

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: septiembre

“LA MUJER EN LA ANTIGUA ROMA: ESPOSA, MADRE Y PROSTITUTA”

WOMEN IN ANCIENT ROME: WIFE, MOTHER AND PROSTITUTE



Realizado por la alumna **Marta Rancel Gutiérrez**

Tutorizado por la Profesora Dra. Doña **María Etelvina de las Casas León**

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Romano

ABSTRACT

This project revolves around the figure of women in ancient Rome, both from a synchronic and diachronic analysis, focusing on three different aspects, but at the same time very related to each other: marriage, motherhood and prostitution.

The woman's mission was to marry in order to procreate children. In the event that she could not have them, it became necessary to divorce or resort to alternative methods that today we can call surrogate motherhood; in the event that she did not marry, the woman was refused to live in concubinage or be considered a prostitute. In any of the status in which women found themselves, it played a significant role in the history of the same, since, despite being subordinate to men and being a civilization with firm patriarchal structures, the Roman woman was not a "defenseless creature" and without legal rights, compared to other ancient civilizations.

Key Words: woman, marriage, surrogate motherhood, prostitution, Roman Law.

RESUMEN

Este trabajo gira en torno a la figura de la mujer en la antigua Roma, tanto desde un análisis sincrónico como diacrónico, centrándonos en tres aspectos diferentes, pero a su vez muy relacionados entre sí: el matrimonio, la maternidad y la prostitución. La misión de la mujer era contraer matrimonio para procrear hijos. En el caso de que no los pudiera tener, se hacía necesario el divorcio o acudir a métodos alternativos que hoy podemos denominar "gestación por sustitución"; en el caso de que no se casara, la mujer era renegada a vivir en concubinato o ser considerada una prostituta. En cualquiera de los status en el que se encontrase la mujer, ocupó un papel relevante para la historia de la misma, puesto que, a pesar de estar subordinadas a los hombres y ser una civilización con firmes estructuras patriarcales, la mujer romana no era una "criatura indefensa" y sin derechos legales, en comparación con otras civilizaciones antiguas.

Palabras clave: mujer, matrimonio, maternidad subrogada, prostitución, Derecho romano.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. LA MUJER ROMANA EN LA FAMILIA Y EL DERECHO: CONCEPTOS BÁSICOS
 - La patria *potestas* en la familia romana
 - El mujer en *matrimonio cum manu*
 - La *tutela mulieris*

3. LA MUJER EN EL MATRIMONIO: MATRIMONIO Y DIVORCIO
 - 3.1 Definición de matrimonio
 - 3.2 Elementos y Requisitos del matrimonio romano
 - 3.2.1 Elementos subjetivos y objetivos
 - 3.2.1.1 Elemento subjetivo: *consensus* o *affectio maritalis*
 - 3.2.1.2 Elemento objetivo: convivencia. *honor matrimonii* y *deductio in domun*
 - 3.2.2 Requisitos del matrimonio
 - 3.3 Tipos de matrimonio romano
 - 2.3.1 Cum manu
 - 2.3.2 Sine manu
 - 3.4 Disolución del matrimonio: El divorcio
 - 3.5 Concubinato

4. LA MUJER EN LA MATERNIDAD: MATERNIDAD SUBROGADA
 - 4.1 Maternidad y paternidad: El principio *mater semper certa est*. Actualidad.
 - 4.2 La esterilidad: Los casos de Marcia, Turia, Sila y Livia.
 - 4.3 Maternidad subrogada: De la antigua Roma a la actualidad
 - 4.4 La gestación por sustitución: Una nueva forma de filiación. Encaje legal en España.
 - 4.5 ¿*Mater semper certa es*? Conclusiones

5. LA MUJER EN LA PROSTITUCIÓN: HACIA LA LEGALIDAD

5.1 Concepto de prostitución y prostituta

5.2 El origen de la prostitución

5.3 Control administrativo y fiscal de la prostitución

5.4 De la antigua Roma a la actualidad: Legislación Europea actual

5.4.1 El Modelo Holandés

5.5 La ilegalidad de la prostitución en España

5.5.1 España no es Holanda

6. CONCLUSIONES FINALES

7. BIBLIOGRAFÍA

8. FUENTES

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo realiza un análisis sobre la mujer en la antigua Roma desde diferentes estatus: La mujer romana como esposa, la mujer romana como madre y la mujer romana prostituta.

Este análisis es tanto diacrónico, pues hemos comprobado que la situación de la mujer en la antigua Roma no son más que antecedentes a la realidad actual de la misma; como un análisis sincrónico, puesto que hemos comparado la realidad de la actualidad tanto entre los diferentes países comunitarios como extracomunitarios. Para ello utilizamos el método histórico crítico desde la exégesis de fuentes jurídicas y literarias romanas como el Digesto, hasta la vigente normativa y noticias de actualidad, pasando por bibliografía de grandes romanistas.

El objetivo de base de este trabajo es demostrar que, a pesar de la creencia de que la mujer romana estaba limitada y discriminada por habitar en una sociedad patriarcal, ésta, además de sentar las bases de nuestra sociedad actual, había llegado mucho más allá:

- El divorcio, legal en la antigua Roma, prohibido en España hasta el año 1932 con la llegada de la II República. La Guerra Civil y la consiguiente dictadura franquista abolieron toda norma anterior a 1939, prohibiendo nuevamente el divorcio, quedando la libertad de las mujeres atada durante más de 40 años. El 22 de junio de 1981, el pleno del Congreso de los Diputados aprobaba la Ley del Divorcio. Sólo hace 41 años que es legal en España.
- La maternidad subrogada, algo habitual y bien visto en la antigua Roma, ilegal en España. Los españoles que quieran recurrir actualmente a esta técnica deben viajar a países donde sí lo sea. Hasta hace muy poco ni siquiera existía la posibilidad de inscribir a estos hijos en el Registro Civil.
- La prostitución, legal en la antigua Roma, alegal en la actual España. Millones de euros en el mercado negro, proxenetismo, abuso, menores y extranjeras.

Esto es, a grandes rasgos, lo que analizaremos con detenimiento a continuación.

2. LA MUJER EN LA FAMILIA Y EL DERECHO: CONCEPTOS BÁSICOS.

En el Derecho Romano, la plena capacidad jurídica se alcanzaba con el cumplimiento de cuatro requisitos: Ser persona, ser libre, ser ciudadano y no estar sujeto a potestad ajena.¹

El primer requisito para llegar a ser considerada persona se adquiría tras el nacimiento efectivo, con vida y con forma humana del nacido.² El derecho romano consideró persona al ser humano con independencia de su capacidad³. “*Para referirse a la persona física, las fuentes romanas utilizaban los términos persona y caput (cabeza o individuo)*”⁴

Por otra parte, nos encontramos con el necesario cumplimiento de otros tres status mencionados:

- El *status libertatis*, que hace referencia a la libertad del individuo. Así, un esclavo, aunque fuese considerado persona, no tendría plena capacidad jurídica, ya que este formaría parte del patrimonio de un hombre libre (*dominica*

¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A. mayo 2019, *Manual de Derecho Romano* [en línea], Thomson Reuters [Consulta 8 de agosto 2022], ISBN 978-84-1309-468-7, disponible en: https://proview-thomsonreuterscom.accedys2.bbt.ull.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F187906085%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a50000017116798b5c8100067f#sl=0&eid=846c5761483748576b83b093a0d4d5db&eat=a-A-BIB_2019_4546&pg=&psl=p&nvgS=false : “Con el término status se hace referencia a la posición de una persona en relación con la libertad, status libertatis, con la ciudadanía, status civitatis, o con la familia, status familiae. Como ya se ha señalado, sólo a aquellas personas, en las que confluye la situación más favorable en relación con los tres status, consistente en ser libre, ciudadano romano y no sometido a potestad familiar, se les reconoce una plena capacidad jurídica”. En el mismo sentido, HORMIGO LOPEZ, P., “Posición jurídica de la mujer en el derecho Romano” Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Facultad de Derecho, 2020, Pág.10.

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *op.cit.*: “El feto debe nacer vivo. Así en D. 50.16.129, afirma Paulo que: «Quienes nacen muertos, no son considerados ni nacidos, ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos». C. J. 6.29.3: «Si ha sido dado a luz el que era llevado en el vientre, ha de nacer vivo». A los efectos de la determinación de existencia o no de vida, los juristas de la escuela proculeyana, consideraban que se requería que el recién nacido emitiese algún sonido para que se considerase vivo y, por el contrario, los juristas sabinianos, entendían que bastaba con que el nuevo ser se moviese o respirase, lo que se produciría, en todo caso, aunque éste fuese mudo, para entender que había nacido vivo, criterio seguido por Justiniano, por su mayor flexibilidad y propensión a favorecer la presunción de vida extrauterina.”

³ PÉREZ PÉREZ, V., “Capacidad de la mujer en derecho romano privado”, *Clepsydra: Revista de estudios de género y Teoría feministas*, Nº 16, noviembre 2017, p.192.

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *op. cit.*

potestas)⁵. Si el que ostentaba su potestad le hacía libre, mediante la manumisión, este podría ser ciudadano romano (*liberto*), sin embargo, siempre pertenecería a una clase social distinta a la que pertenecen los que nacieron libres (*ingenuos*).⁶

- El segundo se refiere al *status civitatis*, es decir, ser considerado ciudadano romano (*civitas*). Este sería comparable en la actualidad a la “nacionalidad”. La ciudadanía se adquiría: por nacimiento, por ley, por concesión discrecional de la autoridad política o por manumisión. Así, carecían de la ciudadanía romana ciertos individuos que eran considerados peregrinos, los cuales provenían de otros pueblos.⁷

En palabras del profesor FERNANDEZ DE BUJÁN⁸, *los ciudadanos gozaban, entre otros, del derecho a contraer matrimonio legítimo iustae nuptiae, iustum matrimonium, el derecho a intervenir en todo tipo de relaciones de contenido patrimonial, ius commercii; la capacidad para otorgar testamento y para ser instituido heredero, legatario, donatario etc.*”

En cuanto a los peregrinos se refiere, *“se les aplicaba o bien las normas jurídicas de la comunidad a la que pertenecían o bien las disposiciones que integraban el ius gentium. Con carácter general se les reconoció capacidad en el ámbito patrimonial, comercial y procesal.”*

⁵ FERNANDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*: “El contrapunto a la libertad de la persona era la esclavitud, la cual fue conformada en Derecho Romano no como una institución propia del pueblo romano, del *ius civile romanorum*, considerado como el derecho propio de la ciudad, *ius proprium civitatis*, sino como una institución del *ius gentium*, común a todos los pueblos. Así se establece en D.1.5.4.1: «La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno»”.

⁶ *Ibidem*: “En el Derecho Romano, en definitiva, existió, como en todos los derechos antiguos, la distinción entre libres y esclavos, siendo estos últimos aquellas personas a quienes la norma positiva, y no la naturaleza, privaba de libertad. Existen unos claros mecanismos por los que se sale o se cae en la situación de esclavo, y estos mecanismos son de derecho, no de mero hecho o fuerza, si bien no cabe olvidar la perspectiva kelseniana de la consideración del derecho como regulación del uso de la fuerza.”

⁷ *Ibidem*: “Para el Ordenamiento Jurídico de Roma, en materia de nacionalidad, el hombre libre, o bien era ciudadano romano, *civis*, y por ende, miembro de pleno derecho de la ciudad-estado, que era la *civitas romana*, o bien era un no ciudadano, *peregrinus*, esto es una persona que, no obstante tener su residencia en una ciudad, municipio o colonia situada en el territorio estatal romano, no tenían reconocida la ciudadanía romana.”

⁸ *Ibidem*

- El último es el *status familiae*, referido a no estar sujeto a la potestad de otra persona, ser *sui iuris*. A sensu contrario, los individuos sujetos a potestad ajena, *los alieni iuris*, no tendrían plena capacidad jurídica.⁹

Debido a la necesidad de cumplir con los cuatro *status* o requisitos, podemos afirmar que aunque sería sujeto de plena capacidad jurídica, no tendría capacidad de obrar, ya que se encontraría siempre bajo la potestad ajena de forma permanente (*patria potestas o manus*)¹⁰

La patria potestas en la familia romana

El *status familiae* lo ostentaba el *paterfamilias*, que era la figura principal en la familia romana. Éste aplicaba la potestad sobre sus descendientes (fueran mujeres o varones), y la *manus* de su mujer, si el padre y la madre habían celebrado un matrimonio *cum manu*. Los hijos e hijas por tanto, mientras viviese el padre y no se diese la emancipación, eran *alieni iuris*, pero con la muerte del *paterfamilias*, el hijo se convertiría en *sui iuris* con plena capacidad jurídica. La hija, aunque considerada *sui iuris* también, no gozaría de esta capacidad jurídica por su condición de mujer por lo que era necesaria la asignación de un tutor.¹¹

El mujer en matrimonio cum manu¹²

Cuando la mujer tenía edad suficiente para poder casarse, su padre elegía si el matrimonio se celebraba con la *conventio in manu* o *sine manu*.¹³ Si bien es cierto que, durante muchos siglos en Roma, la única opción de matrimonio era la *cum manu*.

Esto significaba que la mujer casada *in manu* dejaba de ser parte de la familia originaria, rompiendo el vínculo con la misma e ingresaba en una nueva familia con su marido. Si en la nueva familia el *paterfamilias* fuese el suegro, la mujer entraría a formar parte de ella como una nieta (*neptis loco*) bajo su autoridad. Si por el contrario, el marido fuera el

⁹ SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., et al. “Observaciones sobre el concepto de status y de posesión de estado en el derecho romano, a propósito del artículo 39.2 de la CE y de la reforma del código civil de 1981 en materia de filiación”. 1999, p. 476 y ss.

<https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/18401?show=full>

¹⁰ MANTILLA MOLINA, R. L., “Sobre el concepto de status”, *Revista de la facultad del derecho de México*, N°29, p.15. Así como PÉREZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 192.

¹¹ PÉREZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 192

¹² HORMIGO LOPEZ, P., *op. cit.*, p. 11

¹³ LÓPEZ ABELAIRA, E., *Mujer pagana / mujer cristiana en ad uxorem de Tertuliano- Raíces culturales de Europa: textos y lenguas*, Málaga 2015, p. 47

cabeza de familia, la mujer pasaría a tener dentro de esa familia política la condición de hija (*loco filiae*) bajo su custodia.

La tutela mulieris

Cuando la mujer romana conseguía ser *sui iuris* por la muerte de su *paterfamilias* y el casamiento *sine manu*, adquiría ciertas capacidades jurídicas de las cuales carecían las mujeres *alieni iuris* bajo la potestad de su padre o marido. Esta capacidad, la cual concernía en mayor parte a efectos patrimoniales, permitía a la mujer administrar sus bienes (como por ejemplo fincas rústicas), pero con la excepción de completar ciertos negocios jurídicos de mayor envergadura con la *auctoritatis interpositio* de su tutor

El tutor sería una figura masculina que complementase la capacidad jurídica de la mujer por razón de su sexo. Se habla de esta figura como la perpetua tutela de la mujer *sui iuris*, ya que necesitaría la intervención de dicho tutor de forma permanente, para determinados actos.

La ley de las XII Tablas, establecía la posibilidad *paterfamilias* de designar el tutor a su elección en su testamento, y era frecuente que éste estableciera que el tutor fuese el marido de la hija.¹⁴

3. LA MUJER COMO ESPOSA: EL MATRIMONIO ROMANO

3.1. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO ROMANO

En las fuentes romanas, se utilizaban diferentes vocablos para referirse a la figura social y jurídica del matrimonio, según en la diferente época en la que se encontraba: *matrimonium*, *nuptiae*, *consortium*, *coniunctio*, *communicatio*, *societas*, *pactum*, *foedus*, etc¹⁵.

Desde un punto de vista etimológico del término *matrimonium*, este “*se trata de un compuesto de mater (matris), madre y nonium (calidad de), mientras que el vocablo pater unido al mismo sufijo da lugar a patrimonium o conjunto de bienes hereditarios, por lo que tiene una serie de connotaciones económicas*”¹⁶

¹⁴ PÉREZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 204

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid 2008, p. 134 y ss;

¹⁶ DE LAS CASAS LEON, M.E., “Las máximas “*Mater Semper certa est*” y *conceptus pro iam nato habetur*”: Su evolución hasta el derecho actual”, Ed. Dykinson S.L., Madrid 2020, p. 81

Suele decirse que el matrimonio romano es un acto jurídico, pero la realidad es que se trataba de un hecho mayoritariamente social con connotaciones tanto éticas como religiosas. SCONDA¹⁷ lo describe como “*la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer liberorum quaerendorum causa*”. Esta unión debía ser entre individuos de sexos opuestos, pertenecientes a círculos familiares distintos.

En el período arcaico, esta institución del matrimonio no tenía vida propia, ya que estaba absorbida y fusionada con otras, tales como los esponsales, la dote y la *conventio in manu*. El matrimonio comienza a tomar forma como un sistema autónomo solo en la medida en que estas instituciones jurídicas entran en un proceso de decadencia.

Dado que el matrimonio era en principio, una unión libre, se derivaban una serie de consecuencias jurídicas, que eran tenidas en cuenta por el ordenamiento. Por esta razón, no encontramos ninguna definición jurídica del matrimonio elaborada por los juristas romanos, sino meras aproximaciones que destacan el hecho de la unidad de vida entre dos seres de sexo opuesto.¹⁸

En palabras de SCONDA, “*Existen dos definiciones de matrimonio en los textos clásicos romanos. Una de ellas de Modestino en D.23.2.1:*

“*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*”¹⁹

La otra definición es la que se encuentra en D.1.9.1:

“*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens.*”²⁰

En estas dos definiciones de matrimonio que encontramos en las fuentes, juega un papel esencial el *consortium omnis vitae* (o, lo que es lo mismo, *la individuae vitae consuetudo*). La definición de Modestino consta de tres partes bien diferenciadas, que

¹⁷ SCONDA, M.V., “El Matrimonio Romano: Definición, elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales” en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, 2021, p. 620.

¹⁸ *Idem* p. 621

¹⁹ “*Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano). Aquí se acentúa el carácter de comunidad de vida, con cierta influencia de prescripciones tanto sacras como laicas*”

²⁰ “*Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que comprende el comercio indivisible de la vida*” Esta definición suele atribuirse a Ulpiano, establece la autora.

hay que analizar de manera separada.

Así, en palabras de MIQUEL²¹:

“1) *Coniunctio maris et feminae* es propiamente «la unión de un macho y una hembra», *representa pues, la base física, biológica del matrimonio.*”

Aunque también podría aplicarse a cualquier otra relación sexual no configurada como matrimonio, como el *concubinatio* (unión estable entre personas libres sin llegar a constituir matrimonio) y el *contubernio* (unión entre esclavos).²²

“El Derecho de familia se basa en la naturaleza. Los romanos subrayan con su terminología la regulación por parte del *ius civile* de los correspondientes hechos de la naturaleza. Así, para que la *coniunctio maris et feminae* pueda llamarse *matrimonium* —institución del *ius civile*— deben de cumplirse tanto requisitos de capacidad natural como civil (*conubium*).

[...]

*La naturaleza tiene sus leyes y estas leyes le sirven al Ordenamiento jurídico para configurar sus instituciones: el vínculo del matrimonio y el vínculo de la filiación. Es, en efecto, al Ordenamiento jurídico al que le corresponde decidir cuando la *coniunctio maris et feminae* es un matrimonio y cuando la *procreatio* constituye una relación de filiación. Así como regular también la *educatio*, la crianza de los hijos (*educare*)”²³*

2) *Consortium omnis vitae* no quiere decir propiamente «consorcio para toda la vida», aunque en el Derecho justiniano se tienda a interpretarlo en este sentido como indisolubilidad del matrimonio, sino más bien como suerte común (*consortium*) de toda la vida (es decir, de todas las cosas, tanto prósperas como adversas de la vida)²⁴

No refiriéndose a la indisolubilidad del matrimonio como tal (que no estaba reconocido en el Derecho romano), el vocablo *consortium* se forma a partir de *cum*, que normalmente denomina una relación de unión y compañía, y *sorte* (suerte), de

²¹ MIQUEL, J., “*Consortium omnis vitae*. Una reflexión sobre el derecho matrimonial comparado”, *Anales de la Facultad de Derecho*, nº20, diciembre 2003, pp. 91 y ss.

²² ORTEGA CARILLO DE ALBORNOZ, A., “Derecho Privado Romano y su práctica a través del Código Civil”, Ed. del Genal, Málaga, 2010, pp. 43-50.

²³ MIQUEL, J. op. cit. p. 93

²⁴ *Ibidem*

donde *consortium omnis vitae* representa la participación de una misma suerte en todas las cosas de la vida. Y consortes, como se denomina a los cónyuges, son aquéllos que al convivir unidos en matrimonio, comparten la misma suerte que el destino les depare, adversa o propicia.²⁵

3). *Divini atque humani iuris communicatio* podría suscitar dudas de si la definición se refiere al matrimonio *cum manu*, o aún dentro del matrimonio *cum manu* al que se celebraba mediante el rito de la *confarreatio*. Pero esta opinión de Albertario es rechazada por la doctrina moderna que la refiere a todo tipo de matrimonio, dado que el matrimonio se considera como una situación de hecho valorada socialmente. De todos modos, conviene no olvidar, tal como se suele hacer, que el genitivo *divini et humani iuris communicatio* contiene en sí una valoración jurídica. En la época justiniana, en cambio, la «comunicación de Derecho divino y humano» servirá de base para una interpretación netamente cristiana, que acentuará el impedimento de la disparidad de cultos”.²⁶

Después de este análisis de la definición de Modestino, cabe destacar por último, la diferencia del derecho romano con respecto a otros derechos antiguos, en los que la idea de matrimonio venía referida en la idea de compra de la mujer y en virtud de la única voluntad del hombre. Mientras que en el Derecho Romano, como acabamos de explicar, el matrimonio se basaba en una convivencia continua, fundada en la voluntad recíproca (*Affectio maritalis*²⁷) del marido y la mujer, siendo estos dos elementos esenciales y necesarios para la existencia del matrimonio²⁸

3.2 ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL MATRIMONIO ROMANO.

Como ya expusimos, el matrimonio romano era una institución más social que jurídica, puesto que la forma de realización del mismo concernía únicamente a los contrayentes y

²⁵ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *op. cit.* p. 43 y ss.

²⁶ MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 93

²⁷ TORRENT RUIZ, A.; *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. Edisofer SL., Madrid 2005, pp. 691-692. MIQUEL, J., *op. cit.*, p. 89: “El matrimonio romano no se habría caracterizado por un consentimiento inicial, sino por un consentimiento duradero, expresado, por tanto, no con el término *consensus*, sino con el término *affectio maritalis*”. En el mismo sentido opina BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid 1965, p.180. “El matrimonio romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada *affectio maritalis*”

²⁸ SCONDA, M.V.: *op. cit.*, p. 273 y 274.

no al Derecho. En ninguna fuente jurídica se establece que deba celebrarse el matrimonio con el requisito de forma de que el mismo sea ante algún magistrado, sacerdote o sacerdotisa así como tampoco se menciona la concurrencia de testigos, ni establece la existencia de algún documento que pruebe la celebración del acto.²⁹

“Las consecuencias que acarrea esta unión sí son de carácter jurídico, es por ello que sólo los hijos nacidos ex iustis nuptiis³⁰ quedan bajo la patria potestas del pater familias, y a la muerte de éste, se convierten en sus legítimos sucesores, si no se dispuso otra cosa en un testamento. La mujer asciende al rango social de su marido, aunque si el de ella es superior, lo conserva.”³¹

Al tratarse de un hecho social muy importante, este venía acompañado de ciertos signos exteriores que le daban publicidad al mismo: la cena en la casa del *pater familias*; la *deductio in domum mariti* (que da inicio a la vida en común) y la constitución de la dote además de los elementos imprescindibles de la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.³²

En este sentido, NÚÑEZ PAZ³³ realiza una distinción en la esencialidad de estos elementos, siendo el consentimiento el elemento subjetivo; y la convivencia, el elemento objetivo, dando vida ambos al matrimonio romano.

3.2.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y ELEMENTOS OBJETIVOS

3.2.1.1 Elemento subjetivo: *consensus o affectio maritalis*

Las fuentes jurídicas romanas utilizan los términos *consensus* y *affectio maritalis* para

²⁹ PADILLA SAHAGÚN, G., “Mentiras y verdades sobre el matrimonio”, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras, p.2.; NÚÑEZ PAZ, M.I., “Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma”, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1988, p.70: “ *La tesis de que en el mundo romano el matrimonio consistía en consentimiento, conubium y capacidad física siempre que la presencia de estos tres requisitos se manifestara u objetivara de algún modo, es confirmada por el hecho de que, con seguridad, al menos en las épocas republicana y clásica, no fue necesaria ninguna forma o solemnidad para la constitución de un matrimonio*”

³⁰ Los hijos nacidos fuera del *iustae nuptiae* son llamados *spurii* (*spurios*)

³¹ PADILLA SAHAGÚN, G.: *op. cit.*, p. 2.

³² La *affectio maritalis* consiste en la intención, no sólo inicial, sino continua de los contrayentes de vivir como marido y mujer, a lo que se añade la manifestación exterior de la *affectio*, que se traduce en un comportamiento de honorabilidad y respeto recíproco entre los cónyuges (*honor matrimonii*)

³³ NÚÑEZ PAZ, M.I., *op. cit.* p. 55 y ss.

referirse al requisito del consentimiento. La diferencia entre ambos, radica en que mientras *consensus* se refiere a la juridicidad de la relación, *affectio maritalis* es una expresión mayormente ética.

El hecho de que los términos *consensus* y *voluntas* se utilizaran indistintamente pone de manifiesto la importancia del aspecto psicológico, de intención más que afectivo, puesto que “*era posible que entre el hombre y la mujer no existiese vínculo afectivo alguno, lo cual no obstaba para que desearan realizar un matrimonio por otros motivos*”³⁴

“*El término affectio maritalis tiene un contenido más intimista, más personal y profundo, por ello es también más apropiado para expresar la duración, la continuidad[...]. Sin embargo, los conceptos de consensus y affectio maritalis se confunden cuando la affectio continuativa pasa a convertirse en una exigencia jurídica. El Derecho no puede exigir la perseverancia en el amor pero sí en la voluntad, en el consensus.*”³⁵

La *voluntas*, que está implícita en el *consensus* o *affectio maritalis*, debía ser “*jurídicamente eficiente, no estar viciada y ser auténtica*”, por lo que existían soluciones para los casos en los que el matrimonio se diera entre un *furiosus*³⁶ o se contrajera por miedo.

