

PRECEDENTES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

PATRICIA PANERO ORIA

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Barcelona, España

La maternidad subrogada, o también llamada gestación por sustitución¹ es un tema de máxima actualidad, y es habitual encontrar en la prensa noticias relacionadas con los vientres de alquiler², y complicado, ya que a pesar de ser una práctica prohibida y sancionada en muchos países, está permitida en otros.

El concepto legal de lo que la legislación española llama «gestación por sustitución», se encuentra en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de la Ley de Reproducción Humana Asistida que la define como «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», añadiendo además, expresamente, la nulidad de lo que ya es calificado como un contrato.

A pesar de ello existen mecanismos que permiten la inscripción en nuestro país de los niños nacidos por medio de esta figura siempre que cumplan ciertos requisitos, por lo que la población española no duda en acudir a aquellos países en los que está permitida, especialmente, ciertos Estados de EEUU, India o Rusia. No cabe duda alguna de que el Derecho de familia y, en especial los temas relacionados con la filiación, avanza a medida que lo hace la medicina, gracias a las nuevas opciones que nos plantean las novedades en materia de reproducción asistida e investigación, si bien no lo hace a la misma velocidad, lo que suscita innumerables problemáticas de orden ético, jurídico, psicológico, social, sociológico, económico, religioso, científico, etc.³, cuestiones que como apunta GONZÁLEZ VILLAR⁴, precisan de una regulación que ofrezca soluciones y proteja los intereses sobre todo de los niños, ya que, en el caso de la gestación por

¹ Se habla también de vientres de alquiler, maternidad por subrogación, paternidad subrogada, madres o úteros de alquiler, etc. Estamos de acuerdo con ALLIS, T. «The moral implications of motherhood by hire», *MEDICAL ETHICS* Vol. 5 No. 1 Jan-Mar, (1997), pp. 21-22. en que la elección del término no es baladí.

² Han tenido hijos a través de madres subrogadas, últimamente, Kim Kardashian, Ricky Martin y en nuestro país, Javier Cámara o Fernando Tejero.

³ Vid. MENDEZ BAIGES, V., y SILVEIRA GORSKI, H. C.: «Bioética y derecho». *Editorial UOC*. Barcelona, (2007). Pág. 121 y ss.

⁴ VILAR GONZÁLEZ, S., en «Situación actual de la gestación por sustitución», *Revista de Derecho UNED*, 14 (2014), pp. 897-931, pp. 901 y ss.

sustitución, nos encontramos ante una realidad social que se encuentra en auge en los últimos años.

Estos procesos son cada vez más frecuentes, por varias causas: 1) el aumento de la esterilidad, que aumenta cada año, entre un 10 y un 15 por ciento de la población en edad reproductiva, es decir, a una de cada seis parejas, Algunos factores que influyen son; la espera en la programación para tener hijos, lo que influye directamente en la capacidad reproductiva tanto de hombres como mujeres, las enfermedades de transmisión sexual, cáncer, efectos ambientales...etc; 2) la legalización de las parejas del mismo sexo que desean acceder a la paternidad, y 3) el deseo de muchas personas de ser padres o madres de forma individual, sin formar una pareja.

Por lo que tenemos el firme convencimiento, que acabará tipificándose en el ordenamiento jurídico español, como ya lo ha hecho recientemente el portugués⁵, por lo que la literatura jurídica sobre su posible calificación jurídica, a día de hoy es exhaustiva. En cualquier caso, se trataría de un contrato con dos partes intervinientes: el o los futuros padres que efectúan el encargo –padres comitentes⁶– y por otro la mujer –madre subrogada, gestadora o portadora– que se compromete a gestar en su vientre a un niño, al que entregará a los padres comitentes una vez nacido, con la renuncia a la filiación que le pertenecería como madre a favor del contratante o un tercero.

