veinte familias atrapadas en Kiev con bebés de gestación subrogada". *El País*, 29 de agosto de 2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/08/28/actualidad/1535480893_309878.html, consultados el 3 de mayo de 2024.

Borreguero Fuster, Víctor. "Gestación subrogada: los padres tienen derecho a la prestación desde la sentencia de filiación y no desde el nacimiento del bebé". *Cinco Días*, 12 de abril de 2023. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/legal/gestacion-subrogada-prestacion-filiacion.html, consultado el 14 de marzo de 2024.

Cadena SER. "Comienza el registro de los bebés españoles nacidos por gestación subrogada en Ucrania". 10 de septiembre de 2018. Disponible en: https://cadenaser.com/ser/2018/09/10/internacional/, consultado el 3 de mayo de 2024.

14ymedio. "Wombs for Rent or Surrogacy: Cuba Signs Up". 30 de octubre de 2022. Traducción de Norma Whiting y Yaiza Santos. Disponible en: https://translatingcuba.com/wombs-for-rent-or-surrogacy-cuba-signs-up/, consultado el 9 de enero de 2026.

Consejo General del Poder Judicial. "El Supremo deniega la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler." *Noticias Judiciales*, 13 de febrero de 2014. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler, consultado el 4 de mayo de 2024.

Consejo General del Poder Judicial. "El Tribunal Supremo desestima una demanda de impugnación de filiación materna en un caso de gestación subrogada." *Noticias Judiciales*, 25 de marzo de 2025. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-desestima-una-demanda-de-impugnacion-de-filiacion-materna-en-un-caso-de-gestacion-subrogada, consultado el 4 de noviembre de 2025..

Corazzini, Carmen. "Cambios de sexo para eludir condenas de violencia de género: estas son las lagunas de la Ley Trans." *20 Minutos*, 22 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/5636090/0/cambios-sexo-eludir-condenas-violencia-genero-lagunas-ley-trans/, consultado el 4 de octubre de 2024.

Cuddy, Alice. "¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?" *Euronews*, 13 de septiembre de 2018. Disponible en: https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada, consultado el 4 de mayo de 2025.

"¿Cuánto tiempo se tarda en adoptar a un niño en España?" *Informativos Telecinco*, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20230329/cuanto-tiempo-tarda-adoptar-nino-espana_18_09128523.html, consultado el 7 de enero de 2024.

DW. "Israel Ends Ban on Surrogacy for Same-Sex Couples." 1 de abril de 2022. Disponible en: https://www.dw.com, consultado el 19 de julio de 2022.

EFE Salud. "40 años de reproducción asistida en España." Disponible en: https://efesalud.com/reproduccion-asistida-espana-fecundacion-in-vitro-fertilidad-expertos/,consultado el 27 de diciembre de 2025.

El Confidencial. "Tres décadas de ciencia para crear vida: así ha avanzado la reproducción asistida en España." Disponible en: https://www.elconfidencial.com/bienestar/2025-11-02/evolucion-reproduccion-asistida-fertilidad_4237519/, consultado el 27 de diciembre de 2025.

El Independiente. "El Gobierno, en contra de la gestación subrogada: 'Protegemos el derecho de los niños a no ser mercancía'." 30 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.elindependiente.com/espana/2023/03/30/el-gobierno-en-contra-de-la-gestacion-subrogada-protegemos-el-derecho-de-los-ninos-a-no-ser-mercancia/, consultado el 14 de marzo de 2024.

La Sexta. "El Gobierno anuncia medidas contra la gestación subrogada y su publicidad." Disponible en: https://www.lasexta.com/noticias/nacional/ministra-igualdad-lamenta-que-resolucion-tribunal-supremo-blanquee-gestacion-subrogada, consultado el 14 de marzo de 2024.

El Progreso. "El PSOE plantea reforzar la ley para impedir traer bebés de gestación subrogada desde el extranjero." 30 de marzo de 2023. Disponible en:

https://www.elprogreso.es/articulo/espana/psoe-plantea-reforzar-ley-impedir-traer-ninos-gestacion-subrogada/20230330121050165288O.htm, consultado el 14 de marzo de 2024.

