

En torno a la inseminación artificial en el campo penal

EUGENIO CUELLO CALON
Catedrático de Universidad

I

El problema de la inseminación artificial, que desde ya largo tiempo bulle en el mundo, ha alcanzado en los últimos años un extraordinario interés. Sin contar otros acontecimientos que han contribuido a acrecer su importancia, dos causas explican principalmente el rango de grave problema biológico, moral, social y jurídico que hoy tiene, estas son, además de su práctica incesante, los procesos desarrollados en algunos países relativos a casos de inseminación artificial, y la elaboración de proyectos legislativos para su represión. Esta cuestión confinada durante largo tiempo en el campo de la doctrina y de la discusión científica ha entrado ya de lleno en el ámbito judicial y de la actividad legislativa.

Aun cuando no es posible fijar con certeza la cifra de las inseminaciones realizadas en los países que la practican, no es aventurado afirmar que su número alcanza importantes proporciones. Durante la última guerra mundial de 10.000 a 20.000 combatientes americanos enviaron su semen a sus mujeres con fines de inseminación artificial. Se calcula que hasta ahora, en Estados Unidos, han sido engendrados por este procedimiento unos 80.000 niños, y después de la guerra alrededor de 15.000 anualmente. En Inglaterra, según los datos de que dispongo, su número llegaría próximamente a 6.000 por año. En Escocia, donde también se practica, no es posible determinar su importancia. En la República Federal Alemana, aun cuando faltan informes seguros, se afirma que las inseminaciones llevadas a cabo por médicos no representan una cifra insignificante. También en Italia, aunque en escala más modesta, se practican o se han practicado, inseminaciones.

En años nada próximos se desarrollaron procesos que decidieron la ilegalidad de inseminaciones practicadas, uno en el Canadá ante el Tribunal Supremo de Ontario, en 1921, y otro en Inglaterra ante la Cámara de los Lores en 1924, ambos declararon la existencia de adulterio, en contra de esta doctrina se cita el fallo de un tribunal escocés que rechazó su admisión. No obstante, estas sentencias carecen de interés desde el punto de vista penal pues el

adulterio no constituye hecho delictivo en estos países y las referidas sentencias fueron pronunciadas en asuntos civiles, y en casos de divorcio o de reconocimiento de hijos ilegítimos. También al campo civil pertenece una importante sentencia de Tribunal civil de Roma de 19 de abril de 1956 que declaró adulterinos los hijos nacidos de inseminación artificial, aun realizada con consentimiento del marido impotente.

Mas ahora, casi recientemente, se ha planteado el problema en el terreno penal. Dos fallos pronunciados en Italia en 1958 y 1959, han despertado un interés vivísimo en el mundo científico y en el profesional, jurídico y médico, de este país. Estas sentencias han sido examinadas y discutidas, particularmente en revistas jurídicas, y la prensa periódica, a la que ha transcendido, las ha relatado y comentado extensamente.

He aquí los hechos:

En los días 6 y 7 de noviembre de 1958 se desarrolló ante el Pretor de Padua un proceso motivado por una querrela por adulterio interpuesta por un cierto Carlos Faedda contra su mujer, Carla Cassaroti, de la que estaba consensualmente separado de hecho desde fines de marzo de 1956, sin haber tenido ninguna relación con la misma, la cual el 26 de mayo de 1957 dió a luz una niña. La inculpada se defendió asegurando haber quedado encinta a causa de inseminación artificial que le fue practicada por un ginecólogo cuyo nombre no quiso revelar. Se trataba de un caso de inseminación heteróloga, realizada sin consentimiento, ni conocimiento del marido, con germen de un hombre extraño.

El fiscal sostuvo que si en el caso de la imputada no había existido conjunción carnal debía ser, no obstante, considerada adúltera en cuanto, mediante la inseminación artificial efectuada sin conocimiento del cónyuge había atentado contra la fidelidad matrimonial. El Pretor, que absolvió a la procesada, negó que la inseminación pudiera constituir delito de adulterio fundamentando principalmente su fallo sobre las siguientes bases: a) El bien protegido por la norma sobre el adulterio (art. 559 del Cod. penal italiano) es el derecho del cónyuge a la exclusividad sexual, por tanto sólo pueden constituir este delito los hechos *calificados como actos sexuales*. b) La fecundación artificial es un hecho que corresponde no a la sexualidad sino a la genitalidad (a la procreación), es en sustancia un hecho exclusivamente biológico, sin relación con la sensualidad. También se alegó en la sentencia que el adulterio es delito bilateral y que la ley exige entre sus elementos constitutivos la dualidad de conductas, elemento que no concurre en la fecundación artificial.