Este contrato, como ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina⁷, podría equipararse al de arrendamiento de obra o de servicios en el caso de hallarse tipificado, si bien, parece ser que dependerá de su modalidad. Así, vemos que puede darse una doble clasificación: a) según si hay o no contraprestación económica, y b) según si la madre tiene o no relación genética con el niño que nace.

a) En el primer caso, la gestación por sustitución podrá realizarse de modo «altruista», es decir, sin contraprestación alguna a cambio⁸, o bien, bajo la modalidad conocida como «subrogación comercial⁹» en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio. Si bien este segundo supuesto a nuestro juicio no plantea problema en cuanto su encaje en el contrato de arrendamiento, precisamente por la necesidad de existir contraprestación es la primera, la modalidad altruista, la que puede generar algún tipo de duda precisamente por lo contrario.

b) La segunda clasificación plantea dos variantes más; la llamada «gestacional» la madre portador sólo llevará adelante el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el bebé nacido, o la «tradicional» en la cual la mujer gestante apor-

⁵ A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, veio regular o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA). No obstante, el Tribunal Constitucional dedidó este abril (8 meses después de su aprobación) anular al considerar que violan principios y derechos constitucionales.

⁶ que a su vez pueden ser parejas de tradicionales, parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas. A ello hay que añadir la intervención de terceras y cuartas personas: desde las nuevas uniones «poliamor», Vid. MILLER, B., «Sexual orientation and the legal regulation of marriage», en Aparisi (edit.), Persona y Género, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.

puedan

⁷ vid, por todos VILAR GONZÁLEZ, S., en «Situación actual de la gestación por sustitución» cit., pp. 901.

⁸ al margen de los gastos médicos que pueda ocasionar.

⁹ VILAR GONZÁLEZ, S., en «Situación actual de la gestación por sustitución», cit., pp. 901 y ss.

tará su útero, y sus propios óvulos que serán fecundados. Este último supuesto no se trata estrictamente de un vientre de alquiler, ya que la subrogada se convertirá también en la madre biológica del niño¹⁰.

Queda patente pues, que no en todos los casos parece que se pueda hablar de contrato de arrendamiento. Para poder arrojar algo de luz sobre su posible –y futura– calificación jurídica, volvemos la vista hacia el Derecho Romano, que una vez más nos muestra la existencia de situaciones parecidas, si bien, adelantamos, no en todas sus posibilidades.

Se ha puesto de manifiesto repetidas veces¹¹, que la maternidad subrogada quiebra el principio tradicional del Derecho Romano atribuido a Paulo de *mater semper certa est*¹² ya que, a) permite separar el hecho de tener hijos de la complementariedad entre el varón y la mujer necesaria para concebir¹³, b) contempla la posibilidad de poder procrear sin la participación biológico-genética de la pareja e incluso sin su conocimiento¹⁴, y c) plantea problemas de filiación ya que pueden darse supuestos de doble filiación o incluso triple¹⁵.

Sin embargo, una vez más, Roma recoge situaciones que hasta hace escasos 50 años no eran ni planteables en nuestro derecho positivo; y a pesar de que son las nuevas técnicas de reproducción asistida las que dan lugar a nuevos medios para formar una familia, con el nacimiento del primer bebé probeta en julio de 1978, y con la primera subrogación comercial en 1980¹⁶, los orígenes de dicha práctica se encuentra ya en la antigua Mesopotamia donde era frecuente que las mujeres estériles acudieran a la subrogación tradicional para no ser marginadas y apartadas de la sociedad por no ser capaces de engendrar. Lo mismo ocurre en el pueblo de Israel, donde se permite que un hombre casado tenga un hijo con una sierva fértil, siendo el hijo de tal unión reconocido como hijo legítimo de la esposa. Así, en el Antiguo Testamento, se relatan algunas historias acerca de mujeres estériles que recuerdan bastante el actual problema de la

¹⁰ Lo que parece ser que no es recomendable al ser mayor la problemática que se podría suscitar al existir un vínculo biológico. Por ello, está expresamente prohibido en muchos ordenamientos en los que sí se permite la modalidad gestacional. VILAR GONZÁLEZ, S., en «Situación actual de la gestación por sustitución», cit., p. 902.