3.2.1.2 Elemento objetivo: convivencia. *honor matrimonii* y *deductio in domun*

Si bien la mayoría de los romanistas creían en la esencialidad de la convivencia, existía discrepancia en cuanto a cómo la misma era entendida.

Para BONFANTE la convivencia debía entenderse en un sentido ético, no materialístico, ya que lo que importa es el *honor matrimonii*, es decir, la consideración social del matrimonio. Para LEVY era necesaria la existencia de una convivencia material, por lo menos al inicio del matrimonio de una forma que exteriorizase el mismo.³⁷

Por otra parte, “*Las investigaciones de ORESTANO y VOLTERRA han demostrado que*

³⁴ *Idem*, p. 56

³⁵ *Ibidem*

³⁶ *Furiosus*, Equivaldría al que nosotros llamamos incapaz en sentido amplio, es decir, a aquella persona discapacitada mentalmente aunque no medie previamente una sentencia de incapacitación. (De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002. Jurisprudencia del Tribunal Supremo)

³⁷ NUÑEZ PAZ, M.I., *op. cit.* p. 58

es el consentimiento el elemento realmente configurador de la relación matrimonial...como único requisito constitutivo del matrimonio” ³⁸. Sin embargo, GARCÍA GARRIDO “*Reconoce que el matrimonio se hace por el consentimiento, pero niega que éste sea elemento único en el régimen jurídico material*” ³⁹

En cuanto a la opinión que merece NÚÑEZ PAZ, cree que “*el consensus no es ciertamente el elemento único del matrimonio, pero sí el inicialmente constitutivo en cuanto que, junto con la capacidad física y el conubium, opera como causa inmediata...Técnicamente no pueden ponerse al mismo nivel consensus y convivencia en cuanto que el primero es causa y como tal hace surgir el matrimonio, mientras que la segunda es consecuencia y sólo opera a posteriori*”⁴⁰.

En lo que se refiere a la consideración que realizan los autores del *honor matrimonii* y *deductio in domun*, va a depender directamente de su postura en cuanto a los elementos componentes del matrimonio:

Para LEVY el *honor matrimonii* es una expresión de la convivencia. Para BONFANTE, en un sentido más elevado, es una consecuencia de la *affectio*. Mientras que para ALBERTARIO (en el Derecho clásico) el *honor* es un elemento objetivo derivado de la *societas vitae* entre el hombre y la mujer.

“*VOLTERRA afirma que la affectio sólo tiene relevancia jurídica si se concretiza en el honor y de forma semejante se expresa ORESTANO cuando...incluye el honor matrimonii entre los modos de objetivación del consensus*”

Continuando en palabras de NÚÑEZ PAZ, podemos decir que “*el honor matrimonii era el espejo del matrimonio mismo; era la consideración recíproca de los cónyuges debían guardarse como tales, materializada en los derechos y deberes morales inherentes a su condición. El honor matrimonii en definitiva no era más que un criterio social con importantes repercusiones en el ámbito jurídico*”.⁴¹

La *deductio in domun* significaba la iniciación del matrimonio, pero esta no era la única forma de demostrar la iniciación de la convivencia “*ni tampoco era señal obligada de que se hubiese formado ya el vínculo conyugal. Si faltaba el consensus, la capacidad*

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Idem*, p. 59

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Idem*, p. 60

*física y el conubium, no servía de nada que hubiese convivencia, y la deductio in domun, en cuanto manifestación de aquélla, carecía de valor; en estos casos podría quizá hablarse de relación jurídica de concubinato, pero no de matrimonio”.*⁴²

Por lo expuesto habría que concluir que no toda la doctrina es unánime a la hora de entender el *consensus* en las fuentes. En este sentido encontramos por un lado las discrepancias en la doctrina: LEVY, en consecuencia con la esencialidad de la convivencia, identifica el valor jurídico de *la deductio in domun* con el de la entrada de la mujer en la casa del marido. Por otra parte, BONAFANTE que opina que la *deductio in domum* no es esencial si se puede deducir o demostrar la iniciación de la convivencia por otro medio.

Y en el polo totalmente opuesto, ORESTANO y VOLTERRA “*niegan todo el valor esencial de este instituto y tan sólo lo consideran un medio de prueba más de que el matrimonio, por causa del consensus, se ha realizado*”⁴³

Nuestra opinión coincide con la de BONAFANTE, puesto que el requisito esencial es el *affectio maritalis*, en el sentido de la voluntariedad real de constituir matrimonio como vínculo afectivo y duradero en el tiempo, siendo la *deductio in domum* una consecuencia mediata del *affectio maritalis*.

3.2.2. REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Siguiendo la clasificación de los requisitos que el Derecho exige para celebrar *iustae nuptiae*, nos encontramos con:

- a) **Capacidad jurídica, denominado en las fuentes *conubium*.** Era el derecho de contraer matrimonio legítimo. Con la *Lex Canuleia* (445 a.C.)⁴⁴ se permite el matrimonio entre *patricios* y *plebeyos*, aunque no se permitió el matrimonio entre *ingenuos* y *libertos* hasta que la época de Augusto lo permite⁴⁵, mediante las

⁴² *Idem*, p. 61

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ La *Lex Canuleia* permitió matrimonios entre plebeyos y patricios, restableciendo el derecho de *conubium* entre ellos.

⁴⁵ *Ibidem*

leyes *Iulia de maritandis ordinibus*⁴⁶ y *Papia Poppaea* .⁴⁷

- b) **Capacidad física y mental.** En cuanto a la capacidad física, se requería que los contrayentes hubiesen alcanzado la pubertad, fijada en las mujeres a los 12 años, mientras que los varones a los 14 años, aunque los *casianos o sabinianos* fijaban la pubertad de los hombres con el examen del *pater familias*, determinando estos si manifestaban *habitus coporis* (mediante el vello púbico) y eran capaz de procrear.

En cuanto a la capacidad mental, la perturbación de la misma impedía la celebración de un matrimonio válido, pero si esta era sobrevenida, no invalidaba el matrimonio anterior.

- c) **Consentimiento de los contrayentes.** Se necesitaba el consentimiento (*consensus*) de quienes lo celebraban. Este consentimiento debía ser dado por las partes con total libertad, sin violencia ni coacción. Se requería así una voluntad de permanecer unidos en matrimonio, de modo que si el vínculo se rompía, el divorcio se configuraba como una solución a la desaparición de la *affectio maritalis*.

- d) **Consentimiento de los *pater familias*.** Si los contrayentes eran *sui iuris* bastaba solo su consentimiento, pero si eran *alieni iuris* se requería además de éste, el consentimiento del *pater familia*. Ese consentimiento debía además preceder al matrimonio, ya que si era dado con posterioridad no tenía efectos retroactivos, sino hacia el futuro. Se atribuye a Augusto esta modificación que viene recogida en Pomponio D.23.2.4:

“Un caso análogo eran las nupcias de la mujer impúber, que serían válidas a partir de que cumpliera los 12 años de edad ”⁴⁸

Debemos hacer una diferenciación aquí si se trata de la novia o del novio. Si se

⁴⁶ La *lex Iulia de maritandis ordinibus* es una ley aprobada por Octaviano Augusto en el año 18 a.C. donde se intentaba impulsar el matrimonio y el nacimiento de ciudadanos romanos pero limitando el matrimonio entre las diferentes clases sociales (que puede ser visto como una causa indirecta del concubinato, que siglos después regularía el emperador Justiniano)

⁴⁷ SCONDA, M.V.: *op. cit.*, p. 275.

⁴⁸ *Idem*, p. 625

trata de la novia, basta con el consentimiento del *pater familias*, pero si se trata del novio y el *pater familias* es el abuelo, se requiere también el consentimiento del padre. Si el abuelo del novio consiente, el padre puede oponerse argumentando que él se convertirá en *pater familias* de su hijo y no quiere que entre en su familia una mujer que le desagrada. Sin embargo, el padre de la hija no tiene esa posibilidad.

3.3 TIPOS DE MATRIMONIO

Como ya adelantamos, la antigua Roma conoció y admitió sucesiva o simultáneamente dos tipos de matrimonio.⁴⁹

En este sentido, el matrimonio *cum manu*, era el tipo de unión permanente de un hombre y una mujer *filiorum procreandorum causa*⁵⁰, en virtud de la cual, la mujer dejaba de formar parte de su familia y entraba en la de su marido bajo su *potestas* o la del *pater familias* del mismo.⁵¹

En cambio, el matrimonio *sine manu*, era aquella unión también permanente *filiorum quaerendorum causa*⁵², sin la pertenencia de la mujer a la familia del marido ni relación jurídica entre ellos.

3.3.1 MATRIMONIO CUM MANU

De tres maneras diferentes, según su posesión social, podían los romanos adquirir la *manus* de su esposa: *per confarraetionem*, *per coemptionem* y *per usum*.⁵³

⁴⁹ OLIS ROBLEDA, S.J.: “El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad.” Universitá Gregoria Editrice, Roma 1970, p. 2.

⁵⁰ En el mismo sentido, PÉREZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 192 : “el matrimonio romano respondía a la preeminente finalidad de atender a la procreación”

⁵¹ Aunque el matrimonio, como ya hemos dicho, era un acto puramente social que no revistió carácter jurídico hasta fundirse con la *manus*, con los actos constitutivos de la *coemptio*, el *usus* y la *confarreatio*. Para PADILLA SAHAGÚN, G.: *op.cit.* pp. 5 y 6: “Existe la creencia infundada de que la mujer al casarse, queda bajo el poder jurídico de su marido (*manus*), lo que es totalmente falso; la *manus* no va aparejada al matrimonio; para establecerla debe realizarse un acto jurídico por separado. Como ya se ha dicho, el matrimonio es una institución *de facto*; sin embargo, la *manus* es un poder *de iure*, que puede subsistir, incluso después de haberse disuelto el matrimonio”.

⁵² Siguiendo la misma línea, SCONDA, M.V., *op., cit.*, p. 620: “Se describe como la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer *liberorum quaerendorum causa*”

⁵³ En este sentido, MIQUEL, J. *op. cit.* p. 89: “*Confarreatio*, *coemptio* y *usus* no son, pues, formas de celebración del matrimonio (al menos en el Derecho clásico), sino modos de

- a) **Confarratio**⁵⁴. Consistía en un rito sagrado que se realizaba usando una hogaza de pan fárreo ofrecido a Júpiter, en presencia de 10 testigos y el *Pontifex Maximus*. Al tratarse de un acto solemne y oficial, este debía realizarse en la *curia*. Este modo de contraer matrimonio estaba reservado únicamente para los patricios, aun después de las XII Tablas.⁵⁵
- b) **Coemptio**. Era otro modo posible de realizar el matrimonio *cum manu*, que consistía en una venta ficticia de la mujer mediante la *mancipatio*⁵⁶. “Esta venta la realizaba el padre, o quien tuviera potestad sobre ella, si era *alieni iuris*; o la mujer misma, si era *sui iuris*, con la *auctaritas* de su tutor, de modo que por tal “venta” la mujer pasaba a ser propiedad del marido o de aquél bajo cuya potestad viviera”.⁵⁷ Debía realizarse en presencia de al menos cinco testigos, que debían ser ciudadanos púberes.
- c) **Usus**. El tercer modo posible de realizar el matrimonio consistía en el *usus*. El matrimonio surgía por el hecho de que una mujer conviviese con el hombre con intención matrimonial (*filiorum quaerendorum causa*) durante un año continuo. “Esta podía interrumpir la posesión si pasaba tres noches (*trinoctium*) de cada año, fuera del hogar conyugal para evitar esta especie de *usucapio*”⁵⁸. Antes del año, no se podía considerar matrimonio, sino *unio facti* o matrimonio *sine manu*.

adquisición de la manus sobre la mujer. La adquisición o no adquisición de la manus sobre la mujer va a tener una importancia decisiva en el régimen de bienes del matrimonio, pero, en cambio, no va a determinar que existan dos tipos de matrimonio uno cum manu y otro sine manu.”

⁵⁴ PADILLA SAHAGÚN, G.: *op. cit.*, p. 6: La *confarreatio* es una ceremonia religiosa celebrada en honor a Júpiter ante un *flamen Dialis* y diez testigos; se pronunciaban ciertas palabras solemnes, que nos son desconocidas, y los esposos debían comer un *panis farreus* (pan de trigo). Estaba reservada para los patricios.

⁵⁵ OLIS ROBLEDA, S.J.: *op. cit.*, p. 6

⁵⁶ *Mancipatio*. Acto solemne en el que intervienen: el *mancipio dans* (enajenante), el *mancipio accipiens* (adquirente), cinco testigos y un *libripens* (portabalanza). Se utiliza para transmitir la propiedad de las *res Mancipi*, que son cosas ligadas a la economía agropecuaria del ciudadano romano: fundos y construcciones *in solo Italico*, animales de tiro y carga, etc.; así como para adquirir o transmitir potestad sobre las personas: *dominica potestas*, *patria potestas*, *manus* y *mancipium*.