El Tribunal de apelación de Pádua en sentencia de 16 de febrero de 1959 mantuvo la tesis contraria resolviendo que la mujer que se somete a la inseminación artificial con semilla no proveniente de su marido comete el delito de adulterio pues traiciona el deber de fidelidad *en cuanto introduce en la familia un hijo ex-*

traño. Esta práctica, se argumenta en el fallo, lesiona el orden matrimonial que el estado quiere proteger, con ella desaparece la certidumbre de la prole que el marido tiene el derecho de exigir.

Se espera el fallo decisivo del Tribunal de Casación.

Ambas sentencias han motivado vivos debates. Unos se deciden por la solución del Pretor, que el hecho no constituye adulterio, y señalan la existencia de una laguna legal que debiera ser colmada, y para cuyo fin ya han sido presentados dos proyectos de ley, uno de los diputados Gonella y Manco, del movimiento social italiano, el 25 de noviembre de 1958, otro por los demócratas cristianos Riccio, Russo, Spena y Fruncio, el 8 de abril de 1959. Otros, en menor número, optan por la decisión del Tribunal de apelación, el hecho juzgado constituiría el delito de adulterio previsto en el artículo 559 del Código penal.

Las encontradas opiniones que se han manifestado provienen en gran parte de la regulación de este delito en el Código penal italiano. Hállase comprendido en su Libro segundo, Título XI «De los delitos contra la familia» y en su Capítulo I, «De los delitos contra el matrimonio», artículo 559, que declara: «La mujer adúltera será castigada con reclusión hasta un año. El correo de la adúltera será castigado con la misma pena». No se define el adulterio, ni se determinan los elementos que lo integran. Sólo puede afirmarse, teniendo en cuenta el rótulo que encabeza el capítulo en que está contenido, que es un delito contra el matrimonio.

En las escasas legislaciones (1) que, como la española, exigen como elemento esencial de este delito el «yacimiento» de los adúlteros (art. 449 del Código penal español) la solución es clara, sin «yacimiento», sin conjunción carnal (2), sin ayuntamiento carnal (3), y así lo declara reiteradamente nuestra jurisprudencia, no hay adulterio. Mas allí donde el texto legal no define esta infracción, sistema seguido por el Código penal italiano y por la mayoría de las legislaciones, su definición o la determinación de los elementos que lo integran, es misión que ha quedado encomendada a la doctrina y a la jurisprudencia.

Los penalistas italianos del pasado siglo y alguno del presente, siguiendo el concepto tradicional proveniente del derecho canónico y del derecho común, consideran elemento sustancial del adul-

(1) Solamente Chile, art. 375; Guatemala, art. 325; Honduras, art. 341; Nicaragua, art. 417, y Salvador, art. 388 que reproduciendo el texto español exigen el «yacimiento». El Código penal de Puerto Rico, art. 268, exige «comercio carnal» y Paraguay, art. 295 «cópula carnal consumada».

(2) «Yacimiento o conjunción de sexos». 14 octubre 1947.

(3) «Acceso, ayuntamiento o contacto carnal», 28 oct. 1913; «ayuntamiento carnal», 27 oct. 1928. En otras sentencias se declara que yacimiento equivale a «trato carnal», 16 mar. y 22 jun. 1929.

terio la conjunción carnal. Carrara (4), Majno (5), Puglia (6) y otros criminalistas y entre los modernos Manzini (7-8), mantuvieron esta opinión. Pero la doctrina italiana ha evolucionado considerablemente en este punto y hoy muy autorizados autores afirman que la materialidad del adulterio no sólo está constituida por la conjunción carnal sino también por actos depravados de lujuria que pueden lesionar más gravemente aún que aquélla el deber de fidelidad conyugal (9). De igual modo la jurisprudencia siguiendo la misma orientación, ha declarado en repetidos fallos que el delito de adulterio no sólo se integra con la conjunción carnal, sino también con actos de lascivia. Así, pues, todo género de aberraciones y desvíos sexuales, todos los actos de abyecta lujuria se consideran constitutivos de esta infracción, sólo los casos de leve y pasajera liviandad quedarían excluidos (10).

Inspirados en la evolución de la doctrina, que hemos señalado, y en la orientación actual de la jurisprudencia en esta materia, han sido formulados en los últimos años por diversos juristas conceptos de este delito que denotan la amplitud que actualmente se otorga en Italia a los hechos que lo integran y a su objetividad jurídica. Entre ellos, en cuanto a los hechos que lo constituyen, merece ser destacada la definición de Guarnieri: debe ser considerado adulterio toda relación libidinosa de la mujer con el hombre en la

(4) *Programma* § 1884. Exige el adulterio consumado, consumación que se realiza con la *seminatio intra vas*.

(5) *Commento al Codice penale italiano*, 2.º, Verona, 1890. núm. 2.256.

(6) *Dei delitti di libidine*, Nápoles, 1897, pág. 203.

(7) *Trattato*, VII, pág. 633. Conjunción carnal, normal o anormal. Vid. página 257.

(8) Esta es también la interpretación tradicional en Alemania seguida por BINDING, *Lehrbuch*. B. T. I Leipzig 1902, pág. 221; MITTERMEIER, *Verg. Darstellung*. B. T. 4.º, págs. 91 y 95; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 172, I, 18.ª edic., 1931, pág. 389; SCHÖNKE-SCHRÖDER 9.ª edic. 1959, página 690; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. B. T. 2.ª edic. 1956. La jurisprudencia alemana ha seguido esta doctrina. Vid. NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, Tubinga, 1950, pág. 104. En Francia es la mantenida por GARRAUD, *Traité*, 5.º, 3.ª edic., 1924, pág. 576, y otros autores.

(9) G. BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 3.ª edic., 1949, págs. 65, 166, 492; MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale*. Parte speciale. 3.ª edic., Bologna 1948, 2.º, página 646; PISARIA, *Delitti contro la famiglia*, Turin 1953, págs. 516 y siguientes.

(10) El Tribunal de Casación de Italia ha decidido que para la existencia de adulterio "basta que la mujer abandone su cuerpo a los deseos libidinosos de su cómplice", 10 diciembre 1934; que es inútil respecto de este delito distinguir entre actos de lujuria y actos de conjunción carnal, 4 enero 1937; que el adulterio puede configurarse en solos actos de lascivia, 23 junio 1953; otra sentencia declara "que el mismo Tribunal ha establecido repetidamente que el elemento material del adulterio se concreta en que la mujer ofrezca el propio cuerpo, aun para simples actos de lascivia" y añade que "si la noción del adulterio se restringiese a la sola conjunción carnal se produciría una notable e injustificable limitación a la represión de los actos en los que se materializa la infracción del deber de fidelidad quedando fuera de éste no sólo los cautos y preparatorios hechos libidinosos, sino hasta las aberraciones sexuales", 10 enero 1958.

que entre en juego un órgano del sexo. (11) Respecto de su objetividad jurídica, Pisapia, que ha reelaborado con gran aceptación la doctrina de este delito, establece como fundamento de su incriminación el *deber de fidelidad* que incumbe a la mujer, y correlativamente la lesión del derecho a la *exclusividad sexual* que pertenece al marido (12).

Asimismo en los últimos años han aparecido en Italia opiniones que contrastan considerablemente con las anteriores en la estimación de la materialidad del adulterio, que, desde el derecho intermedio hasta nuestros días, fue conceptualizado sin disputa como hecho de naturaleza sexual, y, asimismo, en la apreciación de su objetividad jurídica concretada unánimemente en la violación del deber de fidelidad sexual de la mujer. Con estas ideas se enfrentan ahora algunas concepciones que relegan a lugar muy secundario, o desatienden, su contenido sexual y conceptúan este delito, esencialmente como un atentado contra la misión de propagación de la prole, fin primordial del matrimonio y contra la certidumbre de la misma. Detrás de estas ideas el P. Lener, en un amplio estudio sobre la fecundación artificial (13), considera que toda conducta encaminada a la procreación de la prole fuera de la exclusividad que pertenece a ambos cónyuges constituye la forma más grave y fundamental del adulterio. La satisfacción del apetito venéreo también constituye adulterio en relación con el fin secundario del matrimonio, el *remedium concupiscentiae*, que, por imposición de aquel principio de exclusividad, sólo debe ser buscado por cada uno de los cónyuges en el cuerpo del otro (14).

Otras destacan principalmente la amenaza de la *turbatio sanguinis* por la entrada de elementos extraños en la familia (15). Limoncelli, dentro de la concepción del adulterio como lesión del fin de procreación señalado al matrimonio, pone de relieve el peligro que entraña para la conservación de la legitimidad de la descendencia (16), doctrina también mantenida por el Tribunal de apelación de Pádua, en la sentencia antes citada, al declarar que la

(11) *La fecondazione artificiale non può configurare delitto di adulterio* en *Rivista Penale*, 1959, pág. 470 y sgts. La sentencia del Tribunal de Casación de 3 julio 1956 ha declarado que para la existencia de este delito basta el contacto de los órganos genitales de la adúltera o del cómplice con una parte del cuerpo del uno o de la otra.

(12) *Delitti contro la famiglia*, págs. 523-524.

(13) *Civiltà Cattolica*, 1959, números correspondientes al 17 enero, 4 abril, 6 junio, 4 julio, 3 octubre y 21 noviembre.

(14) *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, en *Civiltà Cattolica*, 4 junio 1959, págs. 72 y siguientes.

(15) La entrada de elementos extraños en la familia ya fué tomada en cuenta por nuestras antiguas leyes en un sentido de mero perjuicio económico. "Ca si se empreñare de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernia a la mujer del adulterio quel marido fiziese con otra". Partida VII, Tit. XVII, Ley 1.

(16) *La fecondazione artificiale* en *Rivista Penale*, 1959, Parte I, págs. 40 y siguientes.

protección penal en este delito aspira a mantener la certