

## EL ASPECTO ADULTERINO EN LA FECUNDACION ARTIFICIAL

Cuando en el 1949, refundiendo en un solo volumen algunos trabajos publicados con anterioridad, el P. A. BOSCHI, S. J. nos ofrecía sus *Nuove Questioni Matrimoniali*<sup>1</sup>, podía escribir muy bien (y con no pequeña ni inmerecida alabanza para la católica nación italiana) las siguientes palabras, relativas a la fecundación artificial: “Di somma importanza e la questione se c’è adulterio nel caso che la fecondazione venga fatta artificialmente in donna coniugata, con seme di un terzo (donatore). *Finora in Italia nessun caso del genere é stato portato dinanzi al Tribunale...*”<sup>2</sup>.

Y, efectivamente, ni hasta entonces, ni hasta el 1952 (año este en que el autor nos ofrecía la cuarta edición de su obra) le había preocupado ni mucho ni poco este problema a la magistratura italiana.

No así, sin embargo, a partir del 1958. Unos dos años antes una maestra nacional, con destino en Cerdeña, guiada (y solo Dios sabe hasta qué punto arrastrada) por su amor innato a la maternidad y la visión descorazonante de un hogar sin hijos, requiriendo los servicios técnicos de un ginecólogo milanés, recurría a la fecundación artificial y con tan buen resultado que el 26 de mayo de 1956 daba a luz a una niña, a quien, para digna corona, se le imponía en la pila bautismal el nombre de Rita. Su presunto padre, sin embargo, el marido de la decidida maestra, no tardaba en *desconocerla*, quedando así sellada con la marca de la ilegitimidad.

¿Era además *adulterina*? Y su madre, habiéndola concebido por fecundación artificial ¿era *adúltera*? Tal fue el problema que en un segundo momento, apoyado en el dispositivo del Artículo 559 del Código penal italiano<sup>3</sup>, el padre proponía a la Magistratura.

El tribunal de primera instancia (la *Pretoria*) de Padua, con fecha 7 nov. 1958, absolvía a la intrépida maestra, considerando que no se daban en el caso los extremos configurantes el reato de adulterio, entendido este —a falta de una descripción legal— en el sentido en que solemos tomarlo vulgar y tradicionalmente. La famosa *alieni tori vio-*

---

<sup>1</sup> Marietti, 1949, la primera edición y 1952 la segunda, p. 1-342.

<sup>2</sup> Obra cit., p. 313.

<sup>3</sup> Tomamos todos estos datos del MESSAGGERO, 17 de febrero de 1959.

<sup>4</sup> “Il delitto —di adulterio— é punibile a querela del marito”. Véase *I Cinque Codici* a cura di R. NICOLÒ-G. LEONE, C. P., Milano., Giuffré Editore, p. 103.

*latio*, de reminiscencias decretistas, o el *concubitus cum alterius coniuge*, como lo definen los moralistas modernos<sup>5</sup>, con sus tres grados, a cada cual más condenable: *coniugati cum soluta* (el menos grave), *coniugatae cum soluto* (ya más grave por el peligroso estraperlo hematológico y doméstico, que se introduciría en ese hogar), *coniugati cum coniugata* (en el que se doblaría, por ambas partes, la malicia de la violación de la fidelidad prometida).

No habiendo habido, pues, en este caso ni ese *concubitus* específico, ni la *expletio libidinis* con cónyuge ajeno, no se concibe el reato de adulterio y sobre todo el castigado por la ley penal ya citada, ley que parece mirar a la protección del *ius accedendi ad propriam uxorem*, que compete exclusivamente al marido, en virtud del contrato matrimonial.

Que si prescindiendo del sentido *material*, que puedan envolver esas expresiones —*concubitus, actus libidinosi in corpus coniugatae*, etc.— nos remontamos al *formal* jurídico, entonces —se afirmaba en la primera sentencia— aparecen menos claros aun los extremos del reato de adulterio, que, *natura sua*, o por lo menos como lo entendemos comunmente, exige *la colaboración y complicidad de dos personas*, una de las cuales por lo menos ha de ser casada. Ni la hábil mano del ginecólogo, ni la jeringa inyectora, ni el lejano y ni siquiera conocido donante, pueden considerarse jurídicamente en función de suplentes del cómplice. Un adulterio, cometido *por una sola persona*, parece ni más ni menos una contradicción *in terminis*<sup>6</sup>.

No le convencieron, sin embargo, estas razones al tribunal de segunda instancia, que el 16 de febrero del corriente año, caída ya la tarde, pronunciaba esta sentencia: “In nome del popolo italiano il tribunale, *in riforma della applicata sentenza*, dichiara C. C. —la intrépida maestra— *responsabile del reato di adulterio*, come contestatole (cioé *di essersi unita ad un uomo diverso dal marito*) e con le attenuanti generiche la condanna (a) *a venti giorni di reclusione, nonché* (b) *al pagamento delle spese processuali...* (c) *al pagamento della tassa di sentenza e al risarcimento del danno* a favore della parte civile —el marido-actor—, liquidato in lire una (!), come richiesto e (d) *alla rifusione delle spese e degli onorari di patrocinio...* liquidate in complessive lire **250 mila**, con la concessione della sospensione condizionale della pena e del beneficio della non iscrizione di condanna nel casellario giudiziale”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, B-H. MERKELBACH, O. P., *Summa Theologiae Moralis*, Desclée, ed. 3, 1931, Tom. II, n. 1011, p. 942-943; LARRAGA-LUMBRERAS, *Epítome de Teología Moral*, Ediciones Studium, Madrid-Buenos Aires, n. 302, p. 211.

<sup>6</sup> Muy bien. Pero... ¿se autofecundó a sí misma esta Maestra, o más bien fue fecundada por otro y sobre todo de otro? Por aquí debe de andar la... madre del cordero, o si se quiere el padre de la criatura, que es lo mismo que decir el necesario cómplice.

<sup>7</sup> Véase “Il Messaggero”, ya citado.

Y en el cuerpo de la misma sentencia, fijando más claramente el estado de la cuestión: "Noi non crediamo alla giustificazione che l'imputata ha dato e cioè di aver concepito artificialmente la sua creatura —con lo que estaríamos fuera de la cuestión entonces—; *ma se anche così fosse stato*, ebbene la C. C. *avrebbe dovuto ugualmente risponderne di adulterio*"<sup>8</sup>.

¿Cuáles las razones de esta decisión? El Ponente o Relator tuvo la buena cualidad de condensarlas en la siguiente tesis, ya reportada en el dispositivo de la sentencia: *cióé di essersi unita* (la rea) *ad un uomo diverso dal marito*. El modo (*naturalmente o artificialmente*) no interesa a los efectos constitutivos del delito; la sustancia es la que cuenta en el caso. De hecho la acusada, como quiera que ello haya sido, *se unió a un hombre, que no era su marido*.

Ni vale objetar que no ha habido en el caso ni el *concupitus*, ni la *expletio libidinis*. Ese es un modo, el más frecuente en general, pero *no el único*, de violar el derecho que pertenece exclusivamente al marido sobre el cuerpo de su esposa *en orden a la procreación* y educación de la prole. La casada, al ceder su cuerpo, en cualquier forma o manera, a otro hombre, no guarda la fidelidad prometida. Al dar cabida en ese mismo cuerpo —con placer o con dolor, natural o artificialmente— a un *semen virile*, que no sea el de su propio esposo, es adúltera, cualquiera que haya sido el medio del que se hubiere servido para la introducción de esa mercancía ajena.

Tampoco vale objetar que la ley penal italiana mira a proteger el *ius proprium et exclusivum mariti accedendi ad propriam uxorem*, y por cierto que con los actos ordenados in remedium concupiscentiae. Esto es cierto, pero la ley ni se para ahí, ni se queda ahí: tutela otro *ius superius*, el primario del matrimonio, la *procreatio et educatio proles*, y esto al objeto de que quede bien asegurada *la unidad de la familia* y no se verifique la peligrosa y odiosa y ciertamente injusta *exturbatio sanguinis*. Estraperlo, como decíamos antes, no sólo hematológico, sino que además moral, genético y hasta económico o hereditario, por no hablar del religioso, en el sentido de que ya en las tablas de la antigua Ley figuraba el *non moechaberis*!

Y tampoco, en fin, que falta el cómplice. Lo hay ciertamente. A veces solo: tal sería el famoso caso de la *mujer-médico*, que se inyectara ella misma, sin el auxilio de nadie, el *alienum semen virile*; generalmente acompañado de una buena fila de colaboradores, y, por ende correos: el médico inyectante, la comadrona o secretaria ayudante, y parécenos también (aunque este punto no lo toque la sentencia) que los *ementes* y *vendentes*, *consiliantes* y *permittentes*, etc., si es que aun hoy valen aquellos versos, que nos obligaban a aprender de me-

<sup>8</sup> Ibidem.

moria nuestros Maestros: "*Iubens, consilians, consentiens, palpo, recursum praebens, participans, mutus, non obstans, non manifestans*"<sup>9</sup>. Ese cómplice, en cualquiera de los casos y de los modos posibles, es el *donante*, la persona, ajena ella, ajeno su semen virile, que fertiliza o, por lo menos, ha intentado fertilizar, tierra jurídicamente, ante Dios y ante la sociedad, ya previamente cotada, cuerpo femenino, que no es el de su propia esposa.

Cuanto en contrario ha afirmado la sentencia de primer grado, hablando de absurdo o ridículo adulterio *solitario*, o de adulterio *múltiple*, no tiene ninguna consistencia doctrinal. La casada, admitiendo virile semen *alienum* por sí sola, cometió el delito de adulterio: ella *admitiendo* ese semen *alienum*, el donador *cediéndolo* para ese fin. Y admitiéndolo con la colaboración o sólo del médico, o de los ayudantes, el adulterio es uno y único, puesto que los otros no son más que *colaboradores*, y, por lo tanto, correos, no adúlteros.

Y tales principios —observaba la sentencia de segundo grado— valen lo mismo sigase o no la fecundación. También las esposas *estériles*, admitiendo el semen *alienum*, quebrantan la fidelidad conyugal, cometen el delito de adulterio.

¿Novedad? ¿Interpretación *extensiva*? Así se dijo y así se escribió<sup>10</sup> y así, en fin, se proclamó a los cuatro vientos. Parécenos, no obstante, se imponga una distinción. Por lo que toca a la *jurisprudencia italiana*, ya decíamos al principio que este argumento era, hasta ahora, nuevo. El articulista del "Messaggero", F. MENGHINI, tratando de echar un capote al juez de primera instancia, escribía: "Una affermazione del genere —que el Pretor habría incurrido en una contradicción fenomenal, *macroscópica*!— sarebbe senz'altro ingiusta, se si tiene presente che il magistrato doveva pronunciarsi su una questione *che non aveva alcun precedente nella giurisprudenza italiana*"<sup>11</sup>.

No así, sin embargo, por lo que se refiere a la *doctrina penal-civilista*. Como afirma el ya citado P. A. BOSCHI: "la dottrina giuridica al riguardo e *oscillante*. *Negano* l'esistenza degli estremi dell'adulterio —en el caso de fecundación artificial— l'Abruzzese, il De Martini e il Traina-Rao<sup>12</sup>; sono invece *per l'affermativa* il Chiarotti e i Durando e questa sentenza sembra a noi *più probabile*"<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Véase LARRAGA-LUMBREERAS, obra cit., n. 448, p. 303.

<sup>10</sup> "In ogni modo —leemos en el ya citado número del "Messaggero"— è evidente che il concetto di adulterio è stato allargato e da quello cosiddetto tradizionale, che aveva come guida soltanto la *libido*, si è passati ad una interpretazione etico-sociale e, se vogliamo, anche religiosa dell'adulterio, inteso non soltanto quale violazione dell'obbligo reciproco dei coniugi *alla esclusività sessuale*, ma anche *come attentato alla certezza della prole*".

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Y según el ya citado articulista, MENGHINI, a estos autores habría que añadir el PAN-NAIN.

<sup>13</sup> Obra cit., p. 313.

Mucho menos nos parece que pueda hablarse de interpretación *extensiva*<sup>14</sup> en el plano de la doctrina *moral-canónica*. Concedamos (y ésto de muy buen grado) que en las expresiones usadas por nuestros moralistas para definir el adulterio (*violatio alieni tori, concubitus cum persona coniugata, accessus ad alienam, etc.*) no encajen muy holgadamente los casos de la fecundación artificial, sobre todo, los de la *heteróloga*, que son los que ofrecen mayor interés canónico, sea sustantivo (legitimidad de la prole: c. 1114-1117; irregularidad canónica 984, 1.º, 1075, etc.) sea penal (c. 2357 y 2359, §§ 2).

Una revisión, por lo tanto, de dichas expresiones se impone en nuestros días, en los que la fecundación artificial, aplicada en un principio sólo en el campo zootécnico, y con magníficos resultados, fue material y brutalmente extendida al humano-genético, con consecuencias desastrosas para los incommovibles principios ético-teológico-jurídicos, que regulan la institución matrimonial.

Revisión ¡de *expresiones*! No de *principios*. El perenne y fundamental, violación de campo *ajeno*, flota, si bien con una cierta vaguedad, en la definición propuesta o referida por el Maestro Graciano y que tantas veces hemos repetido: "*alieni tori violatio*". Lo mismo que en la propuesta por MERKELBACH: "*concubitus cum alterius coniuges*"<sup>15</sup>.

Y la *ratio legis*, guiado por la cual el juez de segunda instancia condenó como adúltera a la intrépida maestra, era conocidísima en nuestra doctrina. El mismo MERKELBACH, por no citar otros autores, explicando la malicia de la segunda figura adulterina (*coniugatae cum soluto*), afirmaba: "gravior primo, quia magis repugnat unam mulierem commiseri pluribus viris quam unum virum pluribus mulieribus; nam a) ex commixtione cum pluribus viris mulier plerumque fit sterilis et impeditur generatio, quod si non impediatur, *incertum cuius sit proles*<sup>16</sup>; b) adúltera se exponit periculo *prolem illegitimam in familiam introducendi* cum magno iustitiae damno pro marito et pro filiis legitimis qui exinde parte hereditatis privantur"<sup>17</sup>.

La *incertitudo prolis* y la *exsturbatio sanguinis* son, pues, dos principios conocidísimos en nuestra doctrina. La sentencia del tribunal de segunda instancia no ha venido a decirnos nada que no conociéramos antes.

Toca ahora a la Suprema Corte di Cassazione, a la que se ha re-

<sup>14</sup> Entendida a norma del canon 17, § 2: "(interpretatio) si *legem* coarctet vel *extendat* aut *dubiam explicet* etc."

<sup>15</sup> Obra cit., p. 942.

<sup>16</sup> Razón ésta que vale a fortiori para la tercera figura adulteriana (*coniugati cum coniugata*) en la que, como decíamos, se duplica la malicia de las dos precedentes. Y realmente, si cuesta no poco educar (con todo lo que esta palabra supone) los hijos propios y ciertos, imaginémosnos lo que supondría educar los... ajenos.

<sup>17</sup> Obra cit., p. 948.

currido, y, como decían nuestros antiguos, *stante pede*, decidir si la jurisprudencia italiana admitirá (primera sentencia) o reprobará (segunda) el aspecto adulterino de la fecundación artificial heteróloga. Que el cielo con sus luces y la historia, tanto jurídica como religiosa de pueblo tan privilegiado, con sus indestructibles enseñanzas iluminen tan alto tribunal.

SEVERINO ALVAREZ-MENÉNDEZ, O. P.

Del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica