

ADULTERIO CASTO

I. DELIMITACION Y TERMINOLOGIA

La técnica de la inseminación artificial de la mujer se va extendiendo y casi popularizando. Lo que hace aún pocos años era una posibilidad poco más que teórica, nuestra época, idólatra entusiasta de la técnica, lo está convirtiendo en un triste sistema, muy conocido y practicado, de realizar las funciones de reproducción. Las estadísticas que corren por ahí de hijos habidos de inseminación artificial (*tube's babies*) arrojan ya cifras asombrosamente altas (fuera de España, se entiende. Nosotros somos un país muy atrasado). Y como, según parece, esas técnicas mejoran, y los hombres no mejoran, el mal, lejos de disminuir, va en aumento.

El hecho afecta a un aspecto importantísimo de la vida humana y ha levantado una buena floración de problemas y, tras ellos, un enjambre rumoroso de escritores y oradores en los que hay de todo; fantasía, sensacionalismo, y también estudios serios y concienzudos. No pocos escritores mezclan alegremente los numerosos problemas que la inseminación artificial presenta; problemas biológicos, eugénicos, sociales, religiosos, morales, civiles, penales, etc., olvidando que, para conseguir logros estimables, cada problema debe ser separado cuidadosamente y tratado con el rigor metódico propio de cada ciencia interesada en el asunto.

Se impone, pues, una cuidadosa delimitación del tema. El nuestro será lo que vamos a llamar adulterio casto: la calificación de adulterio es por el momento hipotética, pues esa es precisamente la cuestión que pretendemos resolver; a saber, si en el sistema canónico cabe configurar el adulterio por el uso, bajo ciertas condiciones, de la inseminación artificial. La calificación de casto es evidente, porque tal adulterio no violaría la virtud de la castidad.

De los escritos aludidos debemos excluir a priori los que no sean jurídicos, pero aun de éstos, los que pueden interesarnos son realmente pocos. Los juristas italianos han cultivado muchísimo el tema que nos preocupa, pero lo han hecho desde la perspectiva del célebre caso de Padua al que en seguida nos referiremos. Su preocupación fundamental es la ley positiva italiana; su interés se centra en dilucidar si la inseminación artificial entra o no en la "fattispecie" o "materialità del reato" descrito en el Código penal italiano. Unos concluyen por la afirmativa, otros por la negativa; no pocos, sobre todo del segundo grupo, postulan una reglamentación penal específica encaminada a reprimir las prácticas de espermiolinseminación. Nuestro pro-

blema es otro, como verá el lector, y por eso nos excusamos de dar cuenta de toda esa bibliografía¹.

Terminología.—En las páginas que siguen empleo el término “inseminación artificial” (sigla i. a.) y no el divulgado “fecundación artificial”, que me parece inexacto y repudiable. No es cuestión de palabras. La i. a. es sólo una sustitución artificial de la cópula carnal y consiste en la colocación por medio de una jeringa de gametos masculinos en la vagina de la mujer. En las especies animales, la i. a. es un procedimiento zootécnico normal. No es indiferente usar una u otra de las dos denominaciones señaladas porque el hijo de la mujer inseminada es también hijo del dador o donante del semen, no *tube's baby*, hijo de probeta. El resto del proceso no es artificial sino natural; la fecundación, la preñez, el parto, el hijo. La observación es importante, no ya sólo porque nos revela hasta dónde llega la pretendida artificialidad de la fecundación, sino, principalmente, porque la identidad biológica de los hechos que ocurren en la inseminación natural y en la artificial determina un planteamiento idéntico del problema, porque en ambos casos entran en juego los mismos datos fundamentales, las fuentes de la vida, la paternidad y la filiación, las relaciones conyugales, la institución matrimonial, la fami-

¹ He aquí algunos estudios especiales; CHIAROTTI, *Pluralità di soggetti passivi in relazione alla determinazione dell'oggetto della tutela penale dei diritti di adulterio e concubinato* en Rivista Penale, 1947, I, p. 505; COLACE, *la fecondazione artificiale è delitto di adulterio* en Foro italiano, 1959, II, p. 81; G. BATTAGLINI *Fecondazione artificiale e adulterio* en Giustizia penale 1959, I, p. 107. Estos autores consideran que la i. a. constituye delito de adulterio. Mención aparte merecen en este grupo los artículos publicados por el P. LENER en *Civiltà Cattolica*, 1959, I, p. 124 ss; II, p. 9 ss; II, p. 462 ss; III, p. 59 ss; IV, p. 27 ss; aunque estos estudios, escritos con ocasión del caso de Padua, tienen la mira puesta en la particular disciplina jurídico-penal de las leyes italianas, pero hay en ellos un interesante intento de construcción sistemática desde un punto de vista general y absoluto del adulterio, y también referencias explícitas al orden canónico. En este mismo grupo hay que incluir, aunque con reservas, a GIACOMAZZO, *Questioni in tema di fecondazioni artificiale*, Padua 1959, y a F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale nella donna*, Milán, 1961, p. 186.

Entre los que niegan que la i. a. constituye delito de adulterio, podemos mencionar a CIPROTTI en *Enciclopedia Católica*, art. *Fecondazione artificiale*; JEMOLO, *Sulla fecondazione artificiale* en *Temi*, 1959, I, p. 95; NUVOLONE, *adulterio e fecondazione artificiale* en *Rivista di diritto matrimoniale*, 1959, p. 281 ss. PISAPIA en *Nuovissimo Digesto italiano*, vol. I, p. 326. En ese mismo volumen, y sin referencia explícita a nuestro tema, en la p. 334 s. debemos reseñar el trabajo del hoy cardenal F. ROBERTI (art. *adulterio*).

Entre los seglares españoles hay que citar a Ramón M. DE VECIANA *La Eutelegenesia ante el Derecho Canónico*. Barcelona 1957 p. 213; A. BERNARDEZ CANTÓN, *Las causas canónicas de Separación conyugal*, Barcelona, 1962, p. 157 ss. Desde el ángulo civil los autores españoles se han preocupado también del problema en estudios que aquí no interesan directamente.

Entre los eclesiásticos hay que citar: AGAPITO DE SOBRADILLO O. F. M. Cap. *La fecondación artificial* en *Revista Española de Derecho Canónico* 5 (1950) pp. 1009 ss; P. BONAVENTURA DA GANGI, Capuchino, *La fecondazione artificiale* en *Palestra del Clero*, 39 (1960) p. 989 ss. (en la p. 989 hay una interesante indicación bibliográfica); P. HÜRT, *La fecondation artificielle* en *N. Rev. Théologique* 68 (1946) 402-426; L. RENWART, *Insemination artificielle et documents pontificaux*, en *Nouvel. Rev. Theol.* 71 (1949) 1074. El artículo trata exclusivamente el aspecto moral de la i. a. pero tiene interés por la bibliografía antigua que cita.

Los autores clásicos se citarán en sus lugares correspondientes.

lia. Otra cosa sería si existiera una verdadera fecundación artificial, una manera de obtener seres humanos artificiales en el sentido en que hablamos de radioelementos artificiales, de seda artificial, o incluso de la obtención por síntesis química de productos que de otro modo y en otras condiciones se producen en la naturaleza. No es ese nuestro caso: al hablar de la i. a. nos referimos a un hecho biológico fundamental que origina relaciones jurídicas de siempre conocidas y de decisiva importancia en la vida humana, por lo cual la moral y el derecho tienen que tomar ante él unas posiciones que sustancialmente, no difieren de las adoptadas ante la inseminación natural².

El término eutelegenesia, propuesto por algunos autores, y entre nosotros por Ramón M. VECIANA (*La eutelegenesia ante el derecho canónico*, Barcelona 1957, p. 26), si fuera aceptado, sería expresivo; tal vez sobra el "eu" inicial y quedaría el término telegenesia, generación a distancia, que ha tenido poca aceptación.

En la i. a. pueden presentarse tres hipótesis. Si el donante y la inseminada son marido y mujer (inseminación *homógama*), el caso puede interesar al moralista y, según las soluciones que se le dieran, podría tener reflejos canónicos en el campo del derecho penal. Si uno y otra son solteros o viudos (inseminación *ágama*) tampoco puede haber problema de adulterio casto, pero sí otros problemas morales, también con posibles derivaciones legales criminológicas. El problema del adulterio casto puede solamente presentarse en los casos de inseminación *heterógama* (sigla i. h.) lo cual sucederá siempre que la mujer casada reciba semen de varón que no es su marido y también si una mujer soltera o viuda es inseminada con semen de donante casado.

II. EL CASO DE PADUA

El caso de Padua ha tenido gran resonancia en Italia y fuera de ella. Una maestra nacional llamada Carla Cassaroti estaba casada con Antonio Faeda, ex mariscal de carabinieri; el cual demandó a su mujer de adulterio que aquella negaba alegando haber tenido su hija por i. a. En primera instancia la demandada fue absuelta; en segunda instancia fue condenada. Llevado el asunto al Tribunal Supremo, la partida terminó en tablas. Era el primer caso que pedía entrada en la frondosa jurisprudencia italiana. Durante los

² De fecundación artificial en sentido menos impropio se ha hablado a propósito de unas recientes experiencias realizadas *in vitro* por cierto profesor boloñés y antes que él, y con menos publicidad, por otros; al parecer se ha logrado que un óvulo humano fecundado viva durante un período relativamente largo en laboratorio, sumergido en un medio nutritivo adecuado. Pero ni aun esto es propiamente fecundación artificial, sino inseminación de más acentuada artificialidad que la corriente de que hablamos.

cuatro años que duró la causa, y aun después de ella, los juristas italianos han escrito mucho acerca del caso, como ya hemos recordado.

Las tres sentencias de la causa han sido cuidadosamente elaboradas al hilo de la doctrina y de las discusiones italianas. Por eso me parece conveniente dar un extracto amplio de esas tres sentencias. Ello nos ahorrará el examen de la abundante literatura a que hemos hecho referencia, porque las sentencias recogen suficientemente las ideas expuestas por los escritores aludidos; a la vez nos pondrá ante un hecho real debatido. Imposible sería buscar una introducción más oportuna al problema que pretendemos resolver.

1. PREFECTURA DE PADUA: *Sentencia de 7 de noviembre de 1958.*—Comienza el documento explicando los hechos. Antonio Faeda presentó en la prefectura de Padua en 28 de junio de 1957 dos querellas contra su mujer Carla Cassaroti; por adulterio y por apropiación indebida de objetos pertenecientes al demandante (*nosotros no tratamos de esta segunda demanda y no recogemos los textos que a ella se refieren*). La demanda de adulterio se funda en que la demandada, separada de él por mutuo consentimiento desde marzo de 1956, había dado a luz el 26 de mayo de 1957 una niña a la que puso por nombre María Rita.

Admitía la parte demandada no haber tenido acceso carnal con su marido, pero respondió que había tenido la niña como consecuencia de inseminación artificial que le fue practicada por un médico de Milán, rehusando dar el nombre del ginecólogo, el cual, según la demandante, le hizo la inseminación vaginal dos veces; el 12 y el 15 de agosto de 1956. Existía una sentencia contra el demandante dada por el tribunal de Padua el 24 de junio de 1957, por malos tratos y lesiones producidas a su mujer. Angel, hermano de Carla, atestiguó haber acompañado a ésta a Milán y haber sido informado por ella de su intención de someterse a la inseminación artificial.

Señalados los hechos, el Pretor analiza el aspecto del *derecho*. Dice que se debe examinar el asunto desde dos puntos de vista; primero hay que determinar qué es el adulterio, y luego especificar si la inseminación entra en la "fattispecie oggettiva" de aquél.

En cuanto al primer aspecto, señala la sentencia que no existe una definición legal del adulterio, por lo cual la cuestión ha de resolverse atendiendo a la *ratio legis*, acerca de la cual se deben señalar tres teorías distintas. Según la primera de ellas, la razón o finalidad del legislador reside en el interés del Estado de garantizar el orden jurídico matrimonial, o el orden ético-jurídico del matrimonio monogámico; esta formulación peca evidentemente de ser excesivamente general y no suministra elementos concretos de solución para el problema. Otra teoría afirma que la razón de la ley es la tutela penal del *status* conyugal. Esta solución es inaceptable a) porque la condena por adulterio no está condicionada a una sentencia de separación personal y no contrasta con la posibilidad de reconciliación de los cónyuges, incluso después de la sentencia; b) porque el adulterio no produce modificaciones en el *status* conyugal puesto que no disuelve el matrimonio, sino que a lo

sumo debilita el vínculo. Según un tercer punto de vista la ley pretende proteger la obligación recíproca de fidelidad que la institución matrimonial impone a los cónyuges; el Pretor discute esta explicación, resuelve las objeciones y la admite.

En cuanto a la extensión de esta obligación de fidelidad, la sentencia establece que la protección penal se limita a la obligación de fidelidad *sexual*, ya que la ley castiga solamente las violaciones de esa clase de infidelidad y prescinde y deja sin pena otras muchas infidelidades conyugales no sexuales. Por tanto el adulterio supone “una relazione libidinosa, un rapporto sessuale delle persone conjugate con soggetto di sesso diverso”. Fuera de esto no es posible hallar otro elemento capaz de definir el campo de aplicación de la norma penal. Así por ejemplo no es posible extenderla a la finalidad de impedir la *turbatio sanguinis*, pues en ese caso no sería punible el adulterio siendo estéril uno de los dos adúlteros. También es gratuito afirmar que lo que busca la ley es evitar la incertidumbre de la prole.

El término “acto sexual” ha de entenderse, según la acepción común de la doctrina, como un acto destinado a satisfacer el instinto sexual (*libido*), prescindiendo de la fecundación, elemento eventual e insuficiente para configurar el acto sexual. Los nuevos inventos no pueden alterar el campo de aplicación de la ley si, para hacerlo, habría que desnaturalizar la norma legal y darle otro contenido.

La fecundación artificial no pertenece a la sexualidad sino a la genitalidad; es un hecho exclusivamente biológico, desvinculado de la *libido*, pues esta no se da ni en la mujer ni en el médico ni en el donante (al menos en relación con aquella mujer). Por tanto la fecundación artificial no pertenece al fin de la ley, la cual vincula el adulterio con la sexualidad.

Además, el adulterio es un delito plurisubjetivo, constituido por varias actividades o conductas relacionadas entre sí por concurrencia en el hecho delictivo (aquí la sentencia se extiende en la demostración de ésta plurisubjetividad).

Examinada la estructura delictiva del adulterio hay que ver si el hecho de la fecundación artificial corresponde al modelo legal del adulterio. La respuesta tiene que ser negativa, pues la fecundación artificial no es un acto necesariamente plurisubjetivo; una mujer médico puede inseminarse a sí misma con semen obtenido sin *libido* (p. e. de un cadáver reciente, de una *pollutio nocturna*, de un semen extraído para ser examinado en laboratorio). También puede ocurrir que el donador haya muerto cuando el semen es utilizado. En el caso normal, cuando hay tres conductas (donante, inseminador, inseminada), la actividad del adúltero se fracciona en dos actos diversos e independientes, contra el supuesto legal de que en el adulterio no puede haber más que la adúltera y su correo; sería imposible determinar quién es el correo, si el donante o el médico que insemina. Los dos no pueden ser, porque la ley sólo prevé un correo. Ni puede asimilarse el caso al de una mujer que comete adulterio con dos varones, pues aquí hay dos adulterios y en la

fecundación artificial sólo habría uno, porque ni el donante ni el inseminador pueden ser el correo de un adulterio completo.

Por otra parte, el inseminador puede ser el marido, en cuyo caso habría que decir que un marido es el ejecutor de un delito de adulterio con su propia mujer. No es correo el donante, que puede ser un muerto; ni el inseminador que puede ser el marido; ni ambos a dos porque el reato es bilateral mientras que la fecundación artificial puede ser realizada por una, por dos o por tres personas. La ley no castiga toda violación de la infidelidad conyugal, sino sólo una violación determinada en la ley que no es la fecundación artificial; basta señalar un solo caso en el que aparezca que la fecundación artificial no llena las condiciones legales del delito para concluir que el legislador no la ha previsto como tal delito. Desde el punto de vista objetivo, entre el hecho aducido (fecundación artificial) y la factispecie legal (adulterio), no existe correspondencia, luego no hay posibilidad de imputar aquella como adulterio. Dada la gravedad del acto, el legislador debe incriminar la fecundación artificial configurado el correspondiente delito. Hoy no es posible al juez imputarlo.