⁵⁷ SIGNORELLI DE MARTÍ, R. “Matrimonio cum manu y sine manu en la Antigua Roma”. *Revista de la Facultad de Derecho UBA*, n° 26, p. 33

⁵⁸ PADILLA SAHAGÚN, G.: *op. cit.*, p. 6

3.3.2 MATRIMONIO LIBRE O SINE MANU

Poco a poco el matrimonio *cum manu* cedió su lugar al matrimonio *sine manu*, en el que el marido no tenía la *manus* o potestad sobre la persona y los bienes de su esposa.

En este tipo de matrimonio, la mujer no cambiaba de familia agnaticia, ni sufría ninguna *capitis diminutio*⁵⁹, por lo tanto, si era *sui iuris* antes del matrimonio, continuaba siéndolo después de casada, pero si estaba bajo potestad se mantenía en esa dependencia legal.⁶⁰ El matrimonio *sine manu* era el más frecuente al final de la República.

3.4 CONCUBINATO

En Derecho Romano, se entiende por concubinato: “*la unión estable entre dos personas sin affectio maritalis (voluntad de considerarse marido y mujer) y sin honor matrimonii, por parte de la concubina que, no sólo carece de participación en el rango y la dignidad social del marido, sino a la que no se guardará el respeto y la consideración de cónyuge.*”⁶¹

La falta de estos elementos es lo que diferencia al concubinato del matrimonio romano, ya que estos son indispensables en el mismo, pero existía la posibilidad de transformación posterior del *concubinato* en *justas nupcias*, siempre que la concubina y el concubinario tuviese la voluntad de ello.

En palabras de PARRA MARTÍN⁶², ser concubina no era algo deshonroso y tampoco era una situación contraria a la moral romana. Era una forma alternativa al

⁵⁹ ANAVITARTE, E.J. “La *capitis deminutio* en el Derecho Romano”, Junio 2012, *Academia Lab*, <https://academia-lab.com/2012/06/22/la-capitis-deminutio/>: La *capitis deminutio* es el fenómeno jurídico que representa la disminución de la capacidad de una persona para tener y ejercer la titularidad de derechos. Este fenómeno se presentaba al perder atributos que definen el estatus civil de una persona en la sociedad romana, como por ejemplo al perder la libertad, al perder la ciudadanía o al perder la autonomía jurídica. La consecuencia de la *capitis deminutio* puede ser variable, pero siempre implica un descenso en la posición del individuo dentro del régimen de las personas.

⁶⁰ SIGNORELLI DE MARTÍ, R.: *op. cit.*, p. 39

⁶¹ PANERO. P, “El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho”, *Revista internacional de Derecho Romano*. Universidad de Barcelona, Octubre 2010, p. 96 y ss; En el mismo sentido, NUÑEZ PAZ, *op. cit.* p.65: “...puede denominarse concubinato a aquella institución jurídica formada por la convivencia entre un hombre y una mujer sin *affectio maritalis* y sin *conubium*”.

⁶² En el mismo sentido, NUÑEZ PAZ, *op. cit.* p. 66: “En definitiva, hay que afirmar que el concubinato, cuyo valor como institución jurídica no surge hasta la época de Augusto, requiere la existencia de monogamia. Solo puede haber una concubina.”

matrimonio cuando no era posible éste. Igualmente, no toda vida marital fuera de las *justas nuptias* era considerada *concubinato*, ya que eran necesarias los siguientes requisitos:

- No podían unirse en concubinato los que se hallaban en matrimonio o si estuvieren ligado en grado de parentesco, pues se consideraría adulterio o incesto.
- Debía existir el libre consentimiento de ambas partes no pudiendo mediar violencia o corrupción.
- Sólo podía tenerse en concubinato las mujeres que además de ser *púberes* (requisito físico), fueran de mala opinión, esclavas manumitidas o las ingenuas que hubieran declarado expresamente su voluntad de descender a la condición de concubina (requisito moral).
- No se podía tener más de una concubina.
- La concubina podía ser de cualquier edad, siempre que no fuere menor de doce años.⁶³

*“Se trataba de mujeres púberes, libertas, mujeres que ejercen la prostitución, de malas costumbres y mala fama, aunque hubieran nacido en buena familia. El concubinato se prohíbe con la mujer de honestas costumbres y las ingenuas, aunque será posible con algunas de estas siempre que su nacimiento hubiera sido obscuro loco natae, es decir, en un lugar no considerado honesto”*⁶⁴. La mujer honrada que consentía ser concubina tenía que hacer pública su deshonor a través de un acto formal.

En cuanto a los hijos nacidos en *concubinato*, estos no eran calificados como *justi liberi*, pero tampoco lo eran de *spuriini vulgo quaesiti*, ya que por la naturaleza monogámica de la unión, recibían el nombre de *naturales liberi*.

⁶³ PARRA MARTÍN. M.D., “Mujer y concubinato en la sociedad romana”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia nº 23, 2005, pp 243 y 244.; También reflejado en D. 25.7,1,4.

⁶⁴ *Ibidem*

Un hombre no podía tener a la vez dos mujeres legítimas mediante el matrimonio, pero sí una legítima y otra ilegítima (la concubina). Si la esposa no toleraba esta situación, tenía dos posibilidades: o bien divorciarse o estipular una pena antes de la celebración del matrimonio para el caso hipotético de que el marido llegase a tener una concubina.⁶⁵

3.5 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO: DIVORCIO

El matrimonio romano clásico podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges, servidumbre y por divorcio, además de por otras causas menos usuales como el cautiverio, la esclavitud, el destierro o por impedimentos sobrevenidos.⁶⁶

Refiriéndonos propiamente a la disolución mediante *divortium*, este se daba cuando ambos estaban de acuerdo, lo que representaba la pérdida de la *affectio maritalis*, concluyendo de la manera que mejor parezca a los contrayentes y sin necesidad de formalidad alguna.

Por otra parte, el matrimonio también podía disolverse de manera unilateral sin necesidad de expresar las causas del mismo, conociéndose así en este caso como *repudium*⁶⁷

“Sólo para el caso de adulterio se prescribe un acto formal. La *lex Iulia de adulteriis*⁶⁸ exige la presencia de siete testigos y un liberto que notifique el repudio”.⁶⁹

Si había hijos descendientes del matrimonio, el *pater familias* conservaría la *patria potestas* sobre sus *liberi*⁷⁰ mientras viviera, ya que la mujer no tenía poder jurídico alguno sobre sus hijos.

⁶⁵*Ibidem*

⁶⁶ RUIZ FERNANDEZ, E. “El divorcio en Roma”. *Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, 1992, p. 23

⁶⁷ Repudium, Declaración unilateral de disolución del matrimonio, a la que acompaña la separación real de los cónyuges. Forma de disolución del matrimonio.

⁶⁸ Ley sobre el adulterio del año 18 a. C. tipificó los crímenes de adulterio, que se produce cuando la mujer interviniente en una relación sexual está casada con otra persona

⁶⁹ PADILLA SAHAGÚN, G.: *op. cit.*, p. 8

⁷⁰ Liberi, en sentido estricto son los hijos de ambos sexos. En sentido amplio, se refiere a todos los descendientes.

4. LA MUJER COMO MADRE: LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1 MATERNIDAD Y PATERNIDAD: EL PRINCIPIO “MATER SEMPER CERTA EST” EN LA ACTUALIDAD.

El término *mater* equivale en las fuentes jurídicas romana a “madre biológica”, sin importar que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental si no lo hay para determinar el status jurídico del recién nacido, ya que se entiende que ésta “*semper certa est*”. A sensu contrario, “a través del matrimonio y no de la procreación la mujer consigue el título de *materfamilias*”⁷¹

Sin embargo, el *pater* solo es cierto (en principio) en el caso de que exista matrimonio como afirma Paulo en D. 2.4.5: “*quia semper certa est, etiamnsi vulgo conceperit; pater vero is est, quom nuptiae demonstrant*”: La madre siempre es cierta, aunque hubiera concebido fuera del matrimonio, pero el padre es el que resulta serlo por matrimonio.⁷² Sin embargo Celso en D.1.5.19 establece: “*quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur*” Cuando hay nupcias legítimas, los hijos siguen al padre; el concebido fuera de ellas sigue a la madre.⁷³

Así, la paternidad por nacimiento dependía de determinadas circunstancias:⁷⁴

1. De la legitimidad del matrimonio (*iustae nuptiae*). Los hijos legítimos solo tienen madre y por eso son sui iuris, tomando el *nomen* materno.
2. Del nacimiento *ex uxore e intra legitimum tempus*, es decir, que se produjera el parto después de los seis meses del matrimonio o dentro de los diez meses tras la extinción del mismo por divorcio o fallecimiento.
3. De la aceptación del hijo por su padre, o del reconocimiento judicial.

⁷¹ DE LAS CASAS LEÓN, M.E., *op. cit.*, p. 81

⁷² Este principio fue superado en la Constitución Española en su art. 39, de la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

⁷³ FERNANDEZ DE BUJÁN Y FERNANDEZ.A., en prólogo de DE LAS CASAS LEÓN, M.E., “Las máximas “*mater semper certa est*” y “*conceptus pro iam nato habetur*”, p. 13

⁷⁴ DUPLÁ, T. “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*, Universidad Ramón Llull ESADE, Barcelona, Abril 2019, p. 298

La presunción de paternidad sigue estando recogida en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, concretamente en el art. 16 del Código Civil (en adelante Cc.), considerando hijos a los nacidos tras el matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. Esta es una presunción *iuris tantum*.⁷⁵

Por el contrario, cuando se trata de la filiación no matrimonial, no se aplica la presunción de la paternidad, la cual será determinada por lo establecido en el art. 120 Cc.:

- En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.
- Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- Por sentencia firme.

4.2 LA ESTERILIDAD: LOS CASOS DE MARCIA, TURIA, SILA Y LIVIA.

Históricamente se consideraba la esterilidad, tanto en hombres como en mujeres, una falta de salud. Sin embargo, se consideraba también la esterilidad “por naturaleza” que es aquella que no provenía de enfermedades o castraciones, y que solo padecían las mujeres.

La realidad actual es que esterilidad aumenta cada año, entre un 10 y un 15 por ciento de la población en edad reproductiva⁷⁶. Es decir, una de cada seis parejas no podrán concebir hijos de manera natural. Esto se debe a multitud de factores que influyen son el retraso en la maternidad, ya que muchas parejas lo pospone por motivos laborales o económicos, lo que influye luego directamente en la capacidad reproductiva tanto de hombres (descenso en la calidad seminal) como mujeres (baja fertilidad), las enfermedades de transmisión sexual, los hábitos no saludables (alcohol, drogas, fumar...), la mala calidad de vida (estrés, ansiedad, depresión...) así como los efectos

⁷⁵ *Idem*, p. 307

⁷⁶ Encuesta de Fecundidad. Datos del Instituto Nacional de Estadística INE. Abril 2019. https://www.ine.es/prensa/ef_2018_d.pdf

ambientales etc. Gracias a los avances de la medicina y a la investigación, sobre todo la biomedicina y biotecnología, y a las nuevas opciones de reproducción asistida, es cada vez más frecuente que se acudan a estos métodos para la procreación

Así, en la antigua acudían a la mitología (*Bona Dea*, diosa de la fertilidad, la virginidad y la salud; y *Ceres*, diosa de la fertilidad humana) pero también a la “cesión de vientres”: La madre gestante ofrece su vientre para dar un hijo a una mujer que no puede ser madre. En este supuesto, la madre comitente se divorciaba para que la madre gestante se pudiera casar con su marido y puedan gestar un hijo, que le sería cedido posteriormente. La gestante se divorcia y se casa nuevamente con la primera esposa.⁷⁷

También ocurría al contrario con la *uxoris cesio*, donde el marido cedía a su esposa a otro hombre, sin perder la *manus* o la potestad sobre ella, para que tuviera hijos en otra familia.⁷⁸ “*Se trataba de un deber cívico, sustentado en la amicitia y el officium.*”⁷⁹

Como ejemplo de esta afirmación encontramos con el caso de Marcia, Catón y Hortensio. Catón y Hortensio eran buenos amigos y este último quería unirse a la familia mediante la hija de Catón, Porcia, que ya estaba casada y tenía dos hijos. Catón rechazó la propuesta, pero Hortensio propuso entonces que le cediera a Marcia, su propia esposa. Catón lo consulta con su suegro, padre de Marcia que aceptó, convirtiéndose Catón en esposo de Marcia y teniendo dos hijos con ella.

Debemos entender que esto ocurría en el panorama político y social donde la finalidad del matrimonio era la *procreatio filiorum*, por lo que era imprescindible dejar descendencia, hasta tal punto “*que la esterilidad de la mujer constituyó una causa de divorcio, como el caso de Spurio Carvilio Ruga, que repudió a su esposa estando profundamente enamorado de ella porque no podía tener hijos.*”⁸⁰

A diferencia, debemos hacer mención al caso de Turia, que conocemos por la *laudatio* pronunciada por su marido Farsalia: Se trataba de una mujer respetuosa pero estéril que no pudo tener hijos, por lo que noblemente le llegó a proponer a su marido que se divorciara de ella, “*ofreciéndose a abandonar el hogar para a la fecundidad de otra*

⁷⁷ DE LAS CASAS LEON, M.E., *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁷⁸ PANERO ORIA, P. *op. cit.*, p. 2050

⁷⁹ DE LAS CASAS LEON, M.E. *op. cit.* p. 93.

⁸⁰ PANERO ORIA, P., *op. cit.* p. 2050

mujer y a aceptar a los hijos que tuviera de esta como propios, proposición que el marido había rechazado”⁸¹: “*nunca jamás se le habría ocurrido cambiar ‘lo cierto por lo incierto’, dejar a la que con certeza era la mujer de su vida, por otra, cuya virtud aún estaba por demostrar*”⁸²

Los romanos no solo cedían a su esposa fértil para que diera hijos con otro varón amigo, sino que también solían hacerlo cuando ya estaban embarazadas: Así “*casos de personajes conocidos son el de Sila, que hizo que su hija Emilia 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 Augusto.*”⁸³

Todos estos casos, también pueden encajar en la maternidad subrogada a pesar de que el material genético no fuera del hombre (del marido en el caso del matrimonio romano). En este sentido la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, define la gestación por sustitución como “*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*”

4.3 MATERNIDAD SUBROGADA: DE ROMA A LA ACTUALIDAD

Así, Roma recoge situaciones que hasta hace 50 años eran impensables, dándonos un precedente de la hoy llamada maternidad subrogada, si bien no en todas sus modalidades, sino en la “tradicional” aquella, en la que la mujer gestante aportará tanto su útero como sus propios óvulos que serán fecundados, y de manera altruista.⁸⁴

Sin embargo, también había mujeres que pedían una contraprestación por sus servicios, ya que cobraban por dar a luz a los hijos a fin de poder sustentar a su propia familia. Estas eran conocidas como *mercenariae* y eran mal vistas.⁸⁵

⁸¹ *Ibidem*

⁸² DE LAS CASAS LEON, M.E. *op. cit.*, p. 93

⁸³ PANERO ORIA, P., *op. cit.*, p. 2052

⁸⁴ *Idem* p. 2048

⁸⁵ DE LAS CASAS LEON, M.E. *op. cit.* p. 17; NUÑEZ PAZ, M.I., “Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 41 y ss.

En la actualidad, maternidad subrogada o la gestación por sustitución como lo denomina la legislación española en su art. 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 expresamente la nulidad de pleno derecho del mismo, ya que en nuestro ordenamiento, esta *praxis* está prohibida, aunque hubo una proposición de ley en el Congreso de los Diputados que planteaba admitir la modalidad altruista⁸⁶. Sin embargo, no existe a día de hoy, un consenso sobre si la misma debe regularse, ni en qué términos. Y es que se trata de un asunto extremadamente complejo, donde concurren límites legales, éticos y morales.

A pesar de ello, estos procesos son cada vez más frecuentes por el aumento de la esterilidad como hemos adelantando anteriormente; por la legalización de las parejas del mismo sexo, que desean formar una familia y acceder a la paternidad; así como el deseo de muchas personas de crear también una familia de forma individual, sin el deseo o la necesidad de tener una pareja para ello.

Así, la población española acude a otros países donde la maternidad subrogada está permitido, especialmente a Estados Unidos (algunos estados), India o Rusia, y admitida también en su modalidad altruista en Reino Unido⁸⁷, Grecia⁸⁸ y Portugal⁸⁹. Tolerada en Bélgica y Holanda, en los que *“los tribunales encuentran una solución mediante la utilización del interés supremo del menor reconociendo su filiación biológica paterna y la adopción (Holanda), y otras veces mediante el reconocimiento del menor tras confirmarse la “posesión de estado” (Bélgica)”*⁹⁰ y están expresamente prohibidas en Francia y Alemania, en donde los contratos de gestación por sustitución son declarados nulos y en los que hay multas y penas de prisión a los posibles intermediarios.⁹¹

⁸⁶ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 Abril 2017, publicada en el BOCG el 8 de septiembre de 2017

⁸⁷ Surrogacy Arrangements Act de 1985

⁸⁸ Law 3089/2002 on Medically Assisted Human Reproduction

⁸⁹ Lei n°25/2016 Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.o 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)

⁹⁰ IGAREDA, N., La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana, *“Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas”*, Universitat de Barcelona, p. 60

⁹¹ *Ibidem*

**CUADRO RESUMEN DE LOS ENFOQUES JURÍDICOS DE LOS ESTADOS
MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA⁹²**

País	Prohibición General	Prohibición en materia de subrogación comercial	Expresamente facilitada	Sin ley específica sobre subrogación
AUSTRIA	Prohibición de la donación de óvulos; por lo que se prohíbe la subrogación gestacional.	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional.	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
BÉLGICA	No	Subrogación comercial prohibida por razones políticas	Alguna prestación en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones; en el 2011 se presentó una propuesta legislativa ante el Parlamento que no llegó a aprobarse.	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere la adopción para transferir la paternidad legal.
BULGARIA	Sí	No disponible	No. Sin embargo existe un proyecto de ley que está siendo considerado en la actualidad	No disponible
CHIPRE	No	No	No	Sí
R. CHECA	No	No	No	Sí
DINAMARCA	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación

⁹² DE LAS CASAS LEON, M.E. *op. cit.* p. 154-156.

				altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere la adopción para transferir la paternidad legal.
ESTONIA	No	No	No	Sí
FINLANDIA	Prohibición de los acuerdos de subrogación que utilicen tratamiento de fertilidad.	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional
FRANCIA	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
ALEMANIA	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
GRECIA	No	Sí	Sí: subrogación gestacional altruista sujeta a restricciones.	No disponible
HUNGRÍA	No	Sí	No	No existe ley específica para la subrogación altruista.
IRLANDA	No	Sí	No. Sin embargo hay algunas pautas formales relativas a los acuerdos de subrogación transfronterizos	No existe ley especial para la subrogación altruista. Los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad. Sin embargo, los tribunales han

				concedido en el 2014 permiso a los padres genéticos futuros a ser nombrados como los padres legales en el registro de nacimientos.
ITALIA	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
LETONIA	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación.
LITUANIA	No	No	No	No
LUXEMBURG O	No	No	No	Sí
MALTA	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
PAISES BAJOS	No	Sí	Sí: se requiere subrogación gestacional altruista por ley para cumplir con las pautas profesionales.	No existe ninguna ley especial para la paternidad: se requiere adopción
POLONIA	No	No	No	Sí
PORTUGAL	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
RUMANÍA	No	No	No	Sí
ESLOVAQUIA	No	No	No	Sí
ESPAÑA	No	No	No	Sí
SUECIA	Ilegal para las clínicas de fertilidad hacer	No	No. El Consejo Sueco de Ética Médica ha publicado un informe	No existe ley especial para la subrogación altruista: se requiere

	acuerdos de subrogación		sobre la reproducción asistida, en la que sugiere que la subrogación altruista debería permitirse en Suecia	adopción para transferir la paternidad.
REINO UNIDO	No	Sí		No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y la paternidad solo se transferirá en determinadas circunstancias.

4.4 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA NUEVA FORMA DE FILIACIÓN. ENCAJE LEGAL EN ESPAÑA.

La gestación por sustitución puede entenderse como una nueva forma de filiación, siendo este un acuerdo reproductivo entre los padres comitentes y la madre gestante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado de manera unívoca sobre la aceptación de la gestación como una técnica de reproducción asistida para así poder admitir la compatibilidad de los distintos posicionamientos legales de los países miembros y los derechos fundamentales que recoge la Convención Europea de Derechos Fundamentales.⁹³ Aun así, ha condenado a Francia en varias ocasiones por negarse a inscribir a menores fruto de los vientres de alquiler.⁹⁴

⁹³ *Idem*, p. 66

⁹⁴ El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), por la que declara que viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

Se trataba de dos matrimonios franceses que contrataron en Estados Unidos la gestación por sustitución, mediante la implantación de embriones en el útero de otras mujeres, de las cuales nacieron en un caso dos gemelas y de otro, una niña. De acuerdo con las sentencias dictadas en los estados de California y Minnesota, cada una de las parejas eran los padres de las respectivas niñas. Sin embargo, el Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) denegó las solicitudes de inscripción de filiación y el reconocimiento de las sentencias de EEUU, argumentando la nulidad de la gestación por sustitución (*gestation pour autri*) establecida en el artículo 16-9 del Código Civil francés.

El Tribunal concluyó que se había ignorado el derecho de los menores afectados al respeto a su vida privada, violando el art. 8 del Tratado, por lo que condenó a Francia a satisfacer a cada uno de ellos con 5.000 euros por daños morales.⁹⁵

En España desde el año 2010, se abrió a la posibilidad de la inscripción de niños en el Registro Civil, por medio de una resolución emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siempre y cuando existirá sentencia o resolución judicial que acredite la filiación del menor así como el cumplimiento de los derechos de la gestante. Además, el Tribunal Supremo ha establecido la supremacía del interés del menor: a pesar de la nulidad de este tipo de contratos, la protección del menor no puede verse menoscabada, ya que debe gozar de los mismos derechos que cualquier niño. Así, se diferencia por un lado la nulidad del contrato en si, y por otro, la situación de indefensión en la que quedaría el recién nacido si se le negara la filiación y sus derechos.⁹⁶ Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁹⁷ no entendió lo mismo, ya que siguió el *principio mater semper certa est*, aceptando así la filiación

⁹⁵ El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler. (02/07/2014). *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>

⁹⁶ CRESPO LORENZO, E., Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España (09/05/2019). *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana>

⁹⁷En este sentido:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25

paterna por ser el padre biológico, pero no la de la madre puesto que no cumple la máxima.

4.5 ¿MATER SEMPER CERTA ES?: CONCLUSIONES

Volviendo al inicio de este análisis sobre la maternidad y retomando el aforismo “*mater semper certa est*” debemos plantearnos después de todo si podemos seguir afirmando este principio, que va ligado a una certeza natural de la gestación y del parto. Así, la maternidad legal (no natural) no cabría en las bases de este principio, planteándose las cuestiones de: ¿quién debe entenderse como madre? ¿la madre donante, la madre gestante o la madre comitente? A la vista de la realidad actual, ya no cabe dicha afirmación, o al menos, en su sentido originario.

Para resolver todas estas dudas sería necesario una legislación internacional común para evitar el comercio de menores y en negocio de los vientres de alquiler, algo utópico e imposible, puesto que hay países que ya lo regulan (Estados Unidos), países que lo prohíben expresamente, (España o Italia) o países que incluso no tienen ningún tipo de regulación específica en la materia (Chile).⁹⁸

Sin embargo, en los países que sí lo admiten, las leyes deberían regular las condiciones para ser gestantes (al igual que existen unos requisitos para ser donante de gametos y óvulos), los requisitos para ser padres comitentes (al igual que también existen requisitos para ser padres adoptivos) y una autoridad que supervise las condiciones del contrato o acuerdo.

Este acuerdo sería siempre altruista, aunque podría compensarse por gastos propios del embarazo y del parto. No recogerá el contrato ningún tipo de condición que limite los derechos fundamentales de la madre gestante y tampoco podrá recoger cláusulas sobre su

⁹⁸ En este sentido, DE LAS CASAS LEÓN, M.E. *op. cit.*: “...a nivel internacional no hay unanimidad en la regulación de la materia. La consecuencia más clara de ello es que se permite que ciudadanos de otros países acudan a los ordenamientos jurídicos que aceptan la gestación por sustitución para poder contratar un vientre. Es decir, contratar los servicios de una mujer para que gesticione a su hijo. Podemos encontrar países que regulan la gestación por sustitución (Reino Unido), que la prohíben (Italia) o que incluso ni siquiera tienen una legislación específica de la materia (Chile)”.

estilo de vida u otras circunstancias. Además, esta será la única que pueda decidir la interrupción del embarazo.

También sería importante que la filiación se les reconozca a los padres comitentes desde el momento del nacimiento del bebé, y que el acuerdo de gestación por sustitución sea irrevocable desde el momento en que efectivamente la madre gestante esté embarazada, puesto que no es lógico ni ético un repentino cambio de opinión, por las obvias consecuencias que ello supondría.

La maternidad por sustitución supondría como ya dijimos el reconocimiento de una nueva forma de filiación, donde se primaría “*dotar de consecuencias jurídicas a la voluntad procreacional, independientemente de la existencia o no de vínculo genético o biológico entre los padres de intención y el hijo/a*”⁹⁹

5. LA MUJER EN LA PROSTITUCIÓN: HACIA LA LEGALIDAD

Como veníamos explicando, las relaciones políticas, económicas y sociales en la antigua Roma eran tan fuertes que se divorciaban matrimonios o se cedían a las propias mujeres de forma temporal para que pudiese dar un heredero a su amigo. Se trataba de un deber cívico, sustentado en la *amicitia* y el *officium*. Este es el sistema que está bien visto en Roma, donde no existe un canon por medio y se hacía por generosidad y buena voluntad de las madres gastadoras. Eran muy consideradas socialmente, por lo que se ofrecían para ello damas de alta sociedad y bien consideradas.