Euronews. "España reabre la puerta a los bebés de vientre de alquiler de Ucrania." *Euronews*, 7 de septiembre de 2018. Disponible en: https://es.euronews.com/2018/09/07/espana-reabre-la-puerta-a-los-bebes-de-vientre-de-alquiler-de-ucrania, consultado el 4 de mayo de 2024.

Europa Press. "La ley altruista de gestación subrogada en Portugal: tumbada varias veces por el TC y con un solo proceso ejecutado." Disponible en: https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-ley-altruista-gestacion-subrogada-portugal-tumbada-varias-veces-tc-solo-proceso-ejecutado-20230330190711.html, consultado el 10 de enero de 2026.

Gamble, Natalie. "Should Surrogate Mothers Still Have an Absolute Right to Change Their Minds?" *BioNews*, 2 de octubre de 2012. Disponible en: https://www.progress.org.uk/should-surrogate-mothers-still-have-an-absolute-right-to-change-their-minds/, consultado el 23 de mayo de 2024.

García, Berta O. "La publicidad de la gestación subrogada: prohibida pero tolerada." *El Común*, 23 de enero de 2025. Disponible en: https://elcomun.es/2025/01/23/la-publicidad-de-la-gestacion-subrogada-prohibida-pero-tolerada/, consultado el 4 de mayo de 2025.

García, Óscar. "Ciudadanos aplaza su polémica Ley de Gestación Subrogada porque ahora ya no la ve prioritaria." *Cadena SER*, 18 de junio de 2018. Disponible en: https://cadenaser.com/ser/2018/06/18/politica/1529339676_032423.html, consultado el 21 de octubre de 2024.

Haberman, Clyde. "Baby M and the Question of Surrogate Motherhood." *The New York Times*, 23 de marzo de 2014. Disponible en: https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html, consultado el 10 de enero de 2026.

Horowitz, Jason. "Surrogacy Emerges as the Wedge Issue for Italy's Hard Right." *The New York Times*, 4 de abril de 2023. Disponible en: https://www.nytimes.com/2023/04/04/world/europe/italy-surrogacy-meloni.html, consultado el 9 de enero de 2026.

Hospital Clínic Barcelona. "El Hospital Clínic hace el primer trasplante de útero en España." Disponible en: https://www.clinicbarcelona.org/noticias/el-hospital-clinic-hace-el-primertrasplante-de-utero-en-espana, consultado el 16 septiembre 2023.

Hospital Sant Joan de Déu Barcelona. "Una placenta artificial para aumentar la supervivencia de los prematuros extremos." 3 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.sjdhospitalbarcelona.org, consultado el 23 de diciembre de 2020.

Jara, Yuli. "Los datos de la gestación subrogada…" *Newtral*, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.newtral.es/datos-gestacion-subrogada/20230329/, consultado el 6 de abril de 2024.

"La ley altruista de gestación subrogada en Portugal: tumbada varias veces por el TC y con un solo proceso ejecutado." *Europa Press*. Disponible en:https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-ley-altruista-gestacion-subrogada-portugal-tumbada-varias-veces-tc-solo-proceso-ejecutado-20230330190711.html, consultado el 10 enero de 2026

"Las adopciones internacionales en España caen en picado…" *El Mundo*, 3 de abril de 2024. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2024/04/03/660cef7ffc6c839f5e8b45a0.html, consultado el 2 de septiembre de 2025.

"La baronesa Thyssen adopta a dos niñas gemelas." *Hola.com*, 26 de junio de 2006. Disponible en: https://www.hola.com/actualidad/2006062626902/famosos-baronesa-adopcion/, consultado el 30 de agosto de 2022.

"La baronesa Thyssen adoptará dos gemelas de Los Ángeles." *20minutos.es*, 28 de junio de 2006. Disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/135773/0/Carmen/Cervera/gemelas/, consultado el 30 de agosto de 2022.

Macpherson, Ana. "Testimonios de padres, hijos y gestantes." *La Vanguardia*, 2 de junio de 2017. Disponible en: https://www.lavanguardia.com, consultado el 19 de abril de 2025.

Martín-Arroyo, Javier. "Maltratadores de violencia machista que cambian de sexo en el registro civil para intentar eludir condenas." *El País*, 22 de agosto de 2024. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/, consultado el 1 de septiembre de 2024.

N. R. C., y E. M. "El Gobierno perseguirá a las parejas que recurran a gestación subrogada en la nueva ley del aborto." *ABC*, 11 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.abc.es/sociedad/abci-tribunales-podran-perseguir-parejas-recurran-extranjero-para-gestacion-subrogada, consultado el 20 de mayo de 2022.

Nius. "Radiografía de los datos de la gestación subrogada: 8 de cada diez familias españolas eligieron EE. UU." 30 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.niusdiario.es, consultado el 10 de junio de 2023.

NTM / Agencias. "El Gobierno español afirma que la gestación subrogada es 'una forma de violencia contra las mujeres'." *Deia*, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.deia.eus/actualidad/sociedad/2023/03/29/montero-reitera-gestacion-subrogada-forma-6624132.html, consultado el 14 de marzo de 2024.

Ondarra, Marcos. "Una laguna en la 'ley trans' legaliza la gestación subrogada si la mujer se declara hombre." *The Objective*, 31 de marzo de 2023. Disponible en: https://theobjective.com/espana/2023-03-31/laguna-ley-trans-gestacion-subrogada, consultado el 31 de marzo de 2023.

Ortiz, Ana María. "Una gestante ucraniana: 'No pensé en quedarme el bebé; quería el dinero para pagar un piso'." *El Mundo*, 6 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.elmundo.es/, consultado el 14 de enero de 2023.

Ortiz, Ana María. "El Gobierno anula en 24 horas la orden para inscribir con el ADN a los bebés de gestación subrogada." *El Mundo*, 16 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2019/02/16/5c684e, consultado el 10 de julio de 2024.

Ortiz, Ana María. "Treinta parejas españolas en el limbo ucraniano por la gestación subrogada." *El Mundo*, 6 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/2018/08/30/5b870, consultado el 3 de mayo de 2024.

Redacción Digital Informativos Telecinco. "¿Cuánto tiempo se tarda en adoptar a un niño en España?" *Informativos Telecinco*, 29 de marzo de 2023. Disponible en:

https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20230329/cuanto-tiempo-tarda-adoptar-nino-espana_18_09128523.html, consultado el 7 de enero de 2024.

Redacción E&J. "Los padres por gestación subrogada pueden solicitar la prestación por nacimiento y cuidado de un menor." *Economist & Jurist*, 12 de abril de 2023. Disponible en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/los-padres-por-gestacion-subrogada-pueden-solicitar-la-prestacion-por-nacimiento-y-cuidado-de-un-menor/, consultado el 14 de marzo de 2024.

Redacción. "La Generalitat reconocerá la gestación subrogada." *La Vanguardia*, 30 de enero de 2017. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/vida/20170130/413839253243/generalitat-gestacion-subrogada-permiso-maternidad.html, consultado el 14 de marzo de 2024.

Rojo, Iratxe. "Un 58,3 % de los españoles está a favor de legalizar la gestación subrogada." *El Mundo*, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2023/03/29/642418ad21efa071708b4587.html, consultado el 4 de junio de 2024.

RTVE Play. "Los niños no pueden ser utilizados como una terapia". Entrevista a Ana Trejo, 5 de abril de 2023. Disponible en: https://www.rtve.es/play/videos/hablando-claro/fundadora-stop-vientres-alquiler/6852393/, consultado el 1 de abril de 2024.

Quirónsalud. "40 años del primer nacimiento por fecundación in vitro en España." Disponible en: https://www.quironsalud.com/es/comunicacion/actualidad/40-anos-primer-nacimiento-fecundacion-in-vitro-espana, consultado el 27 de diciembre de 2025.

Ruiz, R. "El 60 % apoya la maternidad subrogada solo en casos excepcionales." *La Razón*, 5 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.larazon.es/sociedad/el-60-apoya-la-maternidad-subrogada-solo-en-casos-excepcionales-DH14645868/, consultado el 16 de junio de 2024.

Sáinz, Jorge. "Una clara mayoría a favor de que se autorice la gestación subrogada." *El Español*, 26 de febrero de 2017. Disponible en: https://www.elespanol.com/sociedad/20170225/196480632_0.html, consultado el 16 de junio de 2024.