Pasa luego la sentencia a examinar la credibilidad de la demandada. El Pretor la considera veraz 1) por la constancia y uniformidad de sus declaraciones, aun sin saber si sería castigada por este hecho; 2) ha respondido verdad aceptando la demanda de hurto o apropiación indebida; 3) nadie ha podido señalar un hombre en la vida de la Carla, a pesar de haber vivido en pueblos pequeños en los que se sabe al detalle la vida de todos; al contrario, pudo acusar a su marido de infidelidad y admitir la acusación de éste beneficiándose así de la eximente.

El negarse a declarar el nombre del ginecólogo de Milán que practicó la inseminación artificial no debe considerarse como elemento de prueba a su cargo, pues se lo impide la gratitud por la maternidad lograda y el temor de envolverlo en un proceso con peligro de expulsión del Cuerpo Médico.

En el aspecto psicológico la conducta de la acusada está bien explicada y justificada por el instinto de maternidad común a todas las mujeres, y agudizada en éste caso por haber sido la Carla acusada por su marido de esterilidad; su triste experiencia matrimonial explica que haya recurrido a la espermioinseminación.

De todo esto no resulta una prueba clara de haber sido realizada la fecundación artificial pero sí elementos suficientes para crear un estado de duda; y desde luego no está probado que la demandada yaciera con varón distinto de su marido.

2. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE PADUA: (*sentencia de 16 - II - 1959*)

El contenido de esta sentencia es el siguiente:

Hace un resumen de los hechos y de las afirmaciones centrales contenidas en la sentencia apelada. La apelación se funda en a) valoración errónea de

los hechos, pues el nacimiento de la niña demuestra la existencia del adulterio cometido; b) los conceptos de sexualidad y de genitalidad no se excluyen, sino que se complementan y por tanto la fecundación artificial constituye adulterio; c) es sólo opinable la doctrina que considera bilateral el delito de adulterio, pero aunque así se considerara, el correo puede identificarse en el donante o en el inseminador.

El Tribunal Colegiado condena de adulterio a Carla Cassarotti. Debe estimarse que la demandada ha concebido *extra thalamun* por unión carnal porque en Italia así ocurre en la casi totalidad de los casos (*id quod plerumque accidit*) ya que la inseminación artificial es una excepción absoluta a la regla, como lo demuestra el hecho de ser éste el primer caso que se presenta ante los tribunales italianos.

Prescindiendo del interés de la demandada en defenderse alegando un hecho que carece de antecedentes jurisprudenciales, y admitiendo la excusa por la que calló el nombre del ginecólogo, pero no se explica por qué no dio el del primo que la acompañó a Milán, ni el del hotel o casa de ésta ciudad donde residió, elementos que hubieran sido interesantes para llevar al juez la convicción de la inseminación artificial alegada. Las afirmaciones del acusado pueden aceptarse como pruebas, pero sólo cuando hayan sido rigurosamente controladas.

Es cierto que no se señala una relación sentimental entre la acusada y otro hombre extraño, pero hay que advertir que para la concepción solamente hace falta una relación carnal momentánea, que bien pudo haber tenido lugar en Milán. Tampoco tiene especial valor la razón psicológica señalada en la sentencia apelada, pues lo mismo se podría opinar que esa triste experiencia matrimonial la habría empujado a buscarse una unión carnal con otro hombre para conseguir la deseada maternidad. Por eso las afirmaciones de la demandada carecen de eficacia probatoria frente a los graves indicios aducidos por la acusación.

En cuanto al problema del adulterio por inseminación artificial, el Tribunal sostiene una tesis contraria a la de la sentencia apelada; es decir, *la inseminación artificial constituye adulterio*. La clave de la solución está en el objeto jurídico de la tutela penal que es "el interés del Estado en garantizar el *orden jurídico familiar, y más precisamente, el orden jurídico matrimonial, contra la perturbación derivada del adulterio de la esposa*". La fidelidad sexual no es más que una parte, y no la principal, del orden jurídico familiar. En efecto, el delito no se imputa sólo a la mujer, sino al correo, el cual no está obligado a guardar fidelidad; por otra parte el adulterio simple del marido no es punible a pesar de que viola la fidelidad, lo mismo que el concubinato del marido cuando no es notorio.

La sistemática del código lo confirma. El adulterio, como la bigamia, la inducción al matrimonio mediante engaño y el concubinato están colocados en el tít. de delitos contra la familia, y en el cap. de delitos contra el matrimonio; ahora bien, en esos delitos no es precisamente la fidelidad conyugal

lo que entra en juego, sino una amplia tutela del matrimonio en la que la fidelidad es solamente un medio para garantizar el bien más general que es la procreación y la certidumbre de la prole; de lo contrario quedaría tutelado lo que es más y no lo que es menos. La infidelidad genital destruye la familia sin remedio, porque introduce en ella un extraño. La ley castiga más el adulterio de la mujer que el del marido porque, si bien los actos merecen la misma calificación en cuanto a su inmoralidad, sin embargo, el hombre puede contener su conducta ilícita dentro de límites que no traigan consecuencias, mientras que la mujer adúltera compromete la certeza de la prole.

“El concepto de adulterio en la jurisprudencia y en la doctrina no ha sido siempre el mismo. Antiguamente sólo se consideraba como adulterio la unión carnal. Quedaban así excluidos otros actos libidinosos, aunque por su obscenidad y torpeza sean más probables.

Se consideró que la llamada *venus nefanda* no constituía adulterio porque en ella no existe una verdadera y propia violación del derecho marital, ya que el marido no puede alegar derechos en relación con tales actos. Pero más tarde la moral familiar y el interés de reprimir todo fraude sexual ensancharon sus límites y la doctrina y la jurisprudencia reconocieron que también esos actos constituyen adulterio porque con ellos la mujer casada abandona su propio cuerpo a la liviandad de persona distinta del marido. Como se ve, el concepto de adulterio se ha extendido para conformarse con el momento histórico, siquiera se haya llegado a ello por la dificultad de probar el adulterio. En otros términos la sintomatología del adulterio se ha convertido en adulterio; pero solamente la *seminatio in vas* integran la lesión de los bienes tutelados y configura el verdadero adulterio”.

“Ahora bien si el bien jurídico tutelado no es la fidelidad sexual, sino el orden jurídico matrimonial, la genitalidad, es evidente que la inseminación artificial de mujer casada con semen diverso del de su marido constituye adulterio porque ataca profundamente el orden que el Estado quiere proteger. Con la inseminación artificial desaparece la certidumbre de la prole que el marido tiene derecho a reclamar. La ley impone a los cónyuges la obligación recíproca de la cohabitación, de la fidelidad y de la existencia. En ella se descubre la referencia a los fines del matrimonio, *filiorum procreatio, mutuuum adiutorium, remedium concupiscentiae*; a la obligación de la cohabitación corresponde el *ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem* y la fidelidad no es sólo la sexual sino que en un sentido moral más elevado, consiste en reservar al cónyuge con absoluta corrección y sinceridad el puesto mejor en los pensamientos y en la conducta propia. En otras palabras consiste en el amor honrado de un cónyuge para con el otro. Por tanto, a la luz de esta consideración, el bien tutelado por la norma penal no es solamente el derecho del marido a la exclusividad sexual de la mujer, sino sobre todo la fidelidad moral y genital que preside el ordenamiento jurídico del matrimonio. La mujer que se somete a la inseminación artificial traiciona

el derecho exclusivo del marido al *ius in corpus* y la obligación de fidelidad en el sentido expresado porque introduce en la familia un hijo extraño”.

Al aplicar una norma el juez no puede limitarse a examinar su contenido cuando fue promulgada, sino cuando la aplica, teniendo en cuenta los modos hoy posibles de violarla.

El adulterio es un delito bilateral, pero olvida la sentencia apelada que “la calificación de correo, de coagente, puede atribuirse al donante o al vendedor de semen, o a quien practica materialmente la inseminación. Nada impide una tal configuración”.

A continuación la sentencia pasa revista a la doctrina y a la jurisprudencia sobre el tema de adulterio por inseminación artificial. En Italia, las opiniones son contradictorias. En Estados Unidos, hay sentencias opuestas. En Alemania una corriente doctrinal sostiene que con inseminación artificial pueden realizarse delitos de proxenetismo, adulterio, falsificación del estado civil. El código germano castiga el adulterio cuando por medio de él se viola el contenido del matrimonio. En Suiza la inseminación artificial se rechaza desde el punto de vista moral, social y jurídico. En Inglaterra una comisión de expertos dictaminó con gran copia de razones en diciembre de 1945 contra la inseminación con semen diverso del marido y concluyó que, siendo tan graves los males que acarrea, debe ser perseguida como delito y que *el médico que la practica puede ser considerado como cómplice de adulterio*. En Italia donde el matrimonio concordatorio se contrae en el 99 por 100 de los casos y donde la religión y la moral católica han sido las fuentes inspiradoras de legislación, la interpretación ha de apoyarse en las normas establecidas por la moral católica, según la cual la naturaleza del semen, la estructura de los órganos sexuales, la inclinación mútua de los sexos están indicando que la generación no debe realizarse si no es por medio de una unión normal, como lo requiere el bien de la prole. El acto con que se obtiene el semen demuestra también la inmoralidad del procedimiento, incluso en los casos de mujer núbil o casada con varón impotente y deseosa de tener un hijo pues, no se puede buscar lo lícito a través de un acto ilícito. Ni es lícito dar vida a un hijo ilegítimo para aplacar la neurastenia o la histeria. Según la ley natural y la ley divina positiva la procreación de una vida nueva sólo puede ser fruto del matrimonio. La inseminación con semen de un tercero debe repudiarse, porque la procreación de una nueva vida sólo puede ser fruto de un matrimonio; porque solamente los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida (cita a continuación la sentencia unas palabras de Pío XII, sin nombrarlo personalmente; atribuye esas palabras a “un altissima cattedra di morale” y termina diciendo): queda así demostrado que la inseminación artificial, con semen de tercero constituye adulterio por lo cual, aunque la acusada hubiese demostrado el hecho de la inseminación, sería igualmente culpable de adulterio. Por tanto el Colegio reforma la sentencia apelada y declara a la Casarotti culpable de adulterio.

3. TRIBUNAL SUPREMO ITALIANO

(*Corte di Cassazione; Sezioni Unite Penali*). Sentencia de 16 de enero de 1961.

En el capítulo de hechos recuerda la sentencia la marcha de los procesos anteriores y señala las razones del recurso de casación, a saber; a) defecto de motivación por inversión de la carga de la prueba acerca del hecho constitutivo del adulterio; b) aplicación errónea de la ley porque el Tribunal de apelación ha admitido que la inseminación artificial está subsumida en la objetividad material del delito de adulterio.

En el capítulo "DIRITTO" se advierte que el adulterio está comprendido en los reatos que fueron amnistiados por decreto de la Presidencia de 11 de julio de 1959 y que la demandada en la causa reúne las condiciones de aplicabilidad de la amnistía. Tras esto, la sentencia rehusa entrar en el fondo del problema debatido; "Ed è altrettanto chiaro che esso non può formare oggetto di esame in questa sede, poichè il magistero giurisdizionale della Corte regolatrice non consiste nel risolvere questioni giuridiche astratte, ma nel sindacare la legittimità delle decisioni di merito in rapporto ad una fattispecie concreta".

En cuanto al vicio alegado por la recurrente según la cual el tribunal de Padua habría llegado a la condena a través de una inversión de la carga de la prueba, el Tribunal Supremo Italiano estima que esa alegación carece de fundamento, pues no se trata de inversión de la carga de la prueba, sino de contraposición crítica de un factor positivo de la misma prueba apreciado correctamente, frente a una mera alegación defensiva que el Tribunal ha creído vacía de veracidad.

La sentencia termina con estas palabras: "La sentenza deve essere dunque annullata senza rinvio, in applicazione della causa estintiva". (la amnistía)³.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las dos sentencias de Padua, la absolutoria y la de condena, responden a una misma línea lógica y pueden reducirse a un silogismo. La proposición mayor es la noción de adulterio y la menor la aplicación de dicha noción a la inseminación heterógama. El contraste entre las dos sentencias está en la

³ Las sentencias aquí resumidas han sido publicadas en todas las revistas italianas; concretamente en "Il Diritto ecclesiastico" 72 (1961) pp. 178-193; 170-178; 96-99. La sentencia del Tribunal Supremo va acompañada de una breve nota crítica escrita por G. R. GIACOMAZZO, autor de un libro titulado *Questioni in tema di fecondazione artificiale* en el que defiende la tesis de que la i. h. constituye verdadero adulterio. En la nota crítica de referencia, subraya GIACOMAZZO que el Tribunal Supremo no ha querido entrar en la discusión del problema, pero que, a su parecer, el texto de la sentencia, al menos implícita e inconscientemente, autoriza al intérprete a admitir que la i. h. constituye de suyo adulterio.

proposición mayor, pues el contenido de la menor es conocido e indiscutible. El juez de primera instancia se adhiere al concepto tradicional del adulterio (cópula carnal) y concluye en consecuencia que el acto de la demandada no es imputable. El Tribunal de apelación alarga el concepto de adulterio trascendiendo de la letra de la ley a su hondo sentido nocional y concluye que, aunque la Carla hubiera demostrado el hecho de la i. h., sería culpable del adulterio.

Y aquí está el problema. Hic sunt leones! Desde nuestro punto de vista canónico la cuestión que se nos plantea es idéntica; qué es en realidad el adulterio?

Comenzaremos constatando que en la doctrina recibida el adulterio obedece a un criterio contractual y personalista. Fuerza será advertir también que, admitiendo rígidamente este concepto de matrimonio contractual, tendríamos que poner aquí el punto final a este estudio con una conclusión negativa. En efecto, el adulterio es un *actus consummatus iuxta naturam*, como proclaman hoy al unísono todos nuestros moralistas; y la i. h. no es un *actus consummatus iuxta naturam*. Ciertas violaciones de la castidad, como la sodomia y la bestialidad pueden asimilarse al adulterio, atribuyéndoles, como a él, la condición de causas canónicas de separación, pero tales actos no son adulterio; son actos *contra naturam*. También la i. h. es un acto *contra naturam*, o al menos, no es *iuxta naturam*, luego no es adulterio.

Y por qué en la doctrina recibida el adulterio consiste en un acto consumado *iuxta naturam*? Porque en esa doctrina el matrimonio es un contrato cuyo contenido o materia es el *ius in actus per se aptos ad prolis generationem*, es decir, la cópula conyugal que comprende la *penetratio* y la *inseminatio* con las que se consuma el matrimonio. Este derecho, objeto del contrato matrimonial, define esencialmente el vínculo o *factum esse* del matrimonio, porque eso es lo que los cónyuges se han entregado mutuamente en el contrato (c. 1081, § 2). Si ahora uno de los dos cónyuges realiza la cópula con tercera persona, esta cópula es injusta, es una injuria cometida contra su cónyuge porque ha entregado a esa tercera persona **una cosa que debe éste en justicia, en virtud del contrato concluído. Y esa injusticia es la malicia específica del adulterio.**

Juan AZOR (1603) explica ésto diciendo:

Respondetur adulterium ex sua natura esse peccatum contra iustitiam quoniam per coniugium factus est quidam contractus inter coniuges ex mutuo consensu quo uterque coniux tradidit alteri usum sui corporis ad copulam coniugalem, ex quo fit ut adulterium... est peccatum contra eum qui habet usum et potestatem in corpus coniugis acquisitam per verum contractum... nam in matrimonio vere est contractus do ut des, vel facio ut facias⁴.

⁴ AZOR, *Institutiones morales*, vol. III, León 1612, col. 299.

El adulterio es un pecado doble. Por una parte es una violación de la castidad, como la fornicación y por otra, una violación de la justicia. Las dos violaciones se han de cometer *con un solo acto*, porque la injusticia incide precisamente en la cópula carnal impura. Es el típico caso de concurso ideal de delitos, en el que, con un solo acto, se cometen dos infracciones. Hay muchas otras infidelidades conyugales distintas de la cópula carnal con tercera persona, graves y leves. De esas infidelidades, unas son sexuales (actos incompletos o contra naturam) otras de otro género, pero ninguna de esas infidelidades configuran el adulterio porque ninguna de ellas han sido objeto del contrato; por lo cual, los cónyuges no pueden alegar verdaderos *derechos* más que cuando se trata de la cópula que es lo únicamente contratado. Los impotentes para realizar la cópula no pueden contraer matrimonio válido, porque nadie puede contratar acerca de una cosa que no tiene o acerca de un acto del que no es capaz. El matrimonio se consuma por la cópula conyugal porque la consumación no es sino llevar el matrimonio del terreno consensual al terreno real y como lo contratado era la cópula, la consumación consistirá en la cópula.

Ahora bien, la i. a. no es cópula conyugal, sino su sucedáneo y no consuma el matrimonio⁵; y por tanto no es adulterio. El marido no puede alegar derechos en relación con la esposa que se insemina artificialmente porque lo pactado era la cópula, no la i. a.

Resulta pues que en la teoría contractual el adulterio por i. h. es algo tan lejano e incongruente que sólo el intentarlo resulta pretensión absurda y de antemano condenada al fracaso. No caben reaciocinios ni sutilezas cuando es palmario que sin cópula no puede haber violación del *ius in corpus*, único contenido sustancial del contrato y único elemento esencial del matrimonio *in facto esse*. El problema del adulterio casto sólo puede tener planteamiento en una doctrina que vea en el matrimonio algo más que un contrato acerca del *actus quo coniuges fiunt una caro*.

Acerca de este asunto me remito a lo que hace ya mucho tiempo escribí⁶

⁵ En la doctrina actual es pacífico que la i. a. no consuma el matrimonio; esta doctrina tiene su origen en el decreto del Santo Oficio de 17 de marzo de 1897 en el que se declaraba ilícita la inseminación homógama en principio. Sobre este punto, véanse los moralistas. Antes de esta época el matrimonio se consideraba consumado por la inseminación, con cópula o sin ella. Cfr. SÁNCHEZ lib. II, disp. 21, n. 2. La jurisprudencia actual es firme en cuanto a negar la consumación del matrimonio por la i. a.; cfr. Decreto del Santo Oficio de 26 de marzo de 1897 (AAS, vol. 29, p. 704); decreto de 24 de julio de 1929 (AAS, 21-1929-490) Rota Romana sentencias de 20 de marzo de 1926 y de 20 de enero de 1946; vol. 18 (1926), decisión 11, n. 13 y vol. 38 (1946) decisión 7 n. 6. Sin embargo, todavía VERMEERSCH consideraba consumado el matrimonio por la mera inseminación aún sin cópula; *De castitate et de vitiis contrariis*, Roma 1919, p. 78.

⁶ TOMÁS G. BARBERENA, *Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico en "Miscelánea"* 15 (1951) p. 155 ss; del mismo *Sobre el matrimonio "in fieri"* en "Salmanticensis", 1 (1954) 422 ss. Por aquél entonces mis modestas reflexiones provocaron rotundas desconformidades. Creo sin embargo que lo fundamental de mis afirmaciones queda en pie.

y doy por supuestas mis anteriores explicaciones acerca del concepto de matrimonio como un todo orgánico, institucional, que rebasa la angostura del contrato para poder dar cabida y explicación coherente y lógica a las normas canónicas sobre el consentimiento matrimonial y a la vez para lograr un concepto del matrimonio que abarque toda su riqueza íntima.

Y dicho esto, que era necesario decir, volvamos a nuestra pregunta: constituye adulterio la inseminación heterógama?

IV. EL PROBLEMA DEL MARIDO CONSENTIDO Y SU SOLUCION POR INOCENCIO XI Y POR LA DOCTRINA

No hallamos en la época patrística datos esenciales en relación con nuestro problema. En lo que al matrimonio se refiere, las ideas de la época se centran principalmente en la santidad e indisolubilidad de la unión conyugal, como elemento fundamental aportado por la revelación. En cuanto al adulterio, la preocupación principal es hacer triunfar la tesis de la indisolubilidad aun en caso de adulterio, permitiéndose solamente la separación, pero sin derecho a contraer nuevas nupcias. Las aportaciones germánicas posteriores, que tuvieron su reflejo en la legislación castellana, tampoco presentan particularidades importantes en lo que a nuestro problema se refiere. La reflexión escolástica y la posterior elaboración sistemática del matrimonio, tras las vacilaciones iniciales, acabó dando al matrimonio la configuración de un contrato privado entre varón y mujer, productor de derechos mutuos y el adulterio como una violación de la justicia contractual, según queda explicado.

Esta interpretación del adulterio, basada en una violación de los derechos privados (como nacidos de un contrato) del otro cónyuge, es sumamente vulnerable y puede ser acatada desde ángulos distintos. La objeción más elemental y obvia y una de las más destructoras es la que se toma del caso del marido consentido. "Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus" Al consentir el marido en el adulterio de su mujer, este acto deja de ser adulterio porque ya no viola ningún derecho. El acto sigue siendo inmoral, pero no adulterio, pues al ceder el cónyuge inocente su derecho, el otro no puede violar ese derecho. El adulterio es igual a fornicación mas injusticia: si se suprime la injusticia queda reducido a una fornicación. Por tanto, si un cónyuge adultera con el consentimiento del otro, no tiene que

Pretendí demostrar que no es posible una construcción doctrinal lógica de los cánones "de consensu matrimoniali" partiendo del texto definitorio del c. 1081, § 2, en su sentido prietamente contractual que la doctrina común le atribuye y que estaba sin duda en la mente de los codificadores. Modestamente opino que esas dificultades no han quedado resueltas y algunas ni siquiera contestadas.

⁷ Régula Iuris 27 in VI°.

acusarse en la confesión de haber cometido adulterio, sino sólo de haber fornicado.

En los siglos XVI y XVII se extendió peligrosamente esta idea de que en el caso del marido consentido la esposa, al confesarse, sólo tiene que acusarse de fornicación (y lo mismo el marido si la esposa es consentidora). De ello hay amplia resonancia en la doctrina de la época. Las controversias cesaron cuando el beato Inocencio XI condenó por decreto de 2 de marzo de 1679 una serie de proposiciones de las que, la que hace el n. 50, dice así:

Copula cum coniugata, consentiente marito, non est adulterium; adeoque sufficit in confessione dicere se esse fornicatum⁸.

Quiénes fueran en concreto los que defendían la proposición condenada, no lo he averiguado. Ni LUGO ni LESIO los mencionan, aunque, por haber escrito antes de la condenación de Inocencio XI, no tendrían razones para callar nombres propios; el segundo de ellos los conocería particularmente, ya que de Lovaina partió la primera condena (a. 1653) según atestigua GONET. Este último doctor dice que eran "novi quidam casuistae"⁹ y el padre DOMINGO VIVA, diligentísimo comentador de las proposiciones condenadas, nada supo añadir a esta vaga referencia de GONET, a pesar de que, en el comentario a las otras proposiciones, señala puntualmente a los autores de las doctrinas reprobadas por el Papa¹⁰. Tal vez la proposición 50 no tiene escritos especiales en su defensa. El decreto dice en su preámbulo que las proposiciones proceden "partim ex diversis vel libris vel thesibus seu scriptis excerptas, et partim noviter adinventas". Parece cosa averiguada que estas tesis tienen relación, por lo menos ambiental, con la enconada controversia *de auxiliis* y a ello hacen referencia las últimas palabras del epílogo que cierra el decreto condenatorio¹¹. En el prólogo de su disertación, GONET se la-

⁸ DENZINGER n. 1200.

⁹ "Haec assertio quam novi quidam casuistae docent est ordine tertia ex septemdecim quas anno 1653, ad instantiam Archiepiscopi Mechliniensis, Lovaniensis Academia censuravit atque ut falsam et erroneam proscripsit..." GONET *Disertatio theológica de conscientia provabili* n. 120.

Esta disertación está intercalada en el tomo III del *Clypeus*, al fin del tratado III *de moralitate*.

¹⁰ VIVA, *Damnatae theses, ab Alexandro VII., Innocentio XI, et Alexandro VIII* ed. 13, Padua, 1737, págs. 315-319. También comentó y refutó esta tesis el capuchino JAIME DE CORELLA, *Práctica de el confesonario y explicación de las sesenta y cinco proposiciones condenadas por la santidad de N. SS. P. Inocencio XI*. Edición 26. Madrid, 1751, p. 179; este comentario es mucho más breve y no señala autores de las tesis recriminadas.

¹¹ "Tandem, ut ab injuriis contentionibus Doctores seu Scholastici, aut alii quidunque in posterum se abstineant, ut paci, et charitati, consulatur, idem Sanctissimus in virtute Sanctae Obedientiae eis praecipit, ut tam in libris imprimendis, ac manuscriptis, quam in Thesibus, disputationibus ac Praedicationibus, caveant ab omni censura, et nota, necnon a quibuscunque conviciis contra eas propositiones, que adhuc inter Catholicos hinc inde controvertuntur, donec a S. Sede recognitae sint et super iisdem propositionibus iudicium proferatur". Sobre circunstancias históricas externas

menta de que, cuando la controversia estaba apagada desde hacía ya muchos años, los nuevos agitadores soplaban en el rescoldo para reanimarla.

En todo caso, la doctrina es una derivación lógica del principio contractualista del matrimonio, pues, como advierte VIVA, la prueba principal de los adversarios se apoya en la regla "scienti et volenti non fit iniuria"¹².

La condena de la proposición fue aceptada con absoluta disciplina. Pero esto no era bastante. Dejaba un problema planteado por resolver. La doctrina se preocupó de ello pero los resultados, aunque muy estimables, no fueron particularmente brillantes.

A) EXPLICACIONES DOCTRINALES.

La objeción daba en el blanco. Para resolverla habría que ir al fondo de la cuestión y explicar la naturaleza íntima del adulterio y por tanto la naturaleza íntima del matrimonio. No llegó a hacerse ésto; a mi parecer faltó un estudio de empeño que replanteara el problema *ab ovo* y diera una solución satisfactoria; la mayoría de los autores tocan el asunto incidentalmente y como de pasada, destinándole pocas líneas, con frecuencia sólo dos o tres frases. Tal vez creían que la condena era suficiente para oponerse a la difusión del error. Tal vez les faltó ocasión o ambiente. No faltaron, sin embargo, quienes trataran la cuestión de propósito y buscaran soluciones que vamos a reseñar.

El P. Juan AZOR, contractualista convencido como arriba hemos visto, apunta una solución facilona que encontramos en todas las épocas y también en nuestros días: la solución consiste en negar el supuesto. El marido no puede consentir, no puede ceder su derecho, porque este derecho es *irrenunciabile*. Arriba he puesto sus palabras referentes a lo que allí interesaba; completo ahora su texto:

"... ex quo fit ut adulterium, sive committatur invito coniuge, sive consentiente, vere et proprie sit contra iustitiam: nam si fiat invito coniuge, est peccatum contra eum qui habet usum et potestatem in corpus coniugis acquisitam per verum contractum, ...nam in matrimonio vere est contractus, do ut des, vel facio ut facias. Item si adulterium fiat ex consensu coniugis, etiam est peccatum contra iustitiam, quia non

(no doctrinales) que precedieron a la condena y sobre la participación de los españoles en este asunto cfr. CLAEYS BOUAERT, *Autour de deux décrets du Saint-Office* en Eph. Theol. Lovanienses 29 (1953) 419 ss.

¹² *o. c.*, p. 316. La otra razón aducida es, según VIVA, la semejanza con la defloración de la mujer virgen, que es estrupo si se hace contra su voluntad, pero si ella consiente es sólo fornicación simple.

Esta conexión lógica entre la proposición condenada y la doctrina contractualista es para nosotros más importante que la cuestión histórica de si los que la defendieron eran o no contractualistas y si la defendieron de hecho como una consecuencia del concepto contractual del matrimonio. En todo caso hay que constatar que la doctrina contractualista no perdió vigencia con la condena; al contrario, en la época posterior se afirma con más fuerza.

potest in hac parte coniux suo iuri cedere. Unde contra iustitiam contractus facit coniux qui consentit ut alius sua coniuge utatur; et ex his patet solutio ad argumenta”.

LESIO († 1623) apunta una interesante solución institucionalista, aunque algo mezclada de elementos personalistas. Refiriéndose al caso del marido consentido dice:

“... et si uterque consentiat adhuc duplex in adulterio malicia remanet... Secundo, quod per illud violetur indissolubile vinculum quod *naturae Auctor alterum alteri obstrinxit*... hac ratione habet malitiam adulterii estque quemadmodum contra iustitiam ut multi DD. volunt quia coniux iure illo cedere non potest”¹³.

En otro pasaje del mismo tratado vuelve sobre el tema y expresa con más claridad su pensamiento objetivista:

“Respondeo. Eo quidem easu non fore proprie iniuriam in personam coniugis, scienti enim et volenti non fit iniuria; nihilominus erit iniuria in ipsum matrimonii statum et ordinem coniugatorum; sicut si clericus cedat iure suae exemptionis quo non potest conveniri coram iudici saeculari et sponte sinat se ad tribunal saeculare pertrahi, non fiet ei proprie iniuria, sed statui clericali et ordini ecclesiastico. Simili modo, qui occidit hominem volentem, non facit illi proprie iniuriam, sed peccat in naturam humanam. Unde patet in illo actu adhuc remanere duplicem iniuriam, alteram contra castitatem, alteram contra matrimonii statum; etsi non dicatur proprie iniuria in personam coniugis v. gr. in Petrum, eo quod non fiat ipso nolente et invito, ...vere est contra iustitiam quia est *contra ius coniugii, et coniugis ut coniux est* quo ille cedere efficaciter non potest eo quod competat ipsi non ad bonum privatum sed ratione status”¹⁴.

El Cardenal Juan de LUGO († 1630) ha influido mucho en sus sucesores, pues todos ellos lo citan. Su postura es decididamente objetivista. Rechaza en primer lugar la opinión de los que creen que se puede padecer injuria aun deseándolo, ya en absoluto, ya en casos especiales, a saber, en el matrimonio y en el derecho a la vida:

“Quia sicut nemo potest sibimet inferre iniuriam, eo quod non potest habere voluntatem sibi contrariam, sic nec alteri potest iniuriam propriam inferre nisi habenti contrariam voluntatem quam tamen habere non potest ille qui omnino cedit iure suo, nam eo ipso, quantum est ex se, aufert omnem contrariam voluntatem”¹⁵.

Refiriéndose concretamente al adulterio, afirma:

“Ad illud vero exemplum de adulterio quod retinet adhuc malitiam adulterii, quando maritus ipse consentit, dixi adulterium habere quidem malitiam a simplice

¹³ LESIO, *De iustitia et de iure*, lib. II, cap. X, dub. I, n. 4.

¹⁴ LESIO, o. c., lib. IV, cap. III, dub. X, n. 73.

¹⁵ LUGO, *De iustitia et iure* disp. VIII, sectio I. n. 5.

fornicatione diversam quia licet non habeat malitiam iniuriae propriae contra maritum propter eius consensum et cessionem iuris, *habet tamen malitiam specialem contra bonum sacramenti et contra bonum coniugii et prolis cui specialiter adversatur copula cum extraneo*, cui iuri non potuit cedere maritus, sed solum iuri proprio quod erat obiectum iniuriae in ipsum commissae” (ib. n. 6).

Por eso, en el sentir de LUGO, el adulterio “invito coniuge” y el que se comete “consentientie coniuge”, difieren específicamente entre sí:

“**Licet adulterium commissum consentiente coniuge sit proprie adulterium...**; adhuc quatenus caret malitia illa iniuriae propriae contra coniugem propter eius cessionem, differre specie ab adulterio completo, quod illam etiam malitiam includeret... et debere explicare quando coniux consentit, quia si haec circumstantia non explicatur (en la confesión) significatur etiam illa malitia quae tamen posita non fuit...”¹⁶.

GONET († 1681) es también plenamente normativista. Su demostración de que el adulterio cometido con el consentimiento del marido sigue siendo adulterio, se apoya en el texto de San Pablo de Rom., 7, 2 s. y en la significación de la palabra adulterio = ad alterum;

“Sola ergo alienitas thori attendenda est quando de adulterio quaestio proponitur; unde cum maritus suo consensu non possit facere ut suus thorus non sit alienus comparatione cuiusvi tertii, planum est... Mariti ergo consensus non tam ad hoc servit ut adulterantem extraneum relevet quam ut consentientem laenocinii involvat”¹⁷.

En otro tratado del *Clypeus* advierte:

“...addo quod licet talis concubitus non sit iniuriosus marito volenti et consentienti, est tamen iniuriosus proli quae incerta readitur, et sacramento cuius sanctitas violatur”¹⁸.

En el “Cursus” de los SALMANTICENSES se ensaya una solución basada en la posibilidad de sufrir una injuria aun deseándola.

“Tunc est voluntas iusta quando est dominus rei absolutus... vel quando nulla lege oppositum ei prohibetur... et sic, *quamvis volens, potest pati iniustitiam*. Unde pupilus, quamvis sit dominus suorum bonorum, etiam si velit in eis damnificari, patitur iniustitiam si damnificetur, quia per legem hoc ei prohibetur... Idem dic de eo qui velit pati iniuriam contra bonum religionis; et de patre qui velit fraudari in bonis quibus alere filios tenetur”¹⁹.

¹⁶ LUGO, *o. c.*, disp. VIII. sectio I, n. 10.

¹⁷ GONET, *Dissertatio theologica de conscientiae probabili*, n. 120.

Esta disertación está intercalada en el tomo III del *Clypeus Theologiae tomistae*, al fin del tratado III, *de moralitate*.

¹⁸ GONET, *Clypeus* cit., vol. V De Sacramentis, disp. VI, n. 9 y 10.

¹⁹ SALMANTICENSES, *Cursus th. mor.* Trat. 12., cap. I. n. 44; (vol. III, Madrid 1718, pág. 124).

En el caso concreto del adulterio, que es el problema del que tratamos, da una solución mixta. Después de establecer la imposibilidad de ceder los derechos coniuales, añade:

“Tamen iniuria fit sacramento matrimonii ex quo praecipitur uxoris ad invicem servare fidem et solum permittitur coire ad debitam prolis generationem et educationem, quae adesse non potest si copula fiat cum alieno”. (unas líneas más adelante) “fit iniuria matrimonii sacramento et coniugatorum statui”²⁰.

La posición de BILLUART († 1757) es netamente objetivista. Rechaza la tesis de la irrenunciabilidad de los derechos; tesis contraria a Sto. TOMÁS, quien afirma “meminem posse pati iniustum formaliter nisi volentem” (II-II, q. 59, art. 3 ad 2) y que quien se suicida no se hace iniuria a sí mismo, sino “civitati et Deo”. Sería ridículo poder quejarse de injusticia si se ha consentido en ella. Y prosigue:

“Melius ergo dicendum per tale adulterium fieri injuriam non ipsi viro consentienti, sed statui et juri conjugali cui cedere non possunt conjuges, quodque violatur per adulterium”²¹.

Según FERRARIS († 1763), “qui concumbit cum coniugata etiam consentiente marito, committit adulterium quia adhuc irrogat magnam iniuriam fidei coniugali et sacramento matrimonii”²². REIFFENSTUEL afirma (hablando de otro asunto) que el adulterio constituye verdadero sacrilegio²³. El Cardenal Sn. Roberto BELARMINO es de los AA. que tocan el tema de pasada. Su explicación es de signo objetivista y considera nuestro caso como algo realizado no precisamente contra el derecho del otro sino “contra ius naturae”²⁴.

Citaré ahora un autor de segunda fila; el P. Jaime de CORELLA autor de una práctica para confesores que antes hemos citado. Dice así el capuchino corellano (está refutando la proposición condenada por Inocencio XI):

“Que la culpa con casada sea adulterio se prueba; lo uno por ser injuriosa al estado de matrimonio y contra la justicia legal, como dice el P. Moya en la Selectas... Y lo otro, el marido no tiene dominio sobre la mujer para hacer copia de ella a otro alguno, sino sólo para usar de ella; luego será contra justicia aunque el marido consienta. Pruebo la consecuencia; porque si el comodatario consistiese en que otro tomase la cosa que tiene acomodada, pecarían uno y otro contra justicia; porque el comodatario sólo tiene el uso, no el dominio ni facultad de enajenar la cosa acomodada: Atqui el marido no tiene dominio ni facultad para fiar a otro el uso de su mujer propia; luego, etc.

²⁰ SALMANTICENSES, o. c., Trat. 26, cap. V, punt. II (vol. VI, Madrid, 1724, p. 207).

²¹ BILLUART, *Summa Sti. Thomae*, vol. VIII, París 1861, p. 155 ss. (Disert VI, art. 5.º).

²² FERRARIS, *Prompta Bibliotheca...* v. “adulterium”; art. 1.º, n. 1.

²³ REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum* in lib. V, tit. 16, n. 42.

²⁴ BELARMINO, *De controversiis christianae fidei*, vol. III, Venecia 1703, col. 1401.

De donde se infiere que el que conoció a mujer casada, consintiendo el marido, no satisface a la confesión con decir que ha fornicado²⁵.

Los modernos prestan poca atención al asunto y mezclan motivos sin mucha discreción. SCHILLING es objetivista en toda su exposición; PRUEMER personalista "...nihilominus adest verum adulterium quia maritus non potest cedere iuri suo"; y a esa misma solución parece inclinarse BALLERINI-PALMIERI; ZALBA habla de violación del derecho sacramental y del contrato indisoluble; lo mismo que FERRERES; LEHMKUEL da una explicación poco coherente pues afirma que se viola el "ius alienum inalienabile et sacramenti sanctitas" pero añade que sin embargo el adulterio consentido tiene una malicia menor que cambia su especie y por tanto hay que declarar en la confesión si es consentido o no²⁶.

Para terminar esta excursión por la doctrina, espigaré unos textos del P. Domingo VIVA, el autor que más de propósito y mejor ha estudiado el asunto, y de quien arriba hicimos mérito. Después de refutar las razones de los que afirmaban que el adulterio consentido no tiene malicia de adulterio, continúa:

Ratio deinde a priori est, quia obligatio in uxore non cognoscendi alium virum ordinatur directe in bonum generationis humanae, seu in bonum prolis educandae; atque adeo est *ius prolis potius, quam mariti*, ne alius ab uxore cognoscatur: huic autem iuri prolis maritus renunciare valide non potest: ergo quantumvis maritus renunciet iuri suo, non declinatur malitia propria adulterii: Sicuti quia privilegium Canonis, et Fori, quod habet Clericus, ordinatur directe in bonum status Clericalis, est ius potius commune Ecclesiasticorum, quam privatum illique iuri communi nemo privatus valide renunciare potest, ideo, quantumvis Clericus cedat iuri suo, invalide cedit, nec declinatur iniuria irrogata statui Clericali, si percutiatur... Quare sicut non declinatur malitia iniustitiae per hoc, quod aliquis consentiat, quod sibi membra abscindantur; aut per hoc quod Religiosus consentiat, quod ab alio accipiantur bona Religionis, vel Feudatarius, quod feudum distrahatur; quia ius in membra spectat ad Deum Dominum nostrae vitae, ac membrorum; ius in bona Religionis spectat ad Communitatem; et dominium directum feudi spectat ad Regem ita non declinatur malitia iniustitiae in casu nostro per hoc, quod maritus consentiat in eam copulam, quia jus, ne illa ponatur, est relate ad prolem²⁷.

Discute luego VIVA si en el adulterio se cometen dos injusticias, una contra *bonum generationis humanae et prolis* y otra contra *ius privatum mariti*, de modo que el marido podría ceder este último derecho privado. Registra

²⁵ JAIME DE CORELLA, *Practica de el confessorario* cit., 26ª impresion. Madrid 1751, pág. 179.

²⁶ SCHILLING, *Theologia moralis*, vol. II Rottemburg 1940, pág. 613; BALLERINI-PALMIERI, *Opus theologicum morale*, vol. II, Prati 1892, pág. 719; ZALBA, *Theol. Mor. Compendium*, I, n. 1407; FERRERES, *Compendium Theol. Mor.*, I, n. 526. 3.º; LEHMKUEL, *Theol. Mor.*, I, n. 1049, 3.º.

²⁷ VIVA, *Damnatae theses* cit., p. 317 s.

dos sentencias y resuelve: que “per adulterium marito inferri iniuriam, non in quantum est persona privata, sed in quantum est maritus ad quem spectat consulere bono prolis”, deduciendo en consecuencia que no hay obligación de explicar en la confesión si se trataba de adulterio consentido o no consentido.

B) CRÍTICA DE LAS OPINIONES EXPUESTAS.—El problema del adulterio cometido por la esposa del marido consentido, ha obligado a los autores a responder al problema de la verdadera naturaleza del adulterio. Indirectamente nos dan también su visión acerca de la naturaleza del matrimonio. Las soluciones expuestas pueden reducirse a cuatro grupos.

- a) Irrenunciabilidad de los derechos maritales.
- b) Injuria hecha contra el vínculo matrimonial.
- c) Injuria contra el sacramento.
- d) Violación de las normas objetivas de la institución matrimonial.

Vamos a criticarlas brevemente.

De estas cuatro soluciones la primera es ius privatística o contractualista las otras tres y sobre todo la cuarta son normativistas o institucionalistas. Hay que advertir que estas soluciones apenas se presentan aisladas y netas en la doctrina, sino que con frecuencia los AA. mezclan elementos tomados de varias de ellas.

1. *Examen de la teoría de la irrenunciabilidad de los derechos.*—Mantienen esta solución principalmente AZOR, SALMANTICENSIS y PRUEMER; otros varios, tanto antiguos como modernos la utilizan también en sus soluciones con distinta importancia. Según esa dirección doctrinal, los derechos conyugales son irrenunciables y por tanto el consentimiento de uno de los cónyuges no libera al otro de la obligación de fidelidad, por lo cual el acto adulterino sigue siendo adulterio en todo caso. La explicación es demasiado cómoda para no ser sospechosa; analicémosla, puesto que los autores que la defienden no lo hacen, no nos explican por qué ese derecho es irrenunciable.

No podemos tildar de errónea esa doctrina. Lo que dice es verdad en el fondo, pero esa verdad no está bien expresada. Se trata de un modo incorrecto de decir algo que no es falso sin embargo. La precisión en los términos que se empleen para dar cuenta científica de un fenómeno cualquiera es de necesidad absoluta, pues si se usan términos que tienen otra significación en la ciencia, el riesgo de malentenderlos es insoslayable y no podemos saber si se trata de un error o de una expresión incorrecta. El uso inadecuado de un término está a veces en la ley misma, pero entonces ya sabemos a qué atenernos. Así, todos llamamos dispensa super rato a lo que en realidad no es una dispensa, sino un verdadero divorcio vincular, una extinción del matrimonio. Esa palabra no puede tener aplicación justa en el caso porque la relaxatio legis no puede incidir en la unidad ni en la indisolubilidad del matrimonio que, por ser sus propiedades esenciales, o existen, o desaparece el

matrimonio mismo. También a la remisión de una pena vindicativa se llama dispensa, con notoria impropiedad, pues la eficacia desvinculadora de esta dispensa no incide en la ley penal, sino en una consecuencia jurídica de la ley que es la situación del penado.

Y eso mismo ocurre cuando hablamos de irrenunciabilidad de algunos derechos. Llamando a las cosas por su nombre, hablar de derechos irrenunciables es una contradicción "in terminis", porque la noción de derecho subjetivo, que es de lo que aquí se trata, es un poder hacer algo (facultas) de índole jurídica, si se desea hacerlo; un poder libre; cuando un poder queda vinculado, en cuanto vinculado, deja de ser derecho y pasa a ser obligación. La obligación es desde luego irrenunciable; una obligación renunciante sería igualmente una *contradictio in adiecto*.

Si bien se mira, cuando hablamos de derechos irrenunciables, estamos hablando en realidad de leyes que nos obligan, de deberes. Decir que el derecho a la vida es irrenunciable *iure naturae* es un modo oblicuo de afirmar que la vida es intangible que no está dentro de mi poder, de mi derecho subjetivo y que, al contrario, tengo obligación de conservarla. No sólo no puedo dar a otro el derecho de suprimirla, pero ni yo mismo puedo quitármela. La ilicitud del suicidio no puede explicarse por la irrenunciabilidad del derecho a vivir, porque el suicida no cede a nadie ese derecho, sino que es el mismo quien se autosuprime; decir que se lo cede a sí mismo sería una afirmación ridícula. La malicia del suicida como la del homicidio consentido por la víctima no reside en la irrenuncia ilegítima de un derecho, sino en la violación de una ley. Por eso dice LEHMKUHL que el homicidio común y el homicidio consentido por la víctima difieren específicamente³⁸. En efecto en el homicidio hay un *damnum immediatum* o derecho personal renunciante y un *damnum mediatum* que es en realidad un deber, una ley de la que no podemos desvincularnos. El primero de ellos existe en el homicidio violento y no en cambio en el consentido.

Los que explican el adulterio consentido basados en la irrenunciabilidad de los derechos conyugales citan ejemplos del ordenamiento positivo en los que se contienen derechos también irrenunciables, así los del privilegio del canon, los derechos del pupilo (SALMANTICENSES) el privilegio del fuero (LESTIO), el derecho del comodatorio en favor de tercero (JAIME DE CORELLA) y otros parecidos. Pero si analizamos esos derechos, se resuelven asimismo en deberes. Así p. e. es irrenunciable el privilegio del canon. El interés de la Iglesia no reside en que Ticio no reciba una bofetada, sino en que sus clérigos sean respetados y honrados como corresponde a su situación jerárquica en la Iglesia. El respetar y honrar al clérigo es un deber, una ley para todos; incluso el clérigo mismo tiene obligación de respetar su propia condición cle-

³⁸ LEHMKUEL, l. c.

rical. No se trata pues de un derecho que no se puede renunciar sino de un deber que hay que cumplir.

Discurriendo paralelamente en el caso del adulterio consentido, diremos que tampoco en este caso se trata de un derecho irrenunciable por derecho natural. Lo que en el vínculo matrimonial hay de derecho subjetivo es renunciable, pero esa renuncia no puede afectar a las leyes obligatorias de la institución. Por eso dice ZALBA siguiendo a LESIO que “*adulterium consentiente et invito coniuge differunt specie*”,²⁹ lo cual significa que las leyes violadas en esos dos adulterios son distintas, que en el adulterio *invito coniuge* hay en esos dos adulterios son distintas, que en el adulterio *invito coniuge* hay violación de deberes que no se violan si el cónyuge consiente.

Por otra parte, la renunciabilidad de los derechos conyugales, en lo que tienen de meramente subjetivos, está claramente admitida en la ley en el caso de que uno de los cónyuges (con licencia del otro) haga profesión solemne o reciba el subdiaconado con dispensa del obstáculo legal dirimente. El caso es hoy raro, pero perfectamente posible; en él hay una renuncia implícita a los derechos privados conyugales, pero no la hay ni puede haberla a la obligación de fidelidad que es institucional, objetiva.

En tesis general sólo son renunciables los derechos puros, los llamados tradicionalmente de dominio directo. Sobre la ley de vivir no tenemos dominio directo sino sólo dominio útil, pues nadie es superior a sí mismo. Se trata pues de un derecho mezclado con obligación, unido a una responsabilidad ante el Dios que es el dueño de la vida. Sobre nuestras cosas tenemos dominio directo, sin mezcla de obligación y esos derechos son renunciables, porque renunciando no violamos ninguna norma. En cuanto a los bienes y derechos que nos pertenecen en virtud de la ley positiva, la teoría es la misma. Todo depende de que la ley deje esos bienes a nuestro albedrío o no; en el primer caso el derecho es puro y renunciable; en el segundo, va unido a un deber y por tanto hay que descomponerlo en sus dos partes; un derecho subjetivo (renunciable) y una norma objetiva que impone un deber³⁰.

2. *Teoría de la injuria hecha al vínculo.* Buen número de autores que niegan (con todo motivo) la irrenunciabilidad de los derechos conyugales, explican la malicia del adulterio diciendo que se trata de una injuria hecha al vínculo. El acto de la esposa que peca con el consentimiento de su marido no es injurioso para éste y sería ridículo que se querellara de injurias, que él mismo ha admitido de buen grado, con el pretexto de que no podía renunciar a lo que dice deber renunciado. Pero ese acto sigue siendo injurioso para el vínculo, para el matrimonio; tal es la respuesta de no pocos. Con esta explicación el acto sigue siendo adulterio, porque sigue siendo injurioso, no para el marido pero sí para el vínculo.

²⁹ ZALBA, l. c.

³⁰ TAPARELLI, *Saggio teoretico di dritto naturale*, vol. I, Roma 1928, n. 349.

Lo mismo que en la teoría anterior que hemos rechazado, también aquí se trata más bien de una formulación inexacta que es necesario corregir que no de una afirmación radicalmente falsa. Y hay que corregirla, no sólo por imperativo de claridad y de verdad, sino porque esas formulaciones incorrectas conducen a errores de mucha importancia³¹. En la teoría de los derechos irrenunciables hay una confusión entre lo subjetivo (renunciable) y lo

³¹ Hemos dicho que el empleo de una terminología incorrecta nos puede inducir a error. Voy a señalar incidentalmente uno de ellos, que se deriva de esa manera errónea de entender el matrimonio. Los que sólo ven en él un contrato, consideran el adulterio como una injuria hecha contra los derechos privados del cónyuge nacidos del contrato y ante el caso del marido consentido nos dicen o que no puede renunciar, o que hay una injuria hecha al vínculo; las dos respuestas son falsas. Lo justo es decir que el adulterio consiste en violar ciertas normas de la institución, como veremos, y sólo secundariamente la vertiente privada y renunciante de los derechos privados contenidos en la institución.

Cuando se produce una situación en la cual uno de los cónyuges o los dos han perdido el *ius in corpus*, los que hacen consistir el matrimonio en ese *ius in corpus* acuden, como a tabla de salvación a ciertas distinciones sibilinas; distinción entre *ius* y *usus iuris*, entre *ius expeditum* y *ius radicale*; *ius in actu primo* y *ius in actu secundo*; hasta hay quien sabe distinguir entre *usus licitus* y *usus validus*. Todo esto no tendría mayor importancia si sólo se tratara de explicar esas situaciones, como sucedía en el derecho antiguo durante el bimestre ad *deliberandum* y como ocurre en el derecho actual cuando un cónyuge entra en religión o se da contra él una sentencia de separación perpetua; todo se reduce a un defecto de sistema. Pero este defecto llega a repercutir en la disciplina, p. e., en el caso del que contrae con *animus contrahendi* y a la vez con *animus non implendi*. Vale tal matrimonio? Los que consideran el matrimonio como un contrato se sentirán tentados a contestar que sí porque, aunque no entregó el *usus iuris* pero sí entregó el *ius*.

Si nos olvidamos del origen forzado de esta distinción, y la abstraemos para examinarla, nos pasará como con la irrenunciabilidad del derecho marital y como con la injuria hecha al vínculo; que no la entendemos. Con razón ha sido tachada de contradictoria y absurda, porque derecho sin derecho de usar ese derecho es cosa absolutamente ininteligible.

Late aquí el mismo equívoco que hemos visto en la explicación de la injuria hecha al marido consentido. Por mantener la tesis de que el matrimonio es un derecho particular nacido de un contrato, se recurre a esos expedientes absurdos que hemos dicho y a otros muchos que convierten la sistemática de la estructura matrimonial en una construcción ilógica e incoherente. La distinción entre el *ius* y el *usus iuris* es también absurda e inútil; habrá que admitirla, si identificamos la institución con el derecho privado entre los cónyuges, pero no, si lo entendemos como una institución jurídica que, con arreglo a las leyes que la rigen, puede perseverar aunque cese en determinados casos el *ius in corpus* de uno o de ambos cónyuges.

Santo Tomás no distingue entre el derecho y su uso, sino entre la cosa, *esse rei* y su uso. Aquí el *esse rei* que *non pendent ab eius usu* es el matrimonio en sí, considerado como algo objetivo, institucional (in IV Sent., dist. 31, q. 1, art. 3; Supplementum, q. 40, art. 3 in corp.). Muchos modernos niegan el sentido de la distinción con todo motivo y la polémica ha llegado incluso al terreno de la jurisprudencia; cfr. sentencia del Vicariato coram Oesterle, 9 de febrero 1949, publicada en el Diritto Ecclesiastico, 60 (1949), 159 ss., al que contestó en seguida la Rota Romana en 23 de febrero de 1949; esta sentencia aparece en la misma revista, 62 (1951), 550 ss. A esta sentencia hizo advertencias Oesterle, *Animadversiones in sententiam S. R. R. diei 23 februarii 1951 coram Staffa*, en la misma Revista, 62 (1951), 730 ss., a las cuales contestó STAFFA en "Periodica" 40 (1951) 305-306 "In conclusione, l'ovvia distinzione concettuale tra diritto ed esercizio del dir., tra obbligazione e suo adempimento, non può spostarsi dal rapporto costituito (m. in facto esse) al momento genético del rapporto (m. in fieri) senza produrre l'inconcepibile assurdo di cui la giurisprudenza rotale si va avvedendo". (GRAZIANI).

objetivo (ley obligatoria). También aquí se juega con un doble sentido de la palabra "injuria" haciéndola saltar del derecho subjetivo al derecho normativo. Y aquí está lo malo de esta explicación; que nos enreda, nos confunde y nos hace vacilar entre el derecho subjetivo y norma objetiva, entre facultad y ley, entre justicia particular y justicia legal, entre contrato e institución.

Los que hablan de injuria hecha al vínculo incurren también en contradicción. Dicen que el marido ha renunciado a sus derechos pero el vínculo no ha renunciado a los suyos y por eso el adulterio consentido sigue siendo injurioso. Desde luego el vínculo no renuncia a sus derechos, porque no los tiene. Con la palabra injuria designamos un acto que viola el derecho de otra persona. El marido es persona, sujeto de derechos, capaz de renunciarlos; el vínculo no es persona, no tiene derechos. El vínculo *es* derecho, norma, institución y no puede renunciar a nada ni aceptar nada. El adúltero no ha hecho una injuria al vínculo, lo que ha hecho es violar las leyes de la institución sobre las cuales la voluntad de los cónyuges nada puede porque no las ha creado sino que únicamente se ha adherido a una institución creada por la ley natural y la ley positiva obligatoria una vez que libremente se ha puesto el acto de voluntad del que arranca el matrimonio.

3. *Violación de la sacramentalidad.* Nadie la ha propuesto como explicación única y cabal de la milicia del adulterio en el caso del marido consentido, pero muchos la citan como razón parcial de la explicación. Esta explicación ha tenido poca fortuna y con motivo; a) porque no sirve para explicar el adulterio de los infieles ni tampoco de los matrimonios de católicos que no son sacramentales; b) porque aún en el caso de los matrimonios ratos, el adulterio no envuelve malicia específica de sacrilegio. Dice a este propósito BALLERINI-PALMIERI: "Quavis identidem dici soleat per adulterium violari sanctitatem sacramenti (utique inter christianos) ne putes tamen adulterium esse sacrilegium. Nam 1.º quod violari dicitur non est proprie dictum sacramentum quod gratiam confert quodque iam transiit sed res sacramenti (más exacto sería decir que lo que se viola es el "sacramentum cum re"): 2.º neque haec res proprie violatur sed fides quam haec unio exigit³² (aquí el vínculo está entendido como mero ius in corpus y la fidelidad como una exigencia derivada; por mi parte diría que la fides no es una exigencia sino uno de los elementos esenciales del vínculo). Salvo estos leves retoques de precisión, la tesis es verdadera y no creo necesario insistir en ella.

4. *Violación de las leyes objetivas de la institución.* Es la única expli-

³² BALLERINI-PALMIERI, *Opus theol. mor.* cit. p. 711. También el P. VIVA en dos pasajes de su disertación (nn. V y XIV) sostiene que el adulterio no es verdadero sacrilegio. La circunstancia del matrimonio sacramental entra en el adulterio a lo sumo como una circunstancia agravante, o como una irreverencia, como la de pecar en día festivo o pecar con bautizada, o en el día en el que se comulgó, etc.

cación adecuada que puede darse al adulterio consentido; consta no sólo por la exclusión de los otros razonamientos aducidos, sino ante todo porque sólo ella explica cabalmente cómo el pecado de un casado con tercera persona, aunque el otro cónyuge consienta en él, sigue siendo adulterio no menos que si se opone. No se niega que en el adulterio haya una atroz ofensa al cónyuge inocente, pero el adulterio no consiste en ella. Como tampoco se niega que el acuerdo de voluntades que origina el matrimonio sea una legítima manifestación de voluntad privada que en casos normales puede calificarse de contrato, pero el matrimonio no es sólo eso. Hay que subir del plano de los derechos personales, privados, facultativos, al de las normas objetivas de la institución para entender que es el adulterio y su noción correlativa matrimonio³³. Puede el cónyuge no adúltero consentir en el adulterio de su comparte, y en este caso no se le hace ofensa, porque, en lo que a él compete ha renunciado a su derecho; pero como la esencia del adulterio no está en la violación de su derecho personal sino en la de las leyes objetivas del matrimonio, al consentir él no cambia esas leyes y no quita, por tanto, al adulterio su naturaleza de tal; lo que hace es ponerse él en una situación de signo adúlterino, porque si su esposa no puede violar la ley, él no puede dar con su consentimiento facilidades a esa violación. Por otra razón en la disciplina antigua el casado inocente tenía no sólo el derecho sino también deber de abandonar al cónyuge adúltero, para purgarse de la nota delictiva de consentidor.

Citan GONET y VIVA a este propósito las palabras de San Pablo (Rom., 7, 2 s.) en las que se dice que "la mujer casada está sujeta, en virtud de una ley, a su marido mientras está vivo; pero si muere el marido queda desligada de la ley". Y el P. VICENTINI comentador de la Epístola, dice: "dos maneras hay de entender este verso: que está sujeta al marido en virtud de una ley; o bien: que está sujeta a la ley mientras vive el marido. Preferimos la primera. En vez de concluir que la muerte del marido desliga a la mujer de las obligaciones con él, Pablo concluye que la mujer es liberada de la ley que la liga al marido". Por tanto, si hemos de creer al especialista, la imagen que del adulterio nos da San Pablo no corresponde a la violación de los derechos de otro, sino a la violación de la ley³⁴.

Lo dicho hasta aquí nos permite sentar ya tres postulados. Primero, que el adulterio no es una violación de la castidad, y que por tanto, a priori, no es imposible cometerlo castamente. El adulterio no debería de suyo colocarse entre los actos consumados *iuxta naturam*; si se estudia en ese capítulo es

³³ Los autores no examinan la obvia relación que hay entre este concepto objetivo del adulterio con su correlativo matrimonio. Hay, sin embargo, como no podía ser menos, insinuaciones interesantes, p. e., cuando Lesio dice: "Secundo: quod per illud (adulterio) violatur indissolubile vinculum quo naturae Auctor alterum alteri obstrinxit...".

³⁴ J. VICENTINI en *Sagrada Escritura, Nuevo Testamento*, Biblioteca de Autores cristianos vol. 2, Madrid 1962, p. 235.

porque en él la lujuria "se habet ut finis intentus" como dice BALLERINI-PALMIERI, pero de suyo no hay más que *un* pecado de lujuria consumada natural que es la cópula ilícita³⁵. Y esto nos deja abierta la puerta al problema de si la i. h. constituye o no adulterio. En segundo lugar, que la malicia del adulterio no consiste en la violación de la justicia particular, es decir en la violación de los derechos del otro cónyuge, Normalmente esta violación acompaña al adulterio, pero este puede existir sin ella, como lo patentiza el caso del adulterio consentido; pero sin olvidar que en el adulterio consentido hay una sola malicia, la que es intrínseca y esencial del adulterio, mientras que, en los casos normales, hay además un atropello inmoral de los derechos personales del cónyuge inocente. Y por último, sabemos que la malicia del adulterio ha de buscarse en la zona *objetiva* en las normas de la institución que por el quedan violadas.

Pero aún necesitamos averiguar otro dato necesario para decidir acerca del caso de la i. h. Porque las leyes que integran la institución son muchas y las infidelidades conyugales violadoras de la norma son muchísimas. ¿Cuáles son las violaciones inductoras de adulterio en su aspecto material y formal? Cuando hayamos respondido a esta pregunta tendremos la mayor del silogismo buscada.

Pero para completar nuestra visión de soluciones, voy antes a hacer una crítica de algunas soluciones que se han dado fuera del campo canónico.

V. SOLUCIONES EXTRACANONICAS DEL PROBLEMA Y SU CRITICA

Volvamos al caso de Pádua. En las sentencias de esa causa se apuntan ciertas soluciones que, siquiera someramente vamos a examinar.

a) *El adulterio como hecho biológico*. La fecundación es la unión del gameto masculino con el femenino que se encuentran en las trompas y se fusionan previa la reducción cromática de dichos gérmenes. La cópula es sólo un procedimiento de transporte de los espermatozoides hasta donde tendrán la posibilidad de fecundar al óvulo. Un procedimiento natural, pero puede haber otros. Muchas son las especies de animales que teniendo reproducción sexual, no tienen cópula, incluso entre los vertebrados, p. e. los peces no la tienen sino que machos y hembras depositan los gérmenes en el agua

³⁵ BALLERINI-PALMIERI ha expresado esto con grande claridad diciendo que "ea (los diversos pecados consumados *iuxta naturam*) inter se non diferunt *propter diversam luxuriae rationem* seu propter *diversam* oppositionem ad virtutem castitatis, sed propter oppositionem *ad aliam virtutem* propter quam novam malitiam induunt. Collocantur tamen haec sub genere luxuriae veluti eius species potius quam sub alio genere, puta iniustitiae, *sub qua reapse collocari possent*, quia in his peccatis luxuria se habet ut finis intentus... Porro, si abstracte res consideretur peccatum luxuriae consummatae naturale *unum est*, congressus indebitus maris cum femina. Haec est ratio luxuriae in quolibet ex his peccatis". Estas palabras vienen a ser la explicación de una frase escueta de la *Summa theológica*, II-II, q. 154 a. 1, ad 2, que el autor cita.

y allí se fecundan. En las plantas el transporte del polen está encomendado al viento, al agua, a los insectos. En una palabra, los medios que la naturaleza tienen de realizar la inseminación son de una variedad asombrosa. La cópula de los mamíferos (y no todos la tienen) es sólo uno de los muchos modos de inseminación que hay en la naturaleza. Por tanto la cópula no puede colocarse en el centro de la función generadora, pues sólo tiene naturaleza instrumental, es sólo un vehículo, un sistema de transporte que puede sustituirse por otro: en nuestro caso por la jeringa. Por tanto, para juzgar sobre sí una i. h. es o no adulterio, habremos de medirla con el mismo criterio de la inseminación natural, de la cual es un sucedáneo. Y como la i. h. natural realizada por medio de la cópula es adulterio, lógicamente hay que concluir que también la i. h. artificial realizada por la jeringa es adulterio.

Esta manera de razonar es ilegítima, porque de premisas biológicas pretende sacar conclusiones morales y jurídicas. El adulterio no es una entidad biológica. Es cierto que las fanerógamas, que las ranas, que los ornithorincos, etc., etc., pero estas especies no contraen matrimonio, ni saben el Decálogo, ni bautizan a sus hijos. El semen humano, hombre en potencia, no puede venderse como los cigarrillos en las máquinas tragaperras. No hay duda de que la jeringa hace lo que hace la cópula; depositar los gérmenes masculinos en la vagina de la mujer, pero de ése hecho puramente biológico no puede concluirse nada en la cuestión jurídica y moral de si la i. h. constituye o no un adulterio.

b) También en la sentencia de Padua se hace alusión genérica a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera, que los comentaristas italianos han estudiado en sus comentarios. De esa jurisprudencia merece citarse una sentencia del Tribunal Supremo del estado de Ontario (Canadá), el cual sentenció en 1921 que la i. h. constituye adulterio, sosteniendo que éste no consiste en la "moral turpitude" de la cópula sino en la "cesión voluntaria a otra persona de la capacidad de reproducción del adúltero; y toda sumisión de esa capacidad al servicio o disfrute de persona distinta del marido o de la mujer está incluida en la definición de adulterio" ("...but in the voluntary surrender to another person of the reproductive powers or faculties of the guilty person; and any submission of these powers to the service or enjoyment of any person other than the husband or the wife comes within the definition of "adultery"). Según otra definición de la *House of Lords* de 1924, la i. h. es adulterio por haberse realizado *ab extra* "without penetration having been effected by any man"³⁶.

Es indudable que estas definiciones del adulterio no describen su esencia y son por tanto inaplicables. Observa el P. LENER que la inseminación, siendo *ab extra*, puede ser inculpable, y también consentida e incluso practicada por el mismo marido, en cuyo caso no sabemos si moral y jurídicamente es

³⁶ Cfr. LENER en *La Civiltà...* 1959. II, p. 13 s.; SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale* cit. p. 62 s.

ab extra. Y en cuanto al criterio consistente en colocar la capacidad de reproducción al servicio y goce de tercera persona, cabe observar que la mujer inseminada no somete su capacidad de reproducción al servicio de nadie, ni al del donante, ni al del ginecólogo o matrona encargada de realizar la inseminación; son más bien éstos los que a ella prestan un servicio (no gratuito, por cierto) pero ni el donante, desconocido de la mujer inseminada, ni el ginecólogo o comadrona pueden considerarse culpables de ese adulterio²⁷.

VI. EL BONUM PROLIS EJE DEL SISTEMA

El adulterio no puede entenderse si no es encuadrado en la institución matrimonial de la cual es violación y quebranto. Los alemanes llaman al adulterio *Ehebruch*, rotura del matrimonio. Por tanto, debemos buscar el concepto de adulterio en la oposición al de matrimonio. Esto supondría un estudio muy largo que no es de este lugar, por lo cual habremos de limitarnos a indicaciones precisas.

Ya hemos visto que en el concepto divulgado que hace constir el matrimonio en el *ius ad copulam*, el adulterio consentido es ininteligible; tenemos que situarnos en otra perspectiva. También hemos visto que los clásicos que afrontan la objeción del "scienti et consentienti" cayeron en soluciones objetivas (aunque tal vez poco coherentes con el concepto que muchos de ellos presentan del matrimonio) pero no explican cuales son en concreto las normas matrimoniales que el adulterio vulnera, limitándose a vagas referencias de injuria hecha al vínculo, de ataque a la institución matrimonial, al derecho de matrimonio, etc. Sólo VIVA avanza en la solución afirmando (tal vez exageradamente) que el adulterio viola el *bonum prolis*, que el derecho de exclusividad sexual no es del marido, sino que es más bien derecho de la prole y que al marido no se hace injuria alguna personal, sino al oficio o misión del marido.

Pero ni aún esto es suficiente. Les bastaba a los clásicos para sentar la ilicitud moral del adulterio consentido, pero a nosotros no nos basta para sentar la mayor de nuestro silogismo. Ellos tuvieron que vérselas con el adulterio consentido: a nosotros nos toca enfrentarnos con la inseminación heterógama. Y no vale escurrir el bulto.

El más fiel retrato del matrimonio se contiene en la frase *consortium omnis vitae*. Ahora bien, el consorcio no se agota en sí mismo, no es fin en sí como han pensado algunos germanos para quienes la unión conyugal se jus-

²⁷ En las mencionadas sentencias aparecen otras varias teorías sobre el objeto de la tutela penal del adulterio, teorías que implican una concepción especial del adulterio mismo. Tales sentencias merecerían ser criticadas ex professo. No es posible hacerlo aquí porque todavía no hemos explicado en qué consiste exactamente el adulterio; hecho ésto, tales teorías quedan virtualmente criticadas, sin perjuicio de que más abajo hagamos alusión a dichas teorías.

tifica por realizar la unidad, el consortium o, como dice DOMS, la *Zweieinigkeit* esencialmente ordenada al perfeccionamiento mútuo de los esposos, lo mismo que la *Lebensvereingung* (palabra que viene a decir lo mismo que *consortium omnis vitae*) señalada por otros como fin primario de la sociedad conyugal. Ahora bien, esto es confundir el fin mediato o último con el inmediato o, tal vez confundir la estructura con la teleología.

Ese consorcio o esa unidad de dos se traduce en el derecho en una estructura institucionalizada, que comprende varios elementos a saber, a) los sujetos, varón y mujer, en cuanto diferenciados sexualmente; el matrimonio se basa en esa diferenciación sexual pues se corresponde con el instinto de reproducción; b) una vinculación mútua de naturaleza jurídica en la que consiste el matrimonio; vinculación que no es el llamado contrato o negocio jurídico originante de la vinculación, pero ni siquiera una mera relación contractual, sino una realidad jurídica compleja llamada sociedad conyugal o *consortium omnis vitae* y más técnicamente institución orden u ordenamiento jurídico; c) un principio *determinante* de la vinculación que no puede ser otro que el fin de ese consorcio puesto que *finis regula ceterorum*; d) un principio *informante*, que son los dictámenes de la ley moral y de la revelación; e) un *contenido* determinado por el fin que son los derechos y deberes siempre comunes y en parte recíprocos, unos inherentes al consorcio y otros derivados de él.

El primer elemento nos da la base del sistema. La base es biológica y sexual pero hay que transcederla hacia lo humano. Hemos rechazado el concepto biológico del adulterio y con igual razón sería ilegítimo hablar de paternidad biológica, ilegitimidad biológica, etc.³⁸

El eje del sistema, el principio que determina su naturaleza y contenido (informado por la ley moral) es el fin de la sociedad conyugal. Este eje participa de la naturaleza básica de la sexualidad; no sólo la procreación y el *remedium concupiscentiae*, sino también el *mutuum adiutorium*, pues se trata de colaboración de la masculinidad y la feminidad al servicio de la prole (fin primario) y al servicio mútuo de los cónyuges (la integración y desarrollo

³⁸ Le concepto de père, tel que l'entend l'usage courant, aussi bien que le droit, déborde la simple causalité biologique, "Devenir père, d'après le jugement commun des hommes, c'est être à l'origine d'une nouvelle vie par une action personnelle, qui est bien l'acte conyugal naturel. Là où toute action personnelle ferait défaut (comme dans le cas de ponction, pression, etc.) où s'il y avait bien une action, mais contraire, dans sa structure interne, à l'ordre de la nature, l'idée de père manquerait d'élément essentiels, malgré la réalisation de la causalité biologique, Il y aurait bien alors procréation biologique, mais non paternité, comme l'entendent la langue commune et le sens commun, qui attribuent au père un triple rôle: d'abord la causalité proprement biologique, ensuite l'exercice d'une action personnelle, fondement de cette causalité, enfin l'exercice d'une action personnelle selon la nature, c'est-à-dire par l'acte conjugal naturel. Si l'un de ces trois éléments vient à manquer, le mot "père" n'est plus à sa place". HURT, *La fécondation artificielle: Sa veleur morale et juridique* en "Nouv. Rev. Theol." 68 (1946) 421.

de la personalidad, de los modernos). Pero trasciende de la base y se eleva a lo humano social y jurídico.

De esos tres fines, el primario es el *bonum prolis* y es el centro de referencia de los otros dos, siendo así el *bonum prolis* eje de todo el sistema. La procreación debe entenderse también, no sólo en sentido biológico básico (cópula conjugalis) sino en sentido humano; comprende la cópula, la fecundación, la preñez, el parto, la *susceptio sobolis* en la sociedad conyugal³⁹, su alimentación y cuidado y su educación hasta que pueda valerse por sí misma, pues sólo entonces está el *hombre procreado*⁴⁰.

Por tanto el *bonum prolis* habremos de buscar la naturaleza del adulterio, pues el bien de la prole en su condición de fin primario determina la naturaleza del matrimonio.

Hay que evitar dos escollos; a) tomar del adulterio el concepto tradicional, o vulgar, que no es sino superficial y correspondiente a una manera de realizarlo y apoyar en él todas las conclusiones que en nuestro caso forzosamente serían negativas y b) ir a buscar el meollo, la sustancia del adulterio renunciando del todo a los elementos históricos y sociológicos que han determinado la calificación jurídico moral del adulterio.

El *bonum prolis*, como finalidad insita en la naturaleza de la sociedad conyugal, no sólo domina la interpretación cristiana del matrimonio, sino que es la clave para juzgar de la moralidad o inmoralidad de las relaciones sexuales humanas. La poliandria se rechaza como opuesta directamente al fin primario del matrimonio y también la poligamia entra bajo la consideración de su incongruencia con el derecho natural porque significa cierto obstáculo y detrimento a la educación de la prole. La fornicación simple es intrínsecamente ilícita porque es dañosa para la prole que nazca de una cópula fornicaria⁴¹; incluso en el juicio de los teólogos acerca de la moralidad de los llamados actos *contranaturam* aunque en ellos es elemento esencial la intemperancia, nunca está ausente la referencia al *bonum prolis*, centro y fin de la actividad sexual humana.

La malicia del adulterio, como acto opuesto a las exigencias de la institución matrimonial, habrá de medirse con ese mismo criterio de su relación al bien de la prole.

Ahora bien, es sabido que el Derecho canónico no contiene en parte alguna una descripción legal del delito de adulterio, sino que reenvía a la doctrina moral establecida, doctrina que en su aspecto sistemático, hemos encontrado insuficiente. Y como esa doctrina se apoya en razonamientos, tene-

³⁹ Con razón han llamado la atención escritores modernos sobre la *susceptio sobolis* que tanto relieve tuvo en la doctrina antigua; así LENER, art. cit. y HERVADA, *El matrimonio "in facto esse"*, en "Ius Canonicum" 1 (1961), p. 159. V. abundantes testimonios en ABELLAN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde San Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada 1939.

⁴⁰ SANTO TOMÁS, II-II, q. 10, a. 12; q. 102, a. 1; *Suplem.*, q. 41, a. 1; Pfo XI, Encíclica *Casti Connubii*, 31 dic. 1930; AAS 22 (1930) 539.

⁴¹ *Summa Theologica*, II-II, q. 154, a. 3.

mos que utilizar el razonamiento, basándonos en los datos fundamentales de todos admitidos⁴². Uno de esos datos fundamentales aceptados sin discusión es que el *bonum prolis* entendido integralmente como hemos precisado, exige la estabilidad de la sociedad conyugal (*societatem permanentem ad filios procreandos*: c. 1.082 § 1) lo cual, referido concretamente a los cónyuges, significa que estos tienen obligación de fidelidad. Pero cuidado, que esta palabra es divalente: puede entenderse como fidelidad a la regla de la institución o como fidelidad mútua de los esposos entre sí. ¿Cómo debemos entenderla? (de nuevo se nos presentan enfrentados los dos conceptos del matrimonio, el contractual y el institucional). Debemos entenderla en los dos sentidos. Pero cuál es el primero, lógica y ontológicamente? Sin duda que el concepto objetivo de fidelidad a la regla; la razón es porque la fidelidad se fundamenta no en la promesa que se hicieron los cónyuges sino en la referencia esencial del matrimonio al *bonum prolis*, es decir en una razón institucional, pues el *bonum prolis* es bien de la sociedad misma conyugal, bien de la familia y bien público de la Iglesia. Secundariamente y por derivación lógica de la primera aparece la obligación de fidelidad mútua de los esposos entre sí⁴³. Por eso, las infidelidades mútuas de los esposos y los perdones mútuos no pueden derogar a la norma objetiva de fidelidad.

Y como la fidelidad se apoya en el *bonum prolis*, tiene el mismo alcance que las exigencias de este. El adulterio no es violación de cualquiera de las normas de fidelidad; p. e. de la obligación de socorrerse mutuamente (Cod. civ. español art. 56) o la de participación la mujer en el estado del marido (c. 1.112), sino sólo la violación del contenido primario de la fidelidad. Ahora bien, es indiscutible que el contenido primario (no el único, ni el que define esencialmente el vínculo) es el *ius in corpus* dentro de las reglas que la ley establece para el funcionamiento de este derecho-deber de los casados (c. 1.111). Este contenido primario y fundamental de la fidelidad se descompone a su vez en dos partes: una negativa e indefectible y otra positiva y, (excepcionalmente), defectible, que es el derecho-deber de pedir y dar el débito conyugal. La primera parte, negativa e indefectible es la prohibición

⁴² La configuración especial que del adulterio presentan los cc. 1075 y 1129, no pueden tomarse como punto de partida para una definición esencial del adulterio, porque la redacción de esos cánones obedecen a fines especiales que con esas leyes pretende el legislador conseguir; la advertencia vale especialmente en lo referente a la consumación del adulterio, típico requisito especial del adulterio contemplado en esas leyes.

⁴³ "Quando si tratta, però, della fedeltà coniugale, moralisti e teologi, canonisti e civilisti, unanimemente la definiscono come un dovere di stretta giustizia, e non di semplice fedeltà. Nella concezione concorde dei primi, storicamente tradizionale e ancor prevalente pure tra gli ultimi, trattasi di vera e propria giustizia conmutativa, nel senso che al dovere di una parte corrisponde un preciso diritto soggettivo dell'altra. Secondo la più moderna concezione del diritto familiare, come complesso di principi e di istituti di ordine pubblico, si dovrebbe parlare, anche o piuttosto, di giustizia legale, nel senso di un dovere imposto oggettivamente dalla legge, senza riguardo, almeno diretto, a un corrispondente diritto dell'altro coniuge". LENER art. cit., en *La Civiltà...*, 1959, III, p. 65.

de realizar actos tendentes a la procreación fuera de la sociedad conyugal. Esta prohibición es indefectible, porque está formulada en el decálogo: *non moechaberis*: y significa que sólo dentro del matrimonio es lícito procrear: a este aspecto negativo de la fidelidad reclamada por el *bonum prolis* lo llamaremos *regla de exclusiva*.

Tiene pues la fidelidad dos aspectos: el *ius ad copulam* y la regla de la exclusiva; uno y otro con dos vertientes, una primaria objetiva y otra secundaria, subjetiva. Los modernos cavilan cuando tratan de explicar la relación de origen existente entre los dos aspectos, el positivo y el negativo de la fidelidad⁴⁴: Santo Tomás nos ofrece una explicación sencilla y convincente:

Adulterium, sicut ipsum nomen sonat, est accessus ad alienum torum. In quo quidem dupliciter contra castitatem et humanae generationis bonum aliquis delinquit: primo quidem, inquantum accedit ad mulierem non sibi matrimonio copulatam, quod requiritur ad *bonum prolis* propriae educandae; alio modo, quia accedit ad mulierem alteri per matrimonium copulatam, et sic impedit *bonum prolis* alienae. Eadem ratio est de muliere coniugata quae per adulterium corrumpitur. Unde dicitur Eccli, 23 omnis mulier relinquens virum suum, peccabit: primo enim, in lege Altissimi incredibilis fuit, in qua scilicet praecipitur, "Non moechaberis"; et secundo, virum suum derelinquit, in quo facit contra certitudinem prolis eius; tertio, in adulterio fornicata est, et ex alio viro filios statuit sibi, quod est contra *bonum* propriae prolis. Sed primum est commune in omnibus peccatis mortalibus: alia vero duo specialiter pertinent ad deformitatem adulterii⁴⁵.

Y en esta violación de la *regla de exclusiva* consiste el adulterio. Siempre se ha considerado así, pero con la importante diferencia de que la explicación aquí propuesta, que parece satisfactoria, no hace consistir el adulterio en violaciones de la castidad, ni de la justicia conmutativa, sino de la regla objetiva de la fidelidad. Según eso, el matrimonio es el elemento genérico próximo del bien vulnerado por el adulterio y la regla de exclusiva es la última diferencia, de la definición.

La fornicación simple recibe también su calificación moral, no sólo por su oposición a la virtud de la templanza, sino también por su oposición al *bonum prolis*: es doctrina de Santo Tomás, como hemos visto (*supra* nota 41). Pero el fornicario no viola la regla de exclusiva en que consiste el adulterio, porque no está obligada a la fidelidad, y en cambio el adúltero la viola⁴⁶.

⁴⁴ HERVADA, *El matrimonio "in facto esse"* cit., pág. 160, nota 41.

⁴⁵ *Summa Theologica* II-II, q. 154, art. 8.

⁴⁶ Surge aquí el problema de la calificación moral de la i. a. ágama. El Papa Pío XII reiteradamente la ha declarado ilícita: cfr. Discurso a los Médicos de 29 septiembre 1949 (véase comentario del P. Agapito de Sobradillo en *Revista Española de Derecho canónico* 5 (1950), 1009 ss.); Alocución a las Comadronas, 29 octubre 1951; Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad, 19 mayo 1956 (comentario de E. TESSON, *L'insémination artificielle et les lois de Dieu et de l'Eglise* en "L'Année Canonique" 7 —1962— 87 ss.). Pero el tema de la calificación moral no pa-

Esquematisando las ideas, el concepto de adulterio resulta de las siguientes consideraciones:

1) El matrimonio en su estructura y en su contenido está determinado por el *bonum prolis*.

2) El *bonum prolis* exige la permanencia de la sociedad conyugal.

3) La ley de permanencia se traduce en la obligación de la fidelidad, de contenido múltiple.

4) El contenido primario de la fidelidad es doble; positivo y negativo; el adulterio viola éste contenido negativo que es la regla de exclusividad.

5) De donde resulta que no es el adulterio una violación de la castidad, ni una violación de la justicia conmutativa.

6) Sino una violación de la regla de exclusividad, entendida *in recto et de primario connotatu* en sentido normativo como ley fundamental de la institución derivada de la *ordinatio ad prolem: in obliquo et de secundario connotatu* de la fidelidad referida como término al otro *cónyuge*⁴⁷.

Por tanto, la violación que agota la esencia del adulterio es la violación del contenido negativo de la fidelidad que es la prohibición de realizar

rece haber tentado a los moralistas. El P. Bonaventura DA GANGI, O. F. M. Cap., sostiene la singular opinión de que la i. a. debe incluirse entre los actos contra el quinto precepto del decálogo, como el aborto, y le niega el carácter de fornicación: *La fecondazione artificiale* en "Palestra del Clero" 39 (1960) pp. 992 y 999. ¿En qué se funda la malicia de la i. a. ágama? ¿A qué virtud se opone? Cabe hablar de fornicación casta? A los moralistas va la pregunta.

⁴⁷ Queda fuera de nuestra consideración la relación del adulterio al *remedium concupiscentiae* y por tanto a las conductas que BERNANDEZ ha llamado copulativas y no generativas (*infra*, nota 58). En cuanto al *bonum sacramenti*, nos place copiar las siguientes palabras del P. SCHMULDERS, *Ius canonicum-cultus-pneuma* en "Periódica..." 48 (1959) 24: "sicut amor proximi christianorum est expressio eorum amoris Dei, pariter integra traditio viri et mulieris *in fidelitate infrangibili, in devotione incondicionata, in fiducia per omnem vitam, est expressio eorum fidelitatis, devotionis, fidei in Deum... in coniugibus proinde sacrificium crucis realizatur sub hoc respectu; vivere fidelitatem erga Deum in fidelitate erga hominem*. Todo el pasaje, del que sólo damos estas palabras, es muy interesante.

El problema de la relación del adulterio al *bonum sacramenti* y al *remedium concupiscentiae*, necesitaría nuevas precisiones; lo dejo porque lo que digo en el texto basta a mi propósito que es demostrar que la i. h. es verdadero adulterio.

No se me oculta que éste modo de entender el adulterio imponga tal vez retoques y hasta una revisión de la sistemática de los pecados *contra sextum*; los lectores tienen la palabra. Aceptaré con gusto las críticas de cualquier signo que estas líneas pudieran suscitar. A errar estamos expuestos todos; lo que no podemos hacer es callar o limitarnos a repetir lo de siempre por temor a errar; la i. a. es un problema nuevo que está pidiendo solución dentro de una técnica depurada jurídico-moral. Este estudio es sólo un intento de solución desde un ángulo muy especial; el del adulterio casto. Para controlar su exactitud, habría que situarlo dentro de una sistemática más general que es imposible intentar aquí. Pero todo intento es respetable; incluso las soluciones falsas son útiles porque nos enseñan que el camino utilizado no lleva a buen término, y debe por tanto desecharse.

con tercera persona actos tendentes a la reproducción (el contenido positivo de esa fidelidad consiste en la obligación *reddendi debitum*).

Ya tenemos con esto la mayor del silogismo. Para llegar a ella hemos tenido que comenzar destruyendo: rechazando la definición tradicional, para lo cual no ha servido de introducción el caso de Padua. Luego hemos interrogado a los clásicos a propósito del matrimonio consentido, los cuales nos han llevado a la zona objetiva del *bonum prolis* y del derecho (objetivo) del vínculo; por último hemos tratado de identificar cual es en concreto la norma del consorcio o vínculo que el adulterio viola⁴⁸.

La menor del silogismo no presenta dificultades ni complicaciones. La i. h. viola la regla de exclusividad, en el sentido explicado. Por tanto, son adúlteros, 1) la mujer casada que recibe artificialmente semen que no sea exclusivamente de su marido, lo mismo con el consentimiento de éste que sin él; 2) el casado que da o vende semen para mujer determinada o indeterminada, distinta de la suya; 3) el soltero que da o vende su semen *in certam personam*, para mujer casada, pero no si lo da *in incertam personam*; 4) la soltera que recibe semen de varón casado. El empleado de laboratorio, el vendedor o distribuidor del semen y el inseminador no son adúlteros porque no violan la fidelidad conyugal pero participan de la culpabilidad del adulterio en cuya comisión participan; plenamente, si la cooperación es tal que sin ella el adulterio casto no se hubiera cometido y parcialmente si esa cooperación sólo dio facilidades al hecho incriminado (c. 2209 §§ 3-4).

VII. EL ADULTERIO CASTO Y EL "CODEX"

Veamos ahora los efectos legales que, según la legislación canónica corresponden al adulterio casto.

⁴⁸ De lo dicho hasta aquí se desprende el juicio que hay que emitir acerca de algunas opiniones sobre la malicia del adulterio, que se han vertido a propósito del caso de Padua (supra, nota 37). De ellas merecen señalarse:

a) La teoría del incumplimiento de contrato; sistema insuficiente que ya hemos refutado.

b) El adulterio como *turbatio sanguinis*, lo que supondría que el adulterio no es delito de daño sino de peligro; también inadmisibles porque en tal teoría el estéril, p. e. la mujer castrada sería incapaz de adulterio.

c) Delito contra la monogamia; pero el adulterio no implica poligamia.

d) Delito *contra bonos mores*, es decir, violación de la castidad por la realización de los llamados actos libidinosos. Es el sistema canónico y también el francés y el español. El estar colocado el adulterio en los cánones penales bajo la rúbrica de delitos contra bonos mores, fuerza a una interpretación incompatible con la verdadera esencia del adulterio que hemos explicado; de esa interpretación nos preocuparemos más adelante.

e) Delito contra la familia, o contra el orden jurídico-familiar; ésta interpretación peca por demasiado general pues sólo alcanza a señalar el género supremo de la definición.

f) Delito contra el matrimonio, o contra la sociedad o status conyugal; ésta interpretación sólo señala el género próximo, pero no la última diferencia de la violación que nosotros hemos identificado en la regla de exclusiva.

El adulterio está regulado en tres contextos del código; los cc. 2257, § 2, 2358 y 2359, § 2 como infracción punible; en el c. 1075 como impedimento matrimonial diligente y en el c. 1129 como causa de separación perpetua *quoad thorum, mensam et habitationem*. Inútil es advertir que en estos pasajes el adulterio está entendido en sentido tradicional y que los codificadores, al redactarlos no pensaban en el adulterio casto. Pero esta obvia consideración no nos excusa de tratar el problema de si en las normas citadas puede entrar la i. h., la cual, como hemos establecido, es un verdadero adulterio. Y no está demás advertir que el código no ha recogido una definición legal del adulterio, dejando así la puerta abierta a posibles discusiones; de hecho se ha discutido acerca de los actos incompletos aunque la jurisprudencia actual se ha inclinado decididamente por la interpretación estricta del adulterio consumado; por más que hoy es cosa admitida que la sodomía y la bestialidad son también causas de divorcio en virtud del mismo c. 1129, § 1. Pero tampoco debemos caer en el extremo contrario afirmando que en todo caso, cuando el legislador habla de adulterio, se debe comprender bajo esta palabra el adulterio casto. Es necesario analizar cada uno de los casos.

A. EL ADULTERIO COMO INFRACCIÓN DELICTIVA está penado en distintas normas legales según se trate de laicos, de clérigos menores o de clérigos *in sacris*. Con respecto a los *clérigos menores*, la mención del adulterio no es explícita, pero entra en la formulación general de la ley cuando dice “*clerici in minoribus ordinibus constituti rei alicuius delicti contra sextum decalogi praeceptum*” (c. 2358). El sentido de la frase está señalado inequívocamente por la interpretación unánime de todos los moralistas y canonistas como delito que consiste en la violación de la castidad, **virtud que es especie de la templanza y que modera el “appetitum et usum venereorum”**⁴⁹. Y como el adulterio casto se caracteriza precisamente **porque en él no hay violación de la castidad**, resulta evidente que no entra en esta norma penal.

En cuanto a los *clérigos mayores*, la ley menciona expresamente el delito de adulterio y le asigna penas muy graves (c. 2359, § 2). Ahora bien, ya hemos indicado que tal como se practica, al menos por ahora, la i. a. es un delito casi exclusivo de mujeres, pues el inseminador, aunque sea varón no utiliza su propio semen, sino que éste procede de los llamados “donantes” (léase comerciantes) desconocidos y por tanto no es adúltero el inseminador, sino la inseminada. Como la mujer no puede ser clérigo, el supuesto legal se verificaría sólo en la hipótesis (pura hipótesis de escuela, no caso real. Dios nos asista) de que el clérigo inseminara por sí o por tercera persona a mujer, casada y conocida, con su propio semen. La gravedad enorme de

⁴⁹ PEINADOR, *Cursus brevior Theol. Mor.*, III, p. 561. En sentido contrario, equivocadamente CIPROTTI, el cual menciona entre los delitos innominados contra sextum no sólo la fornicación, el onanismo, la polución, sino también la “foecundatio artificialis etiam sine onanismo vel pollutionen”; J. CHELODI, *Ius poenale*, ed. 5.^a recognita et aucta a Pío CIPROTTI, Vicenza, 1943, n. 86-bis, p. 129.

esta hipótesis es patente, y con todo creo que no es aplicable al caso la norma penal del c. 2359. Creo más bien que el legislador debe configurar un delito especial para el caso si eso se considera como posible, o declarar la aplicabilidad de las penas establecidas en la ley represiva del adulterio de los clérigos. Me mueve a pensar así el principio de proscripción de la analogía en las leyes penales, principio que quedaría violado porque eso equivaldría a "poenam de casu ad casum producere" (c. 2219, § 3). Ahora bien, nunca es ventajoso para el ordenamiento penal abrir brechas en este principio, porque su violación traería abusos y males peores que los que se trata de evitar. Pero, habida cuenta de la gravedad y escándalo realmente extraordinario del caso, puede ser aquí de aplicación la norma del c. 2222, § 2, norma cuyo empleo es muy delicado, rarísimamente aplicable y cuyo manejo requiere las máximas garantías de serenidad y de equidad. En nuestro caso, la considero aplicable.

Estas mismas consideraciones me inclinan a pensar que tampoco el c. 2357, § 2, que trata del adulterio de laicos puede aplicarse al caso del adulterio casto. Pero aquí hay que señalar una excepción, a saber, cuando la ley civil establezca que la i. h. debe tratarse para efectos penales como adulterio. En España eso no es posible sin nueva ley porque nuestro código define el adulterio como acceso carnal⁵⁰. En general ese delito no se castiga en la Iglesia si no ha precedido condena civil, excepto si el adulterio o concubinato son públicos (c. 2357), porque los delitos contra la honestidad son más bien civiles y de fuero mixto; las fuentes del código aluden a esa bipolaridad canónico-civil del adulterio⁵¹. Por eso, *salvo meliori iudicio*, considero que si la ley civil o la jurisprudencia tratara la i. h. para efectos penales como adulterio, el juez o el superior eclesiástico debería castigarla igualmente con la pena de privación de actos legítimos.

Todo lo dicho en este apartado debe entenderse *de iure condito*. Me pa-

⁵⁰ LENER en *La Civiltà...* II, p. 465 alude irónicamente a la definición del código penal español diciendo que es "piotosto boccacciesca": "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". (Código penal, art. 449). Sospecho que el P. Lener no ha entendido el sentido de la palabra "yacer", a pesar de que alude a un artículo de BATTAGLINI *Fecondazione artificiale ed adulterio* en "Giustizia penale", 1959, I, p. 111) el cual en éste pasaje, interpreta correctamente el texto español diciendo que en el "si richiede (con le parole *que yace con*) il congiungimento carnale"; de otro modo no me explico la inelegante pulla de este autor, pues el código español no ha hecho sino expresar una definición recibida corrientemente entre moralistas y canonistas. La palabra "yacer" en este sentido es de uso corriente entre juristas y se viene usando desde muy antiguo (cfr. MOLINA, *De iustitia et iure*, prac. III, disp. 91, n. 6). Por lo demás no es el código español el único en exigir yacimiento carnal. El código alemán y el austriaco requieren en el delito de adulterio la "Beischlaf" (= coito) y la *Penal Law* del Estado de Nueva York define así el delito de adulterio: "The sexual intercourse of two persons, either of whom is married to a third person".

⁵¹ SANTI, *Praelectiones iuris can.* vol. I, Ratisbona 1899 p. 132; SÁNCHEZ, lib. X, disp. 8, n. 16; S. C. del Concilio en causa de Ventimiglia, dic. 1587 (*Fontes V.* n. 2194) y otras.

rece claro que la ley canónica no abarca el adulterio casto y me parece ilegítimo extenderla. Pero me parece más claro aún que *debe* abarcarlo: que *de iure condendo* el adulterio casto debe castigarse con las mismas penas que el normal.

B. EL IMPEDIMENTO DE CRIMEN.—En la disciplina actual tampoco el adulterio casto constituye impedimento matrimonial del c. 1075. Como regla general, las leyes inhabilitantes deben interpretarse estrictamente, no sólo porque el derecho tiende a mantener el valor de los actos jurídicos mientras no haya un claro factor irritante, sino porque dichas leyes entran en el precepto expreso del c. 19, porque coartan el libre ejercicio de los derechos⁵², en nuestro caso del derecho natural de contraer matrimonio, reconocido también por la ley positiva del c. 1035. Una vez contraído el matrimonio, entraría además en juego el favor iuris con el que la ley favorece el valor del lazo conyugal (c. 1014) y el juez eclesiástico no podría sentenciar pro nulitate si el demandante alegara un impedimento tan dudoso como el adulterio casto con promesa de matrimonio⁵³. Por otra parte, el legislador, en la formulación del c. 1075 establece expresamente el adulterio que constituye impedimento ha de ser *consumado*. El sentido de esta palabra no ha de buscarse en la terminología penal de delito consumado, por oposición a la mera tentativa de delito o su frustración, sino que la palabra “*consummaverunt*” del texto legal tiene el mismo valor que en el c. 1015, § 1, en el que se habla de matrimonio consumado. En este texto se hace distinción entre matrimonio rato y consumado. Desde luego que no tendría sentido hablar de adulterio rato, pero es de advertir que la distinción de matrimonios en rato y consumado no es adecuada, no divide el matrimonio en dos especies que se excluyen mutuamente, pues el matrimonio sacramental sigue siendo rato aunque se haya consumado. El término “rato” no se opone a “consumado”, sino a “legítimo”; e indica sencillamente que se trata de matrimonio de bautizados. El término “consumado” alude a la cópula carnal realizada y en este sentido habla la ley de adulterio consumado, un adulterio en el que ha habido cópula perfecta con todos los elementos que la doctrina y la jurisprudencia reclaman en el acto consumativo del matrimonio. Por eso advierte CAPPELLO⁵⁴ que la inseminación artificial no consuma el matrimonio, y lo mismo hemos de decir del adulterio que tiene fuerza legal de impedimento dirimente cuando a él se une la promesa de matrimonio o el matrimonio atentado.

La *ratio legis* o interés protegido por la ley nos lleva a la misma conclusión. La ley mira a salvaguardar, no sólo la santidad del matrimonio, sino también principalmente, la vida del cónyuge inocente. Los que caen en adul-

⁵² RODRIGO, *De legibus* n. 384, 3.º

⁵³ El caso es muy hipotético. Parece sin embargo que el adulterio casto es una circunstancia que no debe omitirse en las preces para dispensa del impedimento de crimen del c. 1075, 3.º.

⁵⁴ CAPPELLO, *de matrimonio*, n. 383.

terio por amor desean casarse, pero encuentran un obstáculo en sus amores que es el cónyuge inocente y, como consecuencia, tienden a suprimirlo; la Iglesia sale al paso estableciendo la nulidad de matrimonio contraído por los adúlteros⁵⁵. Esta *ratio legis* falta en el adulterio casto, pues este adulterio no se comete por amor ni por pasión carnal, ni incita al adúltero a suprimir a su rival. Por último no hay que olvidar que en la disciplina actual la ley tiene carácter de impedimento pero los antiguos la consideraban como pena⁵⁶ por el delito; la denominación "impedimentum criminis" es bien significativa, y lo eran aún más las palabras "criminis enormitas" con que la designaban los antiguos; incluso en la actualidad, como pena lo consideran muchos (c. 6, 2.º), por lo cual las razones aducidas para probar que el adulterio casto no es delito canónico tienen aquí también cierto valor.

Todavía hay que hacer otra advertencia importante, que es una consecuencia de lo dicho antes. El adulterio con promesa de matrimonio pone en peligro la vida del cónyuge inocente, peligro que la ley pretende eludir. Por eso el adulterio del c. 1075, responde a una configuración jurídica muy especial, pues no basta que sea adulterio común, sino que se requiere que sea formal *ex utraque parte* ("adulterium *inter se* consummaverunt") en el sentido de que uno y otro culpable han de saber que los dos cometen adulterio y precisamente el mismo adulterio, no un adulterio distinto cada uno; los canonistas expresan este requisito con la frase de que ambos han de inferir injuria al mismo matrimonio. Este requisito limita enormemente las posibilidades de aplicación de la ley al adulterio casto, pues sería necesario que el donante y la inseminada se conozcan y sepan que uno de los dos es casado y que la inseminación se realiza precisamente con semen de ese donante. Ahora bien, esta hipótesis es sumamente improbable, dado que la i. h. se realiza con semen de donante desconocido.

De todo lo cual se deduce que la i. h. no debe considerarse como adulterio para los efectos del c. 1075, mientras la Santa Sede no disponga otra cosa (los legisladores particulares no pueden legislar en materia de impedimentos).

C. EL ADULTERJO CASTO COMO CAUSA CANÓNICA DE DIVORCIO.—Por último hay que examinar el caso del c. 1129, en el que se establece que el adulterio es causa de separación perpetua. Cabe incluir la i. h. en esta ley? Aquí el asunto parece más dudoso, y se ven razones importantes en favor y en contra de la inclusión.

Pocos son los autores que admiten el adulterio casto como causa de separación. Lo admite VECIANA, no sólo porque se trata de verdadero adulterio.

⁵⁵ BLAMING-BENDER, *Praelectiones iur matr.*, Bussum 1950, p. 224; CAPPELLO, o. c., n. 499; GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio* vol. I, Roma, 1932, p. 412.

⁵⁶ Cfr. LEGA, *De iudiciis criminalibus* pars. I, tit. 12, § 3 (vol. IV, Roma 1901, pág. 82).

sino también porque la palabra adulterio tiene en la ley un sentido amplio, pues la doctrina y la jurisprudencia incluyen en él la bestialidad y la sodonía y por la misma razón se debe incluir en el c. 1129 la i. h. "ya que del mismo modo como estos actos copulatorios que no son aptos para la generación son considerados causa de separación perpetua, igualmente otros actos no copulatorios, pero capaces para la procreación, habrán de ser tenidos como causa de adulterio"⁵⁷. El profesor BERNÁRDEZ ha avanzado por este camino, corroborando las conclusiones. No dice que la i. h. sea adulterio verdadero, pero considera que la violación de la fe conyugal, que produce el derecho de separación perpetua, no debe entenderse restringida al adulterio estricto, sino al adulterio en su concepto integral; en él se comprenden la violación total o *juxta naturam* (el adulterio) y la parcial o *contra naturam* en la cual hay *divisio carnis* sin posibilidad de engendrar (sodomía y vestialidad) o posibilidad de engendrar pero sin cópula (inseminación artificial)⁵⁸.

También el P. MUSSO afirma explícitamente que el adulterio casto es motivo de separación perpetua⁵⁹. SANTOSUOSSO cree que la inseminación artificial puede dar lugar a separación perpetua o temporal, según los casos⁶⁰.

⁵⁷ RAMÓN M. DE VECIANA, *la Eutelegenesia ante el derecho canónico*, Barcelona. 1957 pp. 214, 216.

⁵⁸ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid. 1961, p. 158. El valor de esta construcción no reside, como es natural en la simetría del sistema, sino en una extensión lógica de la violación de la fidelidad a una hipótesis nueva planteada por la i. h. El prof. BERNÁRDEZ, llama la atención a éste propósito sobre dos textos de SÁNCHEZ (libr. X, disp. 4, nn. 13 y 14) en los que parece intuirse el caso de la inseminación heterógama. En el n. 13 dice SÁNCHEZ "Si tamen semen intra vas naturale vel praeposterum immitteretur absque eius penetratione, esset iusta divortii causa... est delictum omnino consumatum. Quare talem copulam, si naturalis sit, consummare matrimonium, ex omnium mente diximus". Y en el n. 14 SÁNCHEZ se expresa así "non credo esse causam divortii, si vir in balneo existens semen voluntarie expellat, et matrix alicuius feminae illud ingredientis illud attraheret. Quia fuit praeter intentionem viri, atque ita ex intentione non fuit perfectus concubitus". Parece que ninguno de éstos textos se recoge un supuesto de i. h. ni siquiera a través de la mentalidad de la época de SÁNCHEZ. En cuanto al primero, ya BERNÁRDEZ sospecha que lo que anda en juego es el problema de la consumación del matrimonio y, en mi opinión, eso mismo sucede en el texto segundo pues SÁNCHEZ dice que "fuit praeter intentionem viri, atque ita ex intentione non fuit perfectus concubitus: Es decir, faltó consumación del adulterio (en la mente de la época y en la de SÁNCHEZ el matrimonio podía consumarse sin la penetratio) porque faltó intención, porque sin intención no puede decirse consumado el adulterio y sin consumación del adulterio no hay divorcio. Por eso, pienso que éstos textos no pueden alegarse como un precedente remoto de la i. a.; son simplemente reflejos de una mentalidad antañona de la que pueden espigarse centenares de textos en los que se habla de generación a distancia consumativa del matrimonio o del adulterio: Cfr. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio*, vol. I, Firenze, 1952, p. 280 ss.

⁵⁹ En "Perfice munus" 1959 pp. 21 ss., 101 ss. Como la cita del P. LENER en *La Civiltà...* 1959, II, p. 22; no he podido ver el artículo del P. Musso.

⁶⁰ Sus palabras, que no son muy claras en cuanto al adulterio casto, son las siguientes, "Orbene, nel caso che la moglie pervicacemente tenti di farsi inseminare artificialmente; o attui tali suoi propositi; se il marito si dedichi alla "missione" di donatore di seme, o se manifesti continuamente el proposito di far sottoporre la moglie con violenza ad i. a. eterologa, ovvero realizzi questo disegno, può ritenersi che, ove non si ravvisino gli estremi dell'adulterio in qualcuna delle indicate fattispecie, ricorrono, comunque, giuste cause (las señaladas en el c. 1131) sufficienti a fondare una

La razón que puede alegarse para aceptar la i. h. como causa de separación perpetua en los términos del c. 1129, § 1, es la calificación de adulterio que, como hemos visto, corresponde de pleno derecho a dicha i. h. Siendo adulterio, será de aplicación la norma legal que concede acción de separación perpetua al cónyuge inocente. Pero esta argumentación pecaría de simplista si no la analizáramos al hilo de la ratio correspondiente a la ley del mencionado c. 1111, § 1. Hemos dicho que el adulterio es esencialmente una violación determinada de la fidelidad conyugal. En esta fidelidad hay dos aspectos, el público y el privado; este último se inserta en el primero del cual viene a ser una derivación. Una interpretación del adulterio que subraye su aspecto personalista, consiguiente a la noción contractual del matrimonio, llevaría a la conclusión de que el adulterio es un motivo justo de separación porque viola la fidelidad que se debe al otro consorte; no a la ley, sino personalmente al otro; "frangenti fidem fides non est servanda". Al contrario, si vemos en el adulterio su aspecto público y lo consideramos como violación de la norma objetiva del matrimonio, la separación será un derecho que la ley concede al inocente, no como una lógica consecuencia del principio, según el cual nadie tiene obligación de cumplir su parte contratada si el otro contratante no cumple la suya, sino como una exigencia divino-eclesiástica de la institución matrimonial.

¿Cuál de los dos aspectos prima en la ley que concede la facultad de separación? Es de advertir que aquí no podemos guiarnos por el concepto contractual o institucional del matrimonio porque, sea cualquiera el sistema que nos parezca preferible, los derechos personales mutuos a la fidelidad sexual recíproca son también no sólo una exigencia derivada, sino parte y sustancia de la institución matrimonial. La inmensa mayoría de los canónigos explican la eficacia separadora del adulterio apoyados en el principio *frangenti fidem*; esta es la explicación más coherente con el principio contractual que, como es sabido, predomina ampliamente en la doctrina. Pero aunque no se esté de acuerdo con esa interpretación, el problema queda en pie, porque la razón que apoya la separación por adulterio, puede encuadrarse en la vertiente privada o en la pública de la institución⁶¹; si en ésta, concluiremos sin vacilar que el adulterio casto es motivo legítimo de separación: si en aquella no será fácil llegar a respuesta concluyente, pero tendrá ventaja la conclusión negativa porque la injuria que el adúltero hace a

pronuncia di separazione personale". F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale nella donna* Milán, 1961 p. 186 s.

⁶¹ A mi parecer, la explicación es sencillamente falsa, porque es falso que no haya obligación de guardar fidelidad al cónyuge que por su parte la ha violado; el cónyuge inocente separado legítimamente del adúltero, si peca con otra persona es tan adúltero como el otro y muchos creen con razón que incluso pierde su posición privilegiada y tiene obligación de reanudar la convivencia matrimonial. Por lo cual parece inaplicable a la separación por adulterio el principio "frangenti fidem" como si se tratara de un incumplimiento de contrato (es una nueva prueba de la inconsistencia del sistema contractual).

su cónyuge es muchísimo menor en el adulterio casto que en el normal, por lo cual diríamos que el adulterio casto no llega a ser causa de divorcio perpetuo, pues la injuria hecha al consorte no puede equipararse a la injuria de adulterio a la que la ley vincula el derecho de divorcio.

Ahora bien, a mí me parece que en el derecho canónico, el derecho de divorcio no depende exclusivamente del aspecto privado de la injuria que el adulterio envuelve, sino que ese derecho se apoya más bien en normas objetivas que inspiran la institución. N. S. Jesucristo concedió el divorcio al cónyuge inocente como consta de San Mateo, 19, 9 y 5, 31. Estos textos son bastante oscuros y pocos pasajes evangélicos han alcanzado tan alto número de comentarios⁶³; en todo caso, lo menos que se puede decir es que el contexto no favorece a la teoría de la injuria privada.

Otra razón puede sacarse del principio *frangenti fidem* que como es sabido apoya la teoría del *ius divortii* considerado como respuesta a una mera injuria privada. Ahora bien, es palmario que la regla "frangenti fidem fides frangatur eidem" no se aplica en materia de adulterio ni, en general, en injurias privadas entre los cónyuges⁶⁴, porque no se puede contestar al adulterio con adulterio ni a fullería con fullería, ni en general a ofensa con otra ofensa de igual grado, aunque sean de las que legalmente son fundamento suficiente para la separación perpetua o temporal. Al contrario, en materia matrimonial, *frangenti fidem, fides est servanda*: la obligación de la fidelidad conyugal persevera en el cónyuge inocente, pues no puede adúlterar como podría si la separación fuera una mera aplicación del principio mentado. Así, si dos hermanos tienen una finca en común con pacto de que ninguno de los dos enajene su parte indivisa, si uno de ellos enajena, el otro puede enajenar, porque no tiene obligación de guardar el pacto que el otro ha violado: el ejemplo es de REIFFENSTUEL⁶⁴. Siendo esto así, es lógico concluir que el derecho de divorcio no es una mera cuestión privada de injurias mutuas, sino un derecho otorgado por la ley evangélica y confirmado por la Iglesia en el caso de adulterio. Como dice el Panormitano, *divortium in favorem innocentis institutum est*⁶⁵; así está *establecido* y por eso y no por otra cosa se concede. Por eso el adulterio se ha penado con gravísimas sanciones en el derecho canónico, incluso *ex officio*, mientras que las injurias sólo se castigan *ad instantiam partis lesae*.

La razón se corrobora observando que ciertas actitudes culpables como la vida criminal e ignominiosa, ciertas sevicias, ciertas prácticas contra naturam (irrumatio) afrentan a la esposa tanto y aún más que un adulterio oca-

⁶³ DON J. DUPONT, *Mriage et divorce dans l'Evangile*, Brujas 1959, segunda parte, *passim*.

⁶⁴ Reg. Iuris 75 in VI^o; véase la aplicación de la regla en REIFFENSTUEL, *de regulis iuris*, Regula LXXV.

⁶⁴ REIFFENSTUEL, I. c., n. 8.

⁶⁵ Citado por REIFFENSTUEL, in IV decretalium, tit. 19, § 3, n. 66.

sional y, sin embargo, no causan separación perpetua, sino solo temporal, y no en concepto de injurias personales, sino como exigencias de la institución.

Contra este punto de vista cabe arguir por el texto del c. 1129, en el que se establece que el adulterio no da derecho a divorcio si el cónyuge no adúltero cooperó al crimen o simplemente consintió en él; tampoco lo da si perdonó el adulterio expresa o tácitamente o si lo compensó cometiendo él mismo la misma falta. El consentimiento del ofendido (como el perdón y la compensación) quita al adulterio la condición de injuria personal; análogamente el consentimiento del agraviado es causa eximente en el delito de injurias del c. 2355. En tal caso queda sólo la violación objetiva a la fidelidad, como arriba hemos explicado; luego la separación por adulterio obedece precisamente a la vertiente personal y privada del adulterio, no a su concepto integral; y como en el adulterio casto la injuria en su aspecto personal y privado es enormemente menor que en el normal, la conclusión será que el adulterio casto no es causa canónica de divorcio.

No puede negarse que la objeción tiene fuerza. Con todo estimo que no es concluyente, que no resuelve por sí sola nuestro problema. La eficacia del consentimiento en orden a extinguir el derecho de divorcio puede y debe interpretarse en otro sentido. Si el divorcio es un derecho concedido por la ley al inocente, es lógico que no haya divorcio cuando no hay un inocente; el consentidor, el inductor, el que compensa el adulterio no son inocentes. La legislación actual concede el derecho de divorcio, pero nunca establece la obligación de divorciarse. Ahora bien, es interesante observar que en la disciplina antigua de la Iglesia era obligatorio divorciarse del cónyuge adúltero. Muchos autores anteriores a SÁNCHEZ lo siguen creyendo como regla general y más tarde como regla de excepción para casos especiales⁶⁶; y todavía SANTI en vísperas de la codificación, afirmaba, la obligación de abandonar a la esposa adúltera que recae en el crimen y a la que no muestra arrepentimiento sincero⁶⁷. Y lo que antes era derecho igual podría serlo hoy si la Iglesia así lo estableciera, lo cual no podría decirse si el "ius divortii" fuese sólo un derecho derivado iure naturae de una ofensa privada. En la ley actual la Iglesia nunca obliga a interrumpir la vida conyugal por adulterio, fomenta el perdón estableciendo la presunción de los seis meses del c. 1129, § 2 (otra innovación del Codex) no porque lo contrario sería injusto, sino porque así conviene a la estabilidad de los matrimonios (razón de orden público) y también porque, si bueno es exigir, mejor es perdonar.

Por eso, la condonación y la consiguiente extinción del ius divortii no ha de entenderse sólo como un arreglo de cuentas privado de los cónyuges, sino

⁶⁶ WERNZ-VIDAL, *De matrimonio* n. 639, nota 105; CHELODI - CIPPROTTI *Ius matrimoniale* n. 162; SÁNCHEZ o. c., libr. X, disp. XIII per totum; REIFFENSTUEL, in *IV decretalium*, tit. XIX, § 3, n. 72 ss.

⁶⁷ SANTI, *Praelectiones Iur. Can.* citado, libr. IV^o, in tit XIX, nn. 45-46.

más bien como una ley de orden público, como una limitación del divorcio impuesta por la ley. La compensación de adulterio tampoco entra en la ley bajo el concepto de “tú me la haces, yo te la hago, estamos en paz: mutua iniuria compensatur”, pues resulta absurdo decir que el segundo adulterio ha de dar como resultado la soldadura de una unión que el primero ha roto; eso no se puede entender si no es en virtud de la norma objetiva, en especial si la compensación se realiza después de la sentencia de divorcio (cuando ya no hay injuria personal), cosa que admitía la mayoría de los autores antiguos y modernos. La aplicación del c. 1014 a las causas de divorcio es otro aspecto no desdeñable del carácter supraprivado del divorcio que por su evidencia renuncio a exponer.

Ahí están las razones en favor y en contra de la tesis. Péselas el lector y complételas como sepa hacerlo. Por mi parte, teniendo en cuenta a) que el *ius divortii* no es un mero asunto privado, sino un derecho otorgado por la ley por razones obvias, pero que no deben confundirse con la ley misma; b) que en las normas sobre adulterio consentido condonado y compensado entran también junto a motivos de índole privada razones legales superiores que regulan el funcionamiento de la institución; c) que también en el adulterio casto hay una ofensa hecha al otro cónyuge, mucho menor en el adulterio normal pero no pequeña ciertamente: juzgo, salvo *meliori iudicio*, que la *i. h.* o adulterio casto, no consentido ni perdonado, es causa canónica suficiente de divorcio perpetuo y que como tal debe ser tenida y aplicada cuando el caso se presentara.

D. ILEGITIMIDAD DE LA PROLE HABIDA DE *I. H.*—Aquí no puede haber duda razonable; el hijo de adulterio casto es adulterino con los efectos de los cc. 984, n.º 1, 1051, 1363, 232, n.º 1, 31, § 1, n.º 1, 320, § 2, 504, etc. La mujer que da a luz un hijo de inseminación artificial no puede recibir la bendición *post partum*. Basta recordar que el hijo de dos que no están casados no es legítimo, y que si lo tiene la mujer casada con semen extramatrimonial no puede ser más que adulterino: creo que la cosa es clara y no es necesario hacer una demostración que nos llevaría demasiado lejos. También en el derecho civil se propende a admitir el desconocimiento de paternidad en los casos de *i. h.*⁶⁸. Pero sí es conveniente recordar que las presunciones del c. 1115 favorecen al hijo de adulterio casto como a todos los demás.

TOMÁS G. BARBERENA

⁶⁸ El primer caso italiano fue decidido por el Tribunal de Roma en 30 de abril de 1956. El marido de una mujer fecundada artificialmente obtuvo sentencia favorable de desconocimiento de paternidad, según la doctrina del Tribunal, aunque el marido hubiera consentido, porque se usó semen de tercero; cfr. LENER en *La Civiltà...* 1959, I, p. 125.