¹¹ cfr. sobre el tema DUPLA MARIN, M.T., «El principio Mater semper certa est, ¿a Debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias», *FUNDAMENTA IURIS. Terminología, principios e interpretatio*, Editorial Universidad de Almería, 2012, pp. 309-320.

¹² D. 2.4.5 Paul. lib. IV ad ed.

¹³ La segunda parte del fragmento de Paulo que atribuye la paternidad de los hijos a los nacidos en justo matrimonio, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ya fue superado por un lado con el reconocimiento de la Constitución española, a en su art. 39 de la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

¹⁴ MORÁN DE VICENZI, C.: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, Perú 2005, pág. 161.

¹⁵ Como sería el caso de que una mujer encargara el bebé, otra lo portara, y una tercera mujer donase sus gametos.

¹⁶ Bajo el seudónimo de Elizabeth Kane una mujer de Illinois dio a luz a un bebé el 9 de noviembre de 1980, convirtiéndose en la primera madre de alquiler. Kane fue inseminada artificialmente con el esperma del padre comitente, produciendo un hijo biológicamente relacionado con Kane y el padre previsto, que estaba casado con una mujer que no podía tener hijos. Sin embargo, tras dar a luz se mostró reacia a entregar al bebé, por lo que tuvo muchos problemas legales, hasta que al final le fue denegada la custodia del niño en base al convenio que había suscrito, y se vio obligada a entregar a su hijo a cambio de u\$ 11,500. KANE, E., *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother*, San Diego, CA, Harcourt Brace Jovanovich, 1988, 294 pp.

maternidad de alquiler, como es el caso de Sara, esposa del profeta Abraham que ante la imposibilidad de dar hijos, le propuso que tuviera uno con su esclava, aceptándolo como propio¹⁷, o el de Raquel que hizo lo mismo con su esposo Jacob¹⁸.

Centrándonos ya en lo que nos interesa, Roma nos vuelve a suministrar un claro precedente de la hoy llamada maternidad subrogada, si bien no en todas sus modalidades sino concretamente en la «tradicional» –aquella en que la mujer gestante aportará tanto su útero, como sus propios óvulos que serán fecundados-, y «altruista».

Varios son los ejemplos que nos suministran las fuentes, si bien el caso más destacado y conocido es el de Marcia, Catón y Hortensio, caso denominado por algunos autores como el «extraño triángulo»¹⁹, y recogido por Plutarco²⁰ y Lucano²¹.

Los personajes son efectivamente tres: Catón de Utica (el marido); Marcia (su esposa) y Quinto Hortensio Hortalo (el tercero), aunque como veremos, la hija de Catón –Porcia– también juega un papel destacable en nuestro caso. La Historia se desarrolla en el año 56 a.C., esto es, a finales de la época Republicana, cuestión a tener en cuenta por las concepciones sobre el matrimonio y el divorcio del momento, y por el panorama político y social reinante.

Catón y Hortensio eran buenos amigos. Además Hortensio admiraba a Catón de tal manera que deseoso de ligarse a su familia, con vínculos de sangre, le solicita como mujer a su hija Porcia, entonces casada con Marco Calpurnio Bíbulo, cónsul en el 59 a.C., con el que ya tenía dos hijos.

Para convencer a Catón, Hortensio, esgrimió el siguiente argumento: Si Porcia le hubiese dado un heredero, el [Hortensio] estaría más estrechamente unido a Catón y Bíbulo por esta comunidad de hijos²². Lo único que quería Hortensio es que ésta le diera un hijo, y una vez alcanzado el objetivo la devolvería a su marido.

Catón rechazó la propuesta de Hortensio²³, pero este, no dándose por vencido, propuso a aquel que le cediera a Marcia, su propia esposa, lo bastante joven aun para darle hijos tanto más cuanto la sucesión de Catón ya estaba asegurada (ya tenían 2 hijos²⁴).

El argumento esgrimido por Hortensio Hortalo para convencer a Catón esta vez el argumento fue que si a los ojos de los hombres un hecho similar podría parecer extraño,

¹⁷ Génesis 16 1-4: «Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella». De la unión de la esclava Agar y Abraham de nació Ismael. Posteriormente Jehová se apiadó de Sara concediéndole un hijo propio, Isaac. Sara, tras parir a Isaac como heredero legítimo, expulsó a Agar y a su hijo Ismael.

¹⁸ Génesis 30 1-6: «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. Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto llamó su nombre Dan («Él juzgó»).

¹⁹ CANTARELLA, Eva, *Pasado Próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Madrid, 1997, p. 141.

²⁰ Plutarco, *Caton Minor*, 25.

²¹ Lucano, *Pharsalia*, II, 331; *Comenta Lucani*, II, 33; y *Adnotationes Lucani*, II, 339.

²² Plut., *Caton Minor*, 25. vid. CANTARELLA, *Pasado Próximo, cit.*, p. 144.

²³ Porcia años después, al morir su marido contrajo matrimonio con Marco Junio Bruto, hijo de César.

²⁴ Lucano en *Phars.*, II, 331 habla de tres, pero parece ser que el tercero, a pesar de ser engendrado por Catón, nació después del matrimonio de Marcia con Hortensio, por lo que legalmente era de este.

desde un punto de vista de la naturaleza, resultaba bien hecho y útil a la comunidad el que una mujer, en la flor de la edad y de la belleza, no resultara inactiva, y no dejara marchitar su propia fecundidad; pero lo que no es hermoso es que proporcione dificultades al marido dándole más hijos que los necesarios²⁵.

Catón, frente a esta nueva petición duda, y consulta con su suegro, Lucio Marcio Filipo, padre de Marcia, que acepta. Curiosamente, a Marcia nadie le pregunta. Así, decidiéndose al final, Marcia se convierte en esposa de Hortensio en el año 56 a.C., dándole dos hijos. A la muerte de Hortensio, 6 años después, Catón vuelve a tomar, consigo a Marcia, como dice Apiano²⁶ y resalta CANTARELLA²⁷, como si la hubiera prestado, todavía joven y ahora además viuda rica.

Lo primero que nos llama la atención de esta historia, es que en las dos proposiciones de Hortensio, tanto en la de casarse con Porcia, como en la de casarse con Marcia, ambas mujeres estaban ya casadas.

En el caso de Porcia, el que la hija de Catón estuviera casada, parece ser que no era un problema, sino y más importante, una práctica habitual ya que al menos hasta el siglo II, los padres podían interrumpir el matrimonio de sus hijas o hijos, cuando quisieran, como pone de manifiesto Plutarco, precisamente por eso era requisito indispensable para poder contraer matrimonio el consentimiento del *paterfamilias* si los contrayentes eran *alieni iuris*²⁸.

La singularidad del caso de Marcia, más allá de la forma jurídica en la que se realiza, hoy sorprende por la mentalidad que revela, ya que muestra una ideología y unas costumbres familiares diferentes a las nuestras. Sin embargo el tono en que las fuentes lo refieren es absolutamente normal, sin escándalos, sin reprobaciones, sin desconcierto..., a pesar de tratarse de un suceso que fue muy difundido en la antigüedad más por la notoriedad de sus protagonistas –recordemos que Catón llegó a ser Pretor de Roma, y que Hortensio fue un prestigioso orador– que por lo que hicieron.

Los protagonistas personas maduras, habiendo superado el romanticismo juvenil y teniendo una visión moderada del matrimonio acorde a la época, entendiéndolo como una institución que sirve para dar continuidad al Estado: en efecto, para Catón el matrimonio no era más que el instrumento para asegurarse una descendencia²⁹ y cumplir así su deber con el Estado; desde el momento en que Marcia ya le había dado varios hijos, este, considerando el valor social, además del afectivo privado, aceptó la solicitud del amigo y le cedió la mujer fértil³⁰, divorciándose de ella.

Recordemos cual era el panorama político y social reinante a fines de la República, y cual era la concepción de la época sobre el matrimonio y el divorcio, el primero, era considerado según MOMMSEN, «como una carga digna de asumirse solamente en interés público»; Tanto fue así, como lo describe el citado romanista alemán, que las nefastas repercusiones del ocaso republicano, no tardaron en hacerse sentir en el propio seno familiar, por cuanto el matrimonio era considerado como una carga pública pesada, que

²⁵ Plutarco, *Caton Min.*, 25.5.

²⁶ Apiano, *Bell. civ.*, II, 14.9.

²⁷ *Pasado Próximo*, cit., p. 146.

²⁸ CANTARELLA, *Pasado Próximo*, cit., p. 113.

²⁹ Lucano 2, 387 y ss.

³⁰ Plutarco, *Caton Min.* 25.1.

todo patriota debía sobrellevar como un deber, mientras que el divorcio, se convirtió en un «acontecimiento natural y frecuente» como consecuencia del individualismo³¹.

Además, y en alusión al fundamento del matrimonio, es *communis opinio* entre la romanística que la finalidad de la unión marital era en efecto la *procreatio filiorum*, si bien en Derecho romano clásico no aparece de modo explícito. Así se desprende de la tristeza de algunas matronas romanas que no pudieron tener hijos, como en el conocido caso de Turia, que conocemos por la famosa *laudatio* pronunciada por su marido con ocasión de su muerte en el año 4, en plena época augustea: Mujer casta y respetuosa, no consiguió darle un hijo a su marido, y era tal su nobleza que llegó a proponerle que se divorciara de ella, ofreciéndose a abandonar el hogar a la fecundidad de otra mujer y a aceptar a los hijos que tuviera de esta como propios, proposición que el marido había rechazado³².

El comportamiento del marido de Turia, por lo general se suele contraponer al mantenido por Catón, si bien ambos casos, a nuestro juicio mantienen el mismo esquema: los matrimonios a término destinados a disolverse cuando la esposa hubiera cumplido con su deber, esto es, en palabras de CANTARELLA³³ una estrategia reproductiva de la aristocracia romana.

A tal punto era imprescindible dejar descendencia, que la esterilidad de la mujer se constituyó en una causa de divorcio, como en el caso de Spurio Carvilio Ruga (aproximadamente en el año 230 a.C.) narrado por Aulo Gelio, que repudió a su esposa, estando profundamente enamorado de ella porque no podía tener hijos³⁴.

Para entender el matrimonio romano hay que afrontarlo como una alianza entre dos familias concluido por razones económicas, sociales o políticas y por el deber de organizar la reproducción de los grupos familiares. Sólo desde esta óptica se puede entender la decisión de los maridos de ceder a sus mujeres cuando éstas eran *ventres*, es decir mujeres embarazadas.

Así, vemos que la *uxoris cessio*, era una práctica habitual entre las clases altas, y que era frecuente que el marido si ya había tenido el número suficiente de hijos, cediera a la propia esposa a otro hombre con la finalidad de que tuviera hijos en otra familia, para así estrechar alianzas sociales y políticas, no sólo en relación a intereses personales o familiares, sino en el marco de los intereses de la ciudad, es decir para cumplir con ese deber de Estado del que hemos hablado³⁵. O quizá como apunta NUÑEZ PAZ, porque formara parte del sagrado *officium amicitiae*³⁶.

Plutarco, habla que el marido romano en caso de tener un número suficiente de hijos, y si otro que deseaba tenerlos lo convencía, se separaba de la mujer y se la cedía,

³¹ BAZÀN, M. Elena y LLARYORA, Bibiana, «Maternidad subrogada –¿existió en Roma?», pp. 285 a 293, p. 286.

³² FIRA, III (*negotia*), Florencia, 1953.

³³ *Pasado Próximo, cit.*, pp. 151 y 152.

³⁴ cfr. sobre el tema NUÑEZ PAZ, Isabel, *Matrimonio y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, p. 89 y ss.

³⁵ Vemos así que los deberes públicos de la matrona romana no se circunscriben a su propia familia, sino que trascienden al interés público. NUÑEZ PAZ, «Progresivo y limitado reconocimiento de la figura materna en el Derecho Romano. De la cesión del vientre al ejercicio de la tutela» en *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*, Oviedo, 2009, p. 266.

³⁶ Séneca en *De Beneficiis*, 1.9.3, al hablar de los servicios que los amigos se prestan entre sí, menciona el préstamos de las esposas.

sin perder la *manus* o la potestad sobre ella³⁷. Una vez cumplido el objetivo, el marido podía recuperar a la mujer o no.

Y la mujer, como buena ciudadana, aceptaban desarrollar esta función, prueba de ello es que Marcia vuelve a contraer matrimonio con Catón, al que parece que no guardaba ningún rencor.

El marco jurídico en el que se realizaba esta cesión de la esposa, podía ser sin divorciarse del marido, y por tanto continuaban casadas con el primer marido, o divorciándose de él, como en el caso que nos ocupa, en el que se producen un divorcio (Marcia – Catón) y dos matrimonios (Marcia – Hortensio) y después (Marcia– Catón).

Es interesante destacar la utilización del verbo *locare*³⁸ en muchos textos referidos a esta cesión de la mujer. Es usado para indicar el acto de entregar a una mujer como esposa³⁹. Un verbo que señala como es entendido el matrimonio: como la cesión de algo a término con posibilidad de recuperación por parte del cedente, percepción que sin embargo no se corresponde con la realidad jurídica, ya que el término *locatio-conductio* es el que utilizan los romanos para referirse al arrendamiento, no al matrimonio. Vemos pues, que no resulta tan ajeno a lo que motiva esta comunicación y que hoy llamamos vientre de alquiler, ya que los romanos ceden, colocan –*de locare*– a sus mujeres, y hoy día se «alquilar» se contratan sus úteros. La diferencia es que los romanos, al «colocar», dar a sus hijas o esposas no exigían ningún tipo de contraprestación económica a cambio, ya que la *merces*, –que recordemos es lo que caracteriza cualquier tipo de arrendamiento y lo diferencia de otras figuras afines–, no es exigible en los casos que hemos mencionado.

Esto a nuestro juicio, encaja perfectamente en una de las diferentes modalidades que se contemplan hoy en la gestación por sustitución: la realizada de forma altruista, es decir, sin contraprestación alguna a cambio, y dando un paso más en aquella llamada hoy tradicional, esto es, en aquella en que la mujer aporta tanto su útero como sus propios óvulos.

En el de caso de Porcia, si Catón, su padre, hubiera accedido a la pretensión de Hortensio, se hubiese configurado, en efecto, lo que hoy se conoce como maternidad subrogada, pues Hortensio se comprometía a restituir la joven, a su esposo Bibulo después de haber parido. Así, la presunta madre hubiese donado un óvulo y su vientre, convirtiéndose en madre biológica y genética del niño (modalidad tradicional). Por su parte, el requirente asumiría los derechos y deberes derivados de la procreación. En ésta posición Hortensio sería no solo el padre genético, sino también biológico del nacido.

Reflexionando a cerca del segundo supuesto, el de Marcia, que es en realidad el que tuvo lugar, observamos la presencia de las notas necesarias ya mencionadas en la forma de maternidad subrogada que estamos tratando, el ofrecimiento de un óvulo y

³⁷ Lo que sería equiparable al caso de los hijos que eran cedidos como fuerza de trabajo *in mancipium* a otra familia, como recoge la Ley de las XII. NUÑEZ PAZ, *Progresivo y limitado reconocimiento*, cit., p. 266.

³⁸ Colocar, entregar, confiar, poner algo a disposición de alguien, conceder poder sobre algo.

³⁹ Muy utilizada la expresión *in matrimonium locare*, referida a dar en matrimonio. ROBLES, RUBEN, 'In Matrimonium Locare' (diccionario.leyderecho.org 2018) <http://diccionario.leyderecho.org/in.matrimonium-locare/> accedido 2018 April. 18. *Ad exemplum Terencio Phorm. 751-752...ut potui nuptum virgine locavi huic adolescenti... Sensu contrario*, Plauto nos habla de mujeres *inlocabilis*, como aquellas a las que les cuesta encontrar marido (por no gozar de dote) *Aul. 190: «Meam pauperiem conqueror. virginem habeo grandem, dote cassam atque inlocabilem, neque eam queo locare cuiquam»*.

la prestación del vientre realizados por la mujer, con la salvedad de que en la hipótesis planteada, los progenitores se unieron en legítimo matrimonio, previo divorcio de la donante.

Un dato –casi siempre olvidado– que no hemos tenido en cuenta hasta ahora, y que a nuestro juicio es el más interesante de toda esta cuestión, es el hecho de que Marcia, cuando fue entregada a Hortensio ya estaba embarazada, con lo que uno de los hijos frutos de ese matrimonio, era de Catón⁴⁰.

Parece ser que efectivamente, los romanos no solo solían ceder a sus mujeres, sino también que solían hacerlo en el momento en que ya estaban embarazadas: otros casos de personajes conocidos son el de Sila, que hizo que su hija Emilia⁴¹ se divorciara de su primer marido para casarse, ya embarazada con Gneo Pompeyo (81.^a.C.).

o Livia, esposa de Tiberio Claudio Nerón, y madre de Tiberio, que embarazada de su segundo hijo Druso, fue cedida a Augusto⁴².

Todos estos casos, a nuestro juicio también pueden encajarse en la hoy llamada maternidad subrogada a pesar de que el material genético masculino, tampoco fuera del hombre (marido en nuestro caso), porque como recoge la definición comúnmente aceptada por la doctrina que resulta de la sentencia n.º 826 de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, la gestación por sustitución «consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

Vemos así que sin contar con tecnologías sofisticadas, los romanos habían inventado una práctica que permitía alcanzar los resultados que hoy se alcanzan con los vientres de alquiler, y que una vez más Roma nos suministra una serie de ejemplos y casos reales que nada distan de la realidad y demanda social actual, y que pueden servir de base a la hora de tipificar nuevas posibilidades.

Sin embargo, no deja de sorprendernos no haber encontrado, al menos hasta el momento, ningún texto jurídico que se refiera a esta cesión de la mujer con fines reproductivos, lo que quizá, quiera decir algo: el hecho de que fuera una práctica social habitual al margen del derecho ¿no será, aventuramos, un aviso a navegantes que nos da desde su experiencia Roma en general y el Derecho Romano en particular? ¿Debemos tipificarlo, y encontrar su calificación jurídica, o dejarlo como está, en una práctica social, como hemos visto bastante habitual pero no recogida en nuestro ordenamiento jurídico?

⁴⁰ vid. supra n. 24.

⁴¹ hija de su cuarta mujer, Metella con su primer marido, Q. Emilio Escauro.

⁴² Plutarco, *Caton Minor*, 25, 52,6; Suetonio, *Octavius*, 62 y *Tiberius*, 4; Dion Cassio, 48-44, Plutarco, *Lycurgus– Numa*, 3.1-2; Séneca, *de Benef.* 1.9.3; Quintiliano, *Instituciones oratoriae*, 3.5.11 y 10.5.15, vid. THOMAS, Yan, *Le «ventre». Corps maternal, droit paternal». La genre humain*, 14. so este último muy polémico porque parece ser que Augusto la robó.

ABSTRACT: Surrogacy is a very complex issue today. Some argue that this is a lawful practice that must be legally recognized. However, the Spanish legal system, like most Western legal systems, does not regulate it. In the firm conviction that it will eventually be typified in our country, we wondered if it could be equated with the lease of works or services. In order to shed some light on its possible legal qualification, we turn to Roman law, which once again shows us the existence of similar situations.

KEYWORDS: surrogacy, precedents, Roman Law