Schulte, Brigid. "A Brief History of How We Think About Motherhood." *The Washington Post*, 6 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/opinions/a-brief-history-of-how-we-think-about-motherhood, consultado en junio de 2020.

Sedgwick, Helen. "Artificial Wombs Could Soon Be a Reality. What Will This Mean for Women?" *The Guardian*, 4 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.theguardian.com, consultado el 2 de enero de 2019.

Soler, Sofía. "El limbo de los bebés nacidos de madres de alquiler durante la guerra en Ucrania: 'Pueden ser objeto de explotación'." *RTVE Noticias*, 28 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml, consultado el 4 de mayo de 2024.

Sosa Troya, María. "El 58 % de los españoles aceptan los vientres de alquiler, según una encuesta." *El País*, 9 de octubre de 2019. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/10/09/actualidad/1570617936_187017.html, consultado el 4 de junio de 2024.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "Refusal to Register the Birth Details of a Child Born Abroad through Surrogacy Not in Breach of the Right to Respect for Private Life, in so far as a Legal Parent-Child Relationship Can Be Established through Adoption." *Press Release ECHR 215 (2020)*, 16 de julio de 2020. Disponible en: https://www.stoppt-leihmutterschaft.at/, consultado el 20 de mayo de 2024.

Zuil, María. "Pesadilla en Kiev para 20 familias de vientre de alquiler: 'No dan pasaporte a los bebés'." *El Confidencial*, 27 de agosto de 2018, actualizado el 25 de septiembre de 2018. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-27/ucrania-kiev-atrapados-vientres-de-alquiler-familias-pasaporte-adn_1607834/, consultado el 3 de mayo de 2024.

FUENTES WEB JURÍDICO-DIVULGATIVAS / PRÁCTICAS

Alviar González Tolosa Attorneys. "Surrogacy in Colombia: All You Need to Know". Disponible en: https://www.agtattorneys.com/, consultado el 9 de enero de 2024.

American Surrogacy. "What You Need to Know About Surrogacy Laws in California". Disponible en: https://www.americansurrogacy.com/, consultado el 10 de enero de 2024.

Apex Bioética. "Argumentos jurídicos a favor de la gestación subrogada: todo lo que debes saber". Disponible en: https://apexbioetica.org, consultado el 6 de mayo de 2024.

Asociación Son Nuestros Hijos. "¿Qué es la subrogación gestacional?". Disponible en: https://www.sonnuestroshijos.com/, consultado el 10 de septiembre de 2023.

Asociación Son Nuestros Hijos. "Ideario". Disponible en: https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/index.html, consultado el 6 de septiembre de 2025.

Blog Instituto Bernabéu. "Pasado, presente y futuro de la reproducción asistida". Disponible en https://www.institutobernabeu.com/es/foro/pasado-presente-y-futuro-de-la-reproduccion-asistida/, ,consultado el 13 de mayo de 2024.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen. "La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español". *El Derecho*, 11 de junio de 2020. Disponible en: https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol, consultado el 11 de enero de 2024.

Colectivo "No somos vasijas". "Nosotras parimos, nosotras decidimos". Disponible en: http://nosomosvasijas.eu/, consultado el 6 de septiembre de 2025.

Cortés Tovar, Rosario. "Cesión de vientre en Roma." *Tironiana*, 7 de marzo de 2018. Disponible en: https://tironiana.wordpress.com/, consultado el 13 de mayo 2022.

Creative Family Connections. "US Surrogacy Law Map." Disponible en: https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/, consultado el 10 de enero de 2026.

Crespo Law Abogadas de Familia. "La filiación por posesión de estado." *Blog de Crespo Law*, 30 de junio de 2023. Disponible en: https://www.crespolaw.es/blog/filiacion-posesion-estado/, consultado el 10 de septiembre de 2023.

De Lorenzo, Ricardo. "Gestación por sustitución vs. interés superior del menor." *Redacción Médica*, 21 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.redaccionmedica.com/opinion/gestacion-por-sustitucion-vs-interes-superior-del-menor--3251, consultado el 23 de enero de 2023.

Declaration of Casablanca for the Universal Abolition of Surrogacy. "Surrogacy as a Minimum Case of Trafficking at European Level." Estrasburgo, 2024. Disponible en: https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/surrogacy-as-a-minimum-case-of-trafficking-at-european-level/, consultado el 20 de mayo de 2024.

Dexeus Mujer. "40º Aniversario de Victoria Anna: Se cumplen 40 años del primer nacimiento por fecundación in vitro en España." Nota de prensa, 4 de julio de 2024. Disponible en: https://www.dexeus.com/es/noticias/40-aniversario-victoria-anna, consultado el 20 de agosto de 2024.

"Embarazo subrogado: argumentos clave a favor y en contra." *Guía Legal*. Disponible en: https://guia-legal.com/embarazo-subrogado-argumentos-clave-a-favor-y-en-contra/, consultado el 6 de mayo de 2024.

Enciclopedia Iberoamericana. "Sumerios." Editado por Grudemi, 2022. Disponible en: https://enciclopediaiberoamericana.com/sumerios/, consultado el 13 de abril de 2023

Fernández Rozas, José Carlos. "Actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución (Instrucción DGSJFP 28 abril 2025)." *Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 6 de mayo de 2025. Disponible en: http://www.fernandezrozas.com, consultado el 6 de agosto de 2025.

Fernández, Rosa. "Las adopciones en España: datos estadísticos." *Statista*. Disponible en: https://es.statista.com/temas/6036/las-adopciones-nacionales-e-internacionales-en-espana, consultado el 26 de noviembre de 2024.

Fundación Acción Pro-Derechos Humanos. "Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) – Tribunal de Estrasburgo." Disponible en: https://www.derechoshumanos.net, consultado el 20 de mayo de 2024.

García Ruiz, María del Pilar. "Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión." *ElDerecho.com*, 5 de enero de 2018. Disponible en: https://elderecho.com/, consultado el 20 de mayo de 2020.

Garrido, Departamento de Documentación. "Cambio de paradigma respecto de la gestación subrogada: la filiación deberá establecerse conforme a los procedimientos legales ordinarios de la legislación española." *Garrido Abogados*, 1 de mayo de 2025.

Disponible en: https://garrido.es/gestacion-subrogada-la-filiacion-debera-establecerse-conforme-a-procedimientos-legales-ordinarios-de-legislacion-espanola-instruccion-direccion-general-seguridad-juridica-y-fe-publica-28-abril-2025, consultado el 7 de septiembre de 2025.

"Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España." *Noticias Jurídicas*. Disponible en: https://noticias.juridicas.com, consultado el 6 de mayo de 2024.

Gillard, Arnaud. "Family Law in Belgium: Overview." Disponible en: https://gillard-avocat.be/en/the-law-firm/, consultado el 24 de marzo de 2025.

Guía Legal. "Embarazo subrogado: argumentos clave a favor y en contra." Disponible en: https://guia-legal.com/embarazo-subrogado-argumentos-clave-a-favor-y-en-contra/, consultado el 6 de mayo de 2024.

Her Lawyer. "Surrogacy Laws in California: The Basics." 1 de febrero de 2022. Disponible en: https://herlawyer.com/surrogacy-laws-california/, consultado el 10 de enero de 2026.

"Historia de la reproducción asistida." *Blog de Actualidad Vita Medicina Reproductiva*, s.f. Disponible en: https://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/historia-reproduccion-asistida, consultado el 13 de mayo de 2024.

Höchl, Karin. *Overview of Surrogacy in Switzerland*. Lic. iur. HSG, Attorney-at-Law. Disponible en: https://schaubhochl.ch/, consultado el 9 de enero de 2026.

IRTSA International Reproductive Technologies Support Agency. "Legislación ucraniana." Disponible en: http://www.irtsa.com.ua/es/legislation/ukraine.html, consultado el 10 enero de 2026.

Kravtsova, Talina, y Maryna Korniienko. "Surrogacy in Ukraine: Legal Regulation and Judicial Practice." *Lexology*, agosto de 2020. Disponible en: https://www.lexology.com/library/document, consultado el 20 de septiembre de 2020.