Frente a ello nos encontrábamos con la otra realidad: mujeres que pedían canon por la prestación de sus servicios. “Estas no tenían predicamento alguno, no eran mujeres generosas y desinteresadas: todo lo contrario: estaban mal vistas y peor consideradas. Ellas sí que cobraban por poner su esfuerzo y su tiempo en dar a luz a los hijos e incluso cuidarlos a fin de poder dar sustento a sus propias familias. La vía jurídica por la que se hacía era a través de la *locatio conductio operarum*”¹⁰⁰

Las prostitutas por igual, podían provenir de una familia extremadamente pobre que

⁹⁹ IGAREDA, N., *op. cit.*, p. 69

¹⁰⁰ DE LAS CASAS LEÓN, M.E., *op. cit.* p. 101

había decidido abandonarla al nacer, podían ser pordioseras o esclavas que eran obligadas a vender su cuerpo. Sin embargo, la degradación de una prostituta fue tan grave, que hasta se absolvía a aquel que robase a una *meretrix*; pese a que su situación jurídica es diferente al de una esclava, la última, al menos, era considerada legalmente propiedad de alguien, por lo que se castigaría a quién la dañara o robase, ya que tenía un dueño.

Éstas se encontraban en una situación de mayor desigualdad respecto del resto de mujeres ya que eran consideradas infames, debido a que el trabajo que realizaban conllevaba a la pérdida del honor.

Esta pérdida trascendía más allá de la unidad familiar, dado que la castidad femenina además de definir la personalidad, también indica el estatus social.¹⁰¹

5.1 CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN Y PROSTITUTA

Desde un punto de vista etimológico, la palabra prostitución deriva del latín *prostitutio*, del verbo *prostituere* que significa literalmente “exhibir para la venta”. La palabra prostituta proviene de *prostitutus*, compuesto del prefijo *pro-*, que significa “hacia delante”.

La primera definición de prostitución fue dada por Ulpiano en D.23.2.43:

“Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua, ut adsolet, in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit.” (No solo decimos que hace ganancia pública de su cuerpo, la prostituta que vive en el lupanar, sino también si lo ejecuta, como suele acontecer, en la casa de trato, o en otra parte.). Así como en D.23.2.34,1: *“Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu”* (Entendemos por mujer pública, la que sin distinción se entrega a todos como prostituta) D.23.2.34,2 : *“Item, quod cum uno et altero pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere”* (Además, la que por dinero trato con uno u otro, no parece que públicamente haga ganancia de su cuerpo.)¹⁰²

¹⁰¹ DEL RIO VIZCAINO, I., “La prostitución Femenina en el Derecho Romano y en la Lex Visigothorum”, Universidad del País Vasco, 2020, p.12

¹⁰² ZAMORA MANZANO, J.L., “La industria del sexo en la época romana: Categorización social de la prostituta, medidas fiscales y control de la administración” Ed. Dykinson SL, Madrid 2019, p. 41.

Para Octaviano, se debe considerar también prostituta a aquella mujer que está abiertamente entregada a cualquier hombre, con independencia de que cobre o no por ello tal y como afirma Ulpiano en D.23.2.43,3: “*Oclavenus tamen rectissime ait, etiam eam, quae sino quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari*” (Con todo, con razón dijo Octaviano, que la que públicamente se entrega a todos, aunque no sea por interés pecuniario, se debe tener por prostituta).¹⁰³

Junto a las denominaciones genéricas de prostituta (*meretrix*, *scortum* y *quaestuarium*), existe un importante número de apelativos específicos que aluden a determinadas características de la *meretrix* y de su actividad.

En palabras de QUINTILLÀ ZANUY, distinguimos haciendo alusión al lugar, entre prostituta de burdel (*fornix*, *ganea*, *prosesta*, *prostibulum*, *prostibula*, *prostibulata*, *prostituta*) y errática *scorta*, que son las prostitutas de la calle (*bustuaria*, *circulatrix*, *suburana*, *summemmiana*); o al horario de trabajo (*noctiluca*, *noctuuigilia Venus*, *nonaria*); o bien a características tipológicas de la *meretrix*, como el beneficio que obtenía (*argentaria elecebra*, *diabolaris*, *quadrantaria*), su origen (*peregrina*), peculiaridades en el aderezo personal (*reliquia alicaria*, *schoenicula*, *togata*) o en su aspecto físico (*culiola*, *culibonia*, *miracula*, *scrupeda*, *strittabilla*).¹⁰⁴

Junto a éstas, existe un numeroso grupo de denominaciones eufemísticas (*amica*, *concupina*, *moecha*, *operaria*, *paelex*, *puella*) y adjetivos de reprobación moral (*famosa*, *improba*, *impúdica*, *infamis*, *probosa*, *publica*, *publicana*, *spurca*, *uilis*); otro menos extenso de difemismos (*excestra*, *limax*, *lupa*, *scratta*); y finalmente, como grupo a parte, tenemos a la serie de diminutivos que se refieren en latín a la prostituta (*amicula*, *femella*, *lupula*, *meretricula*, *muliercula*, *película*, *scordiscum*, *scortillum* o *scortulum*).¹⁰⁵

Es destacable la significativa cantidad de vocablos con sus diferentes connotaciones para referirnos a “la mujer prostituta”.

¹⁰³ DEL RIO VIZCAINO, I., *op. cit.* p.9

¹⁰⁴ QUINTILLÀ ZANUY, M.T., “La interdicción lingüística en las denominaciones latinas para <<prostituta>>”, *Revista de Estudios Latinos (RELat)* nº4, Universitat de Lleida (SIED), 2004, p. 106

¹⁰⁵ *Ibidem*

5.2 EL ORIGEN DE LA PROSTITUCIÓN

Así, en la sociedad de la antigua Roma, podemos decir que la prostitución no solo era aceptada sino también era bien vista (no así las prostitutas) e incluso recomendable, ya que era un servicio o un bien social para evitar que los hombres tuvieran *affaires* con mujeres honradas, y así calmar su deseo sexual. Por tanto, era preferible y admitido antes que el flirteo con una *domina*, que estaba penado con la pérdida de dotes y con el pago de multas de hasta la mitad de sus propiedades materiales.¹⁰⁶ “*Solo se exige que tales prácticas masculinas se hagan con la discreción y sigilo requerido*”.¹⁰⁷

Así queda reflejado en una anécdota de Catón, en la que se cuenta que en una ocasión se encontró a un joven de buena familia que salía de un lupanar, el cual intentaba disimular su presencia, pero Catón lo abordó y le felicitó por desfogarse con las prostitutas y así guardar el honor e integridad de las mujeres honestas. Sin embargo, se encontró al muchacho en diferentes ocasiones por el mismo lugar, hasta que le dijo: “*Jovencito, te felicité por creer que venías a este lugar de vez en cuando, no porque vivieras aquí*”. En la sociedad romana el desfogue sexual apuntaba en esa sola dirección. El propio Catón afirmaba: “*Si sorprendieras a tu mujer en adulterio, podrías matarla sin juicio e impunemente pero si fueras tú quien cometieras adulterio, ella no osaría tocarte ni con la punta de un dedo. Y, además, no tendría derecho a hacerlo*”.¹⁰⁸ Aquí queda reflejado una vez más la desigualdad y el sometimiento de la mujer con respecto del hombre y aun habiendo constancia de que existía también la prostitución masculina.

5.3 CONTROL ADMINISTRATIVO Y FISCAL DE LA PROSTITUCIÓN

La prestación del servicio por parte de la prostituta suponía el pago del mismo por parte del cliente; pago que podía recibir ella misma si era prostituta en su ejercicio como

¹⁰⁶ ZAMORA MANZANO, J.L., *op. cit.* p. 45: “...La prostitución, a pesar de la doble moral romana, constituye una de las prácticas más solicitadas y en la que en el siglo II a.C. Catón, a pesar de su defensa acérrima de los *mos maiorum*, la veía como algo positivo ya que era una forma de impedir poner en peligro a las mujeres libres y su *pudicitia*”; En el mismo sentido, MARCOS CASQUERO, M.A., “La Prostitución en la Roma Antigua”, Universidad de León, p. 237: “En aquella sociedad ‘machista’, la existencia de prostitutas no sólo era aceptada, sino incluso recomendable. Y la primera razón de ello era muy simple: en la casa de lenocinio el hombre podía desfogar su necesidad más primaria, lo que suponía, como consecuencia inmediata, una seguridad para las mujeres de vida íntegra e intachable, que no se verían expuestas a la posible violencia y al acoso de hombres sexualmente reprimidos”

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ *Idem, op. cit.*, p. 238

profesional libre o su *leno*, si la ejercitaba bajo su sometimiento o, incluso, el propietario si era una esclava.¹⁰⁹

A mediados del siglo I, las prostitutas debían de pagar un impuesto, ya que Calígula institucionaliza esta tributación con el fin de reflotar las finanzas del Estado. Para ello, creó una ley en virtud la cual se impone una tasa (*vectigal meretricium*) y la obligatoriedad de una licencia (*licentia stuprum*) para su ejercicio.¹¹⁰ Así se infiere de Suetonio en su biografía sobre el emperador Calígula, en el que recoge dos fragmentos en los que ilustra su reforma impositiva, Suetonio, Cal. 40-41:

“40. Vectigalia nova atque inaudita primum per publicanos, deinde, quia lucrum exuberabat, per centuriones tribunosque praetorianos exercuit, nullo rerum aut hominum genere omisso, cui non tributis aliquid imponeret. Pro edulibus, quae tota urbe venirent, certum statumque exigebatur; pro litibus ac iudiciis ubicumque conceptis quadragesima summae, de qua litigaretur; nec sine poena, si quis composuisse vel donasse negotium convinceretur; ex gerulorum diurnis quaestibus pars octava; ex capturis prostituerum quantum quaeque uno concubitu mereret; additurque ad caput legis, ut tenerentur publico et quae meretricium quive lenocinium fecissent, nec non et matrimonia obnoxia essent.”.

Hizo satisfacer impuestos nuevos, desconocidos hasta entonces; los cobraban primero los recaudadores públicos; luego, siendo inmensa la ganancia, hacían lo los centuriones de las tribus de la guardia pretoriana; no hubo persona ni cosa a que no se impusieron gravamen. Estableció un impuesto fijo sobre todos los comestibles que se vendían en roma; exigió a los litigantes, dondequiera que se juzgase un pleito, la cuadragésima parte de la cantidad del litigio y estableció penas contra aquellos a quienes se comprobara que habían transigido o desistido de sus pretensiones; a los mozos de carga se los gravó con el octavo de su ganancia diaria, a las prostitutas con el precio de uno de sus actos, añadiendo a este artículo de la ley, que igual cantidad se exigiría de todos aquellos hombres y mujeres que vivían de la prostitución; hasta el matrimonio le señaló impuesto.¹¹¹

¹⁰⁹ ZAMORA MANZANO, J.L., *op. cit.* p.56

¹¹⁰ DEL RIO VIZCAINO, I., *op. cit.* p.17

¹¹¹ ZAMORA MANZANO, J.L., *op. cit.* p. 57

Se piensa que este impuesto ya estaba imperando antes, (desde el reinado de Nerón) y que además ya había sido inventado previamente en Atenas, de donde probablemente se había exportado la idea del gravamen.¹¹² Los encargados de recaudar este impuesto eran generalmente los recaudadores o funcionarios públicos, impuesto que se mantuvo hasta la época de Teodosio I (s. III).¹¹³

Las meretrices además, debían figurar en un registro, del cual se deduce de *licentiam stupri* que era llevado por los ediles, lo cual facilitaba la contabilización del número de mujeres que llevaban a cabo este tipo de prácticas. Las meretrices por su parte, tenían prohibido ocultar su nombre y vestir como las matronas.¹¹⁴

5.4 DE LA ANTIGUA ROMA A LA ACTUALIDAD: LA LEGISLACIÓN EUROPEA ACTUAL.

Las políticas sobre la prostitución en la Unión Europea son diferentes, pero podemos establecer cuatro modelos diferenciados:

“Abolicionista: *un país pertenece a este modelo si la prostitución exterior e interior no están prohibidas. El Estado decide tolerar la prostitución y no intervenir. La prostitución realizada por adultos no es perseguida, aunque sí el proxenetismo.*

Neo-abolicionista: *este modelo es un desarrollo del abolicionista. Un Estado Miembro estaría en esta modalidad cuando la prostitución exterior e interior no están prohibidas, pero con referencia a la interior, los gobiernos intervienen explícitamente para prohibir la existencia de prostíbulos.*

Prohibicionista; *en esta modalidad se encuentran los Estados Miembros en los que ambas formas, externa e interna, de prostitución están prohibidas. Aquellos que estén implicados en estas actividades pueden ser penalizados, en algunos casos, también los clientes.*

¹¹² MONTALBÁN LÓPEZ, R., “El oficio más antiguo del mundo. Prostitución y explotación sexual en la Antigua Roma”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, Vol.4, Universidad de Jaén, 2016, p. 168

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ DEL RIO VIZCAINO, I., *op. cit.* p.17

***Regulacionista:** un país entra en esta modalidad cuando tanto la prostitución exterior como la interior están reguladas por el Estado y, consecuentemente, no están prohibidas cuando se ejercitan de acuerdo con estas normativas. Frecuentemente, las prostitutas son registradas por las autoridades locales y se someten a controles médicos.”¹¹⁵*

En la tabla se ilustra la distribución de los países en las 4 modalidades, pero en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea existen modelos mixtos para regular la prostitución. Actualmente el debate está centrado a nivel teórico y político en el modelo abolicionista y legalista o regulacionista.