Kudisch Castelló, Ana María. "Family Law in Mexico: Overview." *Kudisch Abogados SC*. Video de YouTube. Disponible en: https://www.youtube.com/shorts/cb44TKTwbeY, consultado el 13 de mayo de 2025.

"Las evolución de la gestación subrogada en España." *Economist & Jurist*. Disponible en: https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-evolucion-de-la-gestacion-subrogada-en-espana/, consultado el 29 de diciembre de 2025.

Lázaro González, Isabel Eugenia. "Gestación subrogada: nuevo pronunciamiento del Pleno de la Sala 1.ª del TS." *Blog de Editorial Jurídica Sepín*, 19 de mayo de 2022. Disponible en: https://blog.sepin.es/2022/05/gestacion-subrogada-sentencia-tribunal-supremo, consultado el 10 de septiembre de 2023.

López Guzmán, José, y Ángela Aparisi Miralles. *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Universidad de Navarra, en *BioeticaWeb*. Disponible en: https://www.bioeticaweb.com/wp-

content/uploads/2014/07/maternidad-subrogada.pdf, consultado el 20 de mayo de 2024.

Marchal Escalona, Nuria. "La última y novedosa decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada." *LegalToday*, 26 de julio de 2021. Disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/, consultado el 22 de noviembre de 2021.

Mark, Joshua J. "Boudicca." *World History Encyclopedia*. Disponible en: https://www.worldhistory.org/Boudicca/, consultado el 19 de abril de 2026.

Martínez Zorrilla, David. "Acerca de la justificación (no legalidad) de la gestación subrogada." *Blog de la UOC*, 5 de septiembre de 2023. Disponible en: https://blogs.uoc.edu/edcp/es/acerca-de-la-justificacion-no-legalidad-de-la-gestacion-subrogada/, consultado el 6 de mayo de 2024.

Noticias Jurídicas. "Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España." Disponible en: https://noticias.juridicas.com, consultado el 6 de mayo de 2024.

Olympe Abogados. "Gestación subrogada: ¿existe un vacío legal en España?" *Píkara Magazine*, 5 de abril de 2023. Disponible en: https://www.pikaramagazine.com/2023/04/gestacion-subrogada-existe-un-vacio-legal-en-espana/, consultado el 8 de julio de 2024.

Quesada Sarmiento, María Jesús. "Nueva modificación del Código Civil." *LegalToday*, 9 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/nueva-modificacion-del-codigo-civil-2023-03-09/, consultado el 4 de diciembre de 2024.

Raj A, Bhuvan, y Simran P. Kanchagar. "Global Perspectives on Altruistic Surrogacy: Analysing the Prohibition in Selected Countries and Recommendations for Legalization". *LawFoyer International Journal of Doctrinal Legal Research* 3, n.º 2 (2025). Disponible en: https://lijdlr.com/2025/06/16/global-perspectives-on-altruistic-surrogacy-analysing-the-prohibition-in-selected-countries-and-recommendations-for-legalization, consultado el 20 de febrero de 2026.

Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres (RECAV). "Comunicado internacional para la prohibición global del alquiler de vientres." *NoAlquilesVientres.com*. Disponible en: http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/, consultado el 3 de septiembre de 2025.

Salnikova, Anna. "Gestación subrogada en Ucrania: aspectos jurídicos." *Feskov Human Reproduction Group*. Disponible en: https://feskov.ua, consultado el 10 de enero de 2026.

Sánchez Vaquero, Mireia. "Ley de familias: descubre las claves y el proyecto de Ley." *Blog Factorial*, 6 de febrero de 2025. Disponible en: https://factorial.es/blog/ley-de-familias/#nuevos-tipos-familias, consultado el 18 de marzo de 2025.

Suleymanova, Aminat, Irina Moroz y Alexander Gubin. *Family Law in Ukraine: Overview*. *AGA Partners*. Disponible en: https://agalawyers.org/en/publications/, consultado el 10 de enero de 2026.

Warburton, Keith. *Background to Business in the USA*. *World Business Culture*. Disponible en: http://www.worldbusinessculture.com, consultado el 24 de enero de 2026.

World Population Review. "Surrogacy Legal States." Disponible en: https://worldpopulationreview.com/state-rankings/surrogacy-legal-states, consultado el 10 de enero de 2026.