MODELOS DE PROSTITUCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA¹¹⁶

Modelo de prostitución	Prostitución ejercida en el exterior	Prostitución ejercida en el interior	Estados Miembros	Porcentaje de Estados Miembros
Abolicionista	No prohibida	No prohibida	R. CHECA POLONIA PORTUGAL ESLOVAQUIA ESLOVENIA ESPAÑA	24
Neo-abolicionista	No prohibida	No prohibida, pero prohibida en los prostíbulos	BÉLGICA CHIPRE DINAMARCA ESTONIA FINLANDIA FRANCIA ITALIA LUXEMBURGO	32

¹¹⁵ Trabajo de Investigación: “Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaria de Estado de la Seguridad Social. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Responsable: Dra Graciela Malgeseni. Estudios y Cooperación para el Desarrollo. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1d0dad7-f7bc-4040-9436-690f5a0a4d41/5.+Impacto+de+una+posible+normalizacion+profesional+de+la+prostitucion...%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>; En el mismo sentido, POYATOS IMATAS, G., “La prostitución como trabajo autónomo”, Ed. Bosch, septiembre 2009, p. 11 y ss.

¹¹⁶ “Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social”, p.17, vid. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1d0dad7-f7bc-4040-9436-690f5a0a4d41/5.+Impacto+de+una+posible+normalizacion+profesional+de+la+prostitucion...%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

Prohibicionista	Prohibida	Prohibida	IRLANDA LITUANIA MALTA SUECIA	16
Regulacionista	Regulada y no prohibida si se ejerce según las normas	Regulada y no prohibida si se ejerce según las normas	AUSTRIA ALEMANIA GRECIA HUNGRÍA LETONIA PAISES BAJOS REINO UNIDO	28

5.4.1 EL MODELO HOLANDÉS

Como ya adelantábamos, el modelo regulacionista se caracteriza por la legalidad de la prostitución siempre que se rija por las normas establecidas por el Estado. En este modelo además, se considera el ejercicio de la prostitución como un trabajo más, por lo que las mujeres prostituidas tienen reconocidos los mismos derechos y obligaciones que en cualquier otro trabajo: la sujeción a impuestos, prestación por desempleo e incapacidad, bajas...

Holanda fue uno de los primeros países en implantar el modelo legalista, ya que el 15 de febrero de 1985, se realizó en este país el “I Congreso Mundial de Prostitutas”, donde las mujeres prostituidas pudieron manifestar sus necesidades. Tras la clausura de este Congreso, se fundó el International Committee for Prostitutes’ Rights. Más tarde se realizó el “II Congreso Internacional” en el Parlamento Europeo, del 1 al 3 de octubre de 1986. Y finalmente en el II Congreso International Committee for Prostitutes’ Rights se realizó un Manifiesto o Declaración sobre prostitución y feminismo. En este manifiesto reivindican sus derechos como trabajadoras, pero no fue hasta el año 2000 cuando se levantó en Holanda la prohibición de ejercer la prostitución en burdeles además de entrar en vigor “*un nuevo artículo en el Código Penal holandés, el art. 250 a), que convierte en punibles todas las formas de explotación en la prostitución, posteriormente, en 2002 se amplió esta prohibición a cualquier forma de explotación sexual. También se reforma la Ley para la protección de menores y se eleva la edad mínima para ejercer trabajos sexuales de 18 a 21 años.*

Aun con todas estas novedades introducidas, todavía no existe una Ley general de prostitución. La normativa de prostitución y la implementación de sistemas locales de

concesión de licencias, está bajo el control de los municipios.”¹¹⁷

Holanda es un país pionero y referente mundial en cuanto a derechos y libertades: fue además el primer país en legalizar el matrimonio entre parejas homosexuales y les dio la posibilidad a los mismos de poder adoptar, además de permitir la venta de marihuana y derivados en los locales de ocio o “coffee shops” desde 1976.

El objetivo del Gobierno Holandés de legalizar la prostitución era evitar abusos de un sector que mueve por año miles de millones de euros. “*Según Sentina van der Meer, jefa de prensa del Ministerio de Seguridad y Justicia del Gobierno de Holanda, Eurostat ha calculado que solo la prostitución ilegal en los Países Bajos produce más de 540 millones de euros del Producto Interior Bruto holandés cada año. El propio Gobierno reconoció en 2014 que el negocio del sexo en el país supone más de 2.500 millones de euros cada año, el 0,4% del PIB, y es ya , junto a la venta de drogas, el principal motor de la economía holandesa por delante de la industria quesera*”.¹¹⁸

Estos datos son muy similares a España, coincidiendo con las estimaciones que realiza el INE que indican que las actividades ilegales suponen un 0,87% del Producto Interior Bruto (PIB) en España, representando la prostitución un 0,35% del PIB, lo que supone aproximadamente 3.700 millones de euros en la actualidad¹¹⁹

Las autoridades municipales son las encargadas de diseñar las políticas en materia de prostitución, por lo que ciertos aspectos legales pueden cambiar de un municipio a otro, aunque todas ellas prohíben la prostitución callejera. Así, los clubes, los *scorts*, los bares de intercambio de parejas incluso la prostitución en casas particulares están legalizados en su mayoría mediante un sistema de licencia municipal. Además, corresponde también a los municipios garantizar la asistencia social y sanitaria de las trabajadoras sexuales.

¹¹⁷ LOPEZ EXPÓSITO, M., “Modelos de regulación de la prostitución”, Universidad de Jaén, Mayo 2019, p. 10; Vid. SOLÍS, M., “La Prostitución adulta no forzada, ¿libertad o esclavitud sexual? : balance, actualidad, perspectivas y propuestas jurídico penales, caso : sexo-servicio en el distrito del Cercado de Lima” Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima- Perú.

¹¹⁸ JIMÉNEZ, D. (31 de mayo de 2015). “Prostitución legal: el modelo Holandés”. *El diario*. https://www.eldiario.es/canariasahora/premium-en-abierto/prostitucion-legal-modelo-holandes_1_2648094.html

¹¹⁹ REQUENA AGUILAR, A. (10 de junio de 2022). “Alegal, sin datos oficiales y parte del PIB: qué sabemos sobre la prostitución en España”. *El diario*. https://www.eldiario.es/sociedad/alegal-datos-oficiales-parte-pib-prostitucion-espana_1_9071643.html#:~:text=Cuenta%20en%20el%20PIB&text=La%20estimaci%C3%B3n%20del%20Instituto%20Nacional.4.100%20millones%20de%20euros%20anuales.

“Por su parte, las prostitutas han de pagar impuestos y tener un seguro privado de salud como cualquier otro trabajador en el país”.¹²⁰

Por parte de la policía holandesa, se lleva un control mediante inspecciones de esos clubes y locales, para comprobar que tienen licencia, que se cumplen las condiciones sanitarias y de seguridad y para verificar que la trabajadora sexual cuenta con su documentación en regla.

Según los datos de un estudio del Gobierno neerlandés sobre la prostitución en los Países Bajos¹²¹ “la trata de personas a trata de personas, la prostitución de menores, la falta de higiene y ambientes de trabajo inseguros son mucho más propensos a existir en el sector de la prostitución ilegal y rara vez se detectan en el sector regulado en los Países Bajos”, afirma Van der Meer¹²²

5.5. LA ALEGALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA

La prostituta romana hacía ganancia con su propio cuerpo. Su ejercicio no estaba penado ni tan siquiera podía ser procesada porque la profesión del meretricio era legal. El sexo con la *meretrix* no comprometía la consanguinidad de la familia, ya que las relaciones con éstas no infringían ninguna ley o costumbre moral ya que no eran sancionadas ni como adulterio ni como *stuprum*, en las leyes del *matrimonium*, en particular *la lex Iulia de adulteriis coercendis* ni la de *maritandis ordinibus* que tan solo prohibía el matrimonio con mujeres de mala reputación para salvaguardar la *salus rei publicae*.¹²³

En España la prostitución no es ilegal pero tampoco es legal. La prostitución como una actividad libre de coacción está en un limbo, en una situación de alegalidad: no es ni lícita ni ilícita. Es decir, la prostitución voluntaria libremente ejercida por mayores de edad no es delito. Sí es ilegal el proxenetismo, la explotación sexual de terceras personas.

¹²⁰ JIMÉNEZ, D. *Op. Cit.*

¹²¹https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/152/cahier-2015-1-volledige-tekst_tcm28-73288.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹²² JIMENEZ, D., *op. cit.*

¹²³ ZAMORA MANZANO, J.L., *op. cit.* p.102

El Código Penal lo que persigue es el proxenetismo coactivo que se produce cuando alguien emplea violencia, intimidación o engaño para determinar a otra persona a ejercer la prostitución, ya que la acción en si de prostitución carece de apoyo legislativo y fiscal.¹²⁴

El libre ejercicio de la prostitución no es punible en todo el territorio español. Su aplicación está sancionada administrativamente cuando se practique en áreas de tránsito público. Esto incluye lugares frecuentados por menores, como parques, escuelas o áreas donde la seguridad vial. Según la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, se imponen multas entre 601 € y 30000. €. ¹²⁵

Las Comunidades Autónomas pueden regular en sus calles a través de sus ordenanzas. La Ordenanza de Sevilla considera la prostitución como una forma de violencia de género y persigue y sanciona al cliente con multas de entre 750 y 1.500 euros. Barcelona prohibió la prostitución callejera con multas de 3.000 € para los clientes y 750 € para las trabajadoras.¹²⁶

Por otro lado la Ordenanza Local de Bilbao sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución de 1999¹²⁷, define su objeto en su artículo 1 y 2:

“1.- La presente Ordenanza tiene por objeto fijar las distancias mínimas que deben guardarse entre aquellos establecimientos o locales abiertos al público en los que se

¹²⁴ Art.188.1 CP: “El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”

¹²⁵ Art. 36.11, De las infracciones graves: “La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial. Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3442-consolidado.pdf>

¹²⁶ Ordenanza Sevilla: <https://www.sevilla.org/servicios/mujer-igualdad/planes-municipales/plan-integral-contra-la-prostitucion/ordenanza-pt.pdf>; Ordenanza Ayuntamiento de Barcelona:

<https://ajuntament.barcelona.cat/dretsdiversitat/sites/default/files/convivencia.830.pdf>

¹²⁷ Ordenanza Bilbao: https://www.bilbao.eus/cs/Satellite?c=BIO_Normativa_FA&cid=3000463544&pagename=Bilbaonet%2FBIO_Normativa_FA%2FBIO_Normativa

ejerza habitualmente la prostitución, de modo parcial o total, así como el régimen jurídico que de ello se deriva.

2.- Asimismo, la Ordenanza indica los requisitos mínimos de orden higiénico-sanitario que deben observar dichos establecimientos.”

En cuanto a su ámbito de aplicación, la misma abarca los locales públicos en los que “de forma declarada o no” se desarrolle habitualmente una actividad de prostitución.

Lo que se pretende evitar con esta Ordenanza, son los denominados “puntos calientes” y garantizar unas condiciones mínimas de higiene de la realidad de la prostitución.

Apenas hay datos oficiales ni se conoce de lejos el número de locales ni de mujeres que ejercen la prostitución en España y los que hay, procedentes de distintos y antiguos informes dispares: *“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estimaban que existían hasta 1.600 clubes y locales donde se ejercía la prostitución, el Instituto de la Mujer calculaba, no obstante, que eran 1.200 los clubes. En cuanto al número de mujeres, no hay datos claros ni recientes. Un informe de hace diez años del Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado del Ministerio del Interior cifraba en 45.000 las mujeres en situación de trata con fines de explotación sexual. Un informe del sociólogo Antonio Ariño, de la Universitat de València, eleva la cifra hasta las 100.000, puesto que suma a las mujeres que la ejercen pero que no se encuentran en contextos de trata.”*¹²⁸

Ese número se parece más al que arrojaba un estudio de investigación del Ministerio de Trabajo, aunque posiblemente ya obsoleto (2006), que hablaba de 113.000 mujeres:

¹²⁸ Estos datos no son oficiales, puesto que son extraídos de un artículo de periódico digital: https://www.eldiario.es/sociedad/alegal-datos-oficiales-parte-pib-prostitucion-espana_1_9071643.html

**ESTIMACIÓN DE LA CANTIDAD DE TRABAJADORAS SEXUALES EN
ESPAÑA¹²⁹**

		CLUBS CARRETERA	CLUBS URBANOS	PISOS	CALLE	TOTAL
ANDALUCÍA						
	Almería	620	335	324	53	1332
	Cádiz	528	243	235	102	1108
	Córdoba	154	592	572	68	1387
	Granada	275	437	422	75	1209
	Huelva	298	268	259	42	866
	Jaén	157	215	208	57	637
	Málaga	20	1030	995	126	2170
	Sevilla	155	1299	1255	157	2866
ARAGÓN						
	Huesca	101	90	86	11	288
	Teruel	213	61	59	8	342
	Zaragoza	414	1194	1154	149	2911
ASTURIAS		894	391	393	49	1727
BALEARES		545	693	670	87	1995
CANARIAS						
	Gran Canaria	368	698	675	87	1828
	Tenerife	82	409	482	51	1024
CANTABRIA		524	339	289	42	1194
CASTILLA-LEÓN						
	Ávila	123	97	94	12	326
	Burgos	144	318	307	40	809
	León	44	252	170	31	497
	Palencia	1350	150	145	19	1664
	Salamanca	461	296	286	37	1079
	Segovia	635	103	100	13	851
	Soria	41	69	66	9	185
	Valladolid	615	592	572	74	1853
	Zamora	134	122	118	15	389
C. LA MANCHA						
	Albacete	510	294	284	37	1125
	Ciudad Real	430	127	123	16	696
	Cuenca	1200	92	89	11	1392
	Guadalajara	99	136	131	17	383
	Toledo	1397	139	135	17	1688
CATALUÑA						

¹²⁹ “Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social”, p. 83, vid. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1d0dad7-f7bc-4040-9436-690f5a0a4d41/5.+Impacto+de+una+posible+normalizacion+profesional+de+la+prostitucion...%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

	Barcelona	1198	2938	2839	661	7636
	Girona	944	160	627	20	1751
	Lleida	449	230	222	29	930
	Tarragona	942	236	228	30	1437
EXTREMADURA						
	Badajoz	351	264	255	33	903
	Cáceres	323	164	159	21	667
GALICIA						
	A Coruña	84	449	434	56	1022
	Lugo	574	170	103	21	868
	Ourense	557	200	89	25	871
	Pontevedra	71	146	141	18	377
MADRID		926	6500	5260	660	13346
MURCIA		411	756	730	94	1991
NAVARRA		1484	357	345	30	2215
PAÍS VASCO						
	Álava	259	248	404	30	941
	Guipúzcoa	501	104	457	0	1062
	Vizcaya	366	374	672	130	1542
LA RIOJA		62	267	179	33	541
C. VALENCIANA						
	Alicante	596	589	569	74	1828
	Castellón	328	309	261	39	937
	Valencia	1236	1469	1428	184	4317
	Ceuta	0	139	134	17	290
	Melilla	0	121	117	15	252
Poblaciones no capitales > 100.000			7528	7274	940	15742
Poblaciones no capitales >50.000 e < 100.000			7719	7458	964	16141
TOTAL NACIONAL		24.192	42.717	41.081	5636	113.426

En palabras de POYATOS, “Los españoles se gastan 50 millones de euros todos los días en prostitución. En nuestro país hay 15 millones de varones potenciales clientes de 400.000 prostitutas, esto es, una por cada 38 hombres. Según la Asociación de Propietarios de Clubs de Alterne, el negocio de la prostitución mueve en España 18.000€ al año. Para los “empresarios” del sector, los ingresos por prostituta y año suponen de 45.000€. La media de gastos de los 15 millones de varones entre 16 y 64 años sería de 1200€ al año, 100€ al mes. El 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución. La demanda de prostitución en nuestro país se caracteriza porque los compradores son mayoritariamente varones (99,70%) y la oferta

*es mayoritariamente de mujeres extranjeras, que en la mayoría de los casos se encuentran en situación de ilegalidad”.*¹³⁰

Por otro lado, la prostitución en España tampoco es considerada como una relación laboral, ya que no pueden tener un contrato adscrito a esa actividad. La jurisprudencia pone un límite distinguiendo si hay o no sexo; existe una STS de 2007 en la que se marcaba claramente la diferencia entre el alterne y la prostitución: si hay sexo no es posible reconocer una relación laboral; si no hay sexo y solo alterne, esto es, captación de clientes, acompañamiento...sí existe relación laboral entre quien ejerce la actividad y quien regenta el local donde se produce.¹³¹

En la actualidad, las prostitutas sí que pueden darse de alta como autónomas pero bajo un epígrafe que no especifica su dedicación en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).

Sin embargo GLORIA POYATOS, Magistrada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, realizó una especie de experimento que abrió las puertas a la normalización del trabajo sexual: Intentó inscribirse ella misma como prostituta en Hacienda y en la Seguridad Social. Lo que realmente pretendía, y así comenta en una entrevista, era obtener una resolución negativa a la petición de cursar el alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) como prostituta; para posteriormente impugnar y lograr una sentencia judicial que avalase su criterio.

Para su sorpresa, la funcionaria que le atendió le indicó que existe un “listado” de actividades económicas con aquellas opciones en las que el legislador no había contado, pero que eran legales; y que la prostitución, si la realizaba por cuenta propia, era legal y tenía cabida. El siguiente paso, fue registrarse en el sistema de la Seguridad Social como autónoma en la Tesorería General. Allí tampoco sabían que responder, puesto que no hay nada claro ni nada que lo regule, pero entendieron que si Hacienda le había dado el alta, también podría ser en la Seguridad Social: *“Al poder darme de alta en la Seguridad Social, demostré que la prostitución podía ejercerse de forma legal”*, comentaba

¹³⁰ POYATOS IMATAS, G., *op. cit.* p. 43

¹³¹ https://vlex.es/vid/678679177#section_7

5.5.1 ESPAÑA NO ES HOLANDA

¿Podría España adoptar un modelo como el holandés para regular la prostitución? ¿qué ocurriría si se da la potestad a los municipios españoles para conceder licencias a los locales para ejercer la prostitución en los mismos? En España, la prostitución indudablemente existe y además mueve enormes cantidades de dinero, lo que ha conseguido que Holanda haya aumentado los ingresos en las arcas públicas mediante los impuestos. Sin embargo, no ha conseguido eliminar del todo el abuso ni la explotación, ni tampoco los prejuicios hacia las prostitutas por muy moderna y tolerante que sea la sociedad holandesa, pues la regularización no implica acabar con el estigma de la prostitución.

La pregunta es: ¿Se quiere que una actividad que está ahí, aunque esté prohibida, siga desarrollándose al margen de la ley? Para mi la respuesta es clara. La prostitución como bien queda demostrado existe desde la época de la antigua Roma, existe ahora y existirá siempre. Y negarlo o desear un mundo utópico donde no fuese así, no cambia la realidad de las mujeres que la ejercen. Por ello, es necesaria una regulación, que recoja derechos para las trabajadoras sexuales: requisitos de una edad mínima para poder ejercerla legalmente, cotización de la seguridad social y todos los derechos que eso conlleva (derecho a desempleo, bajas por incapacidad temporal por enfermedad o accidente laboral, pensión por jubilación...); obligaciones para los locales y clubs de alterne en los cuales se ejerza la prostitución: medidas de seguridad condiciones, higiene, control horario...; y prohibiciones, con sus correspondientes penas, castigando severamente a cualquier tipo de prostitución que no entre en los tipos regulados en la norma: proxenetismo, prostitución de menores de edad, mafias que captan a mujeres extranjeras indocumentadas...

¹³²<https://www.youtube.com/watch?v=KINwP2OsWGA> ;
<https://diariodeavisos.elespanol.com/2016/08/gloria-poyatos-decidi-darme-alta-prostituta-demostre-puede-legal/>

6. CONCLUSIONES

- A rasgos generales, ha quedado probado que la Historia y el Derecho Romano es el antecedente y punto de partida de muchas situaciones actuales, tanto jurídicas como de hecho. Como adelantamos ya en la introducción de nuestro trabajo, a pesar de considerarse Roma como una sociedad patriarcal en la que la mujer dependía del hombre, que contaba con muchos más derechos de los que ha podido tener cualquier mujer en España en determinadas épocas.
- Pese a que la gestación por sustitución es un tema de actualidad, no hay que olvidar tampoco que esta técnica ya existía en la época romana. Respecto a la normativa existente en España en esta materia, queda probado que la misma es mínima, por no decir inexistente. Solamente el art 10.1 LTRHA hace referencia a la gestación por sustitución declarando nulo de pleno derecho dicho contrato. Uno de los principales problemas que hemos planteado en este ámbito es el de la filiación de los menores nacidos de esta técnica, pues si bien misma está prohibida en algunos países como Francia, en España se abrió a la posibilidad de la inscripción de niños en el Registro Civil, por medio de una resolución emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siempre y cuando existirá sentencia o resolución judicial que acredite la filiación del menor así como el cumplimiento de los derechos de la gestante. Sin embargo, creo que esto solo es un parche a la no regulación en España, y no una solución al problema.
- Lo mismo ocurre con la prostitución. Hemos dado numerosos datos bastante significativos y hemos realizado una comparación analizando los pros y los contras que supone la regulación de la misma en países como Holanda. Lo cierto es que mirar para otro lado no hace que desaparezca el problema (quizás si se regula tampoco), pero una realidad es clara: la prostitución no va a dejar de existir, ni hoy ni mañana, y regularizarla sería una forma de empezar a controlarla: Derechos para las prostitutas como para cualquier otro trabajador, obligaciones para los clubs de alterne y prohibiciones para acabar con la lacra del proxenetismo.

7. BIBLIOGRAFÍA

BONFANTE, P.; *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid 1965

DE LAS CASAS LEON, M.E., “Las máximas “Mater Semper certa est” y conceptus pro iam nato habetur”: Su evolución hasta el derecho actual”, Ed. Dykinson S.L., Madrid 2020

DEL RIO VIZCAINO, I., “La prostitución Femenina en el Derecho Romano y en la Lex Visigothorum”, Universidad del País Vasco, 2020

DUPLÁ, T. “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*, Universidad Ramón Llull ESADE, Barcelona, Abril 2019

FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A. mayo 2019, *Manual de Derecho Romano* [en línea], Thomson Reuters [Consulta 8 de agosto 2022] , ISBN 978-84-1309-468-7, disponible en:
https://proview-thomsonreuterscom.accedys2.bbt.ull.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F187906085%2Fv3.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a50000017116798b5c8100067f#sl=0&eid=846c5761483748576b83b093a0d4d5db&eat=-A-BIB_2019_4546&pg=&psl=p&nvgS=false

HORMIGO LOPEZ, P., “Posición jurídica de la mujer en el derecho Romano” Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Facultad de Derecho, 2020

IGAREDA, N., La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana, “*Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas*”, Universitat de Barcelona

LÓPEZ ABELAIRA, E., *Mujer pagana / mujer cristiana en ad uxorem de Tertuliano-Raíces culturales de Europa: textos y lenguas*, Málaga 2015

LOPEZ EXPÓSITO, M., “Modelos de regulación de la prostitución”, Universidad de Jaén, Mayo 2019

MANTILLA MOLINA, R. L., “Sobre el concepto de status”, *Revista de la facultad del derecho de México*, N°29

MARCOS CASQUERO, M.A., “La Prostitución en la Roma Antigua”, Universidad de León

MIQUEL, J., “Consortium omnis vitae. Una reflexión sobre el derecho matrimonial comparado”, *Anales de la Facultad de Derecho*, n°20, diciembre 2003



MONTALBÁN LÓPEZ, R., “El oficio más antiguo del mundo. Prostitución y explotación sexual en la Antigua Roma”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, Vol.4, Universidad de Jaén, 2016

OLIS ROBLEDA, S.J.: “El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad.” *Universitá Gregoria Editrice*, Roma 1970

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Derecho Privado Romano y su práctica a través del Código Civil”, Ed. del Genal, Málaga, 2010

PANERO. P, “El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho”, *Revista internacional de Derecho Romano*. Universidad de Barcelona, Octubre 2010

PARRA MARTÍN. M.D., “Mujer y concubinato en la sociedad romana”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia nº 23, 2005

PÉREZ PÉREZ, V., “Capacidad de la mujer en derecho romano privado”, *Clepsydra: Revista de estudios de género y Teoría feministas*, Nº 16, noviembre 2017

POYATOS IMATAS, G., “La prostitución como trabajo autónomo”, Ed. Bosch, septiembre 2009

QUINTILLÀ ZANUY, M.T., “La interdicción lingüística en las denominaciones latinas para <<prostituta>>”, *Revista de Estudios Latinos (RELat)* nº4 Universitat de Lleida (SIED), 2004

RUIZ FERNANDEZ, E. “El divorcio en Roma”. *Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, 1992

SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., “Observaciones sobre el concepto de status y de posesión de estado en el derecho romano, a propósito del artículo 39.2 de la CE y de la reforma del código civil de 1981 en materia de filiación”. 1999, Disponible en : <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/18401?show=full>

SCONDA, M.V., “El Matrimonio Romano: Definición, elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales” en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, 2021

SIGNORELLI DE MARTÍ, R. “Matrimonio cum manu y sine manu en la Antigua Roma”. *Revista de la Facultad de Derecho UBA*, nº 26

SOLÍS, M., “La Prostitución adulta no forzada, ¿libertad o esclavitud sexual? : balance, actualidad, perspectivas y propuestas jurídico penales, caso : sexo-servicio en el distrito del Cercado de Lima” Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima- Perú.

TORRENT RUIZ, A.; *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. Edisofer SL., Madrid 2005

ZAMORA MANZANO, J.L., “La industria del sexo en la época romana:
Categorización social de la prostituta, medidas fiscales y control de la administración”
Ed. Dykinson SL, Madrid 2019

8. FUENTES

DIGESTO

Ulpiano D. 1.1.9.1

Paulo D. 1.5.4.1

Celso D. 1.5.19

Paulo D. 2. 4. 5

Modestino D. 23.2.1

Pomponio D. 23.2.4

Ulpiano D. 23.2.34

Ulpiano D. 23.2.43

Paulo D. 50.16.129

CÓDIGO DE JUSTINIANO

C. J. 6.29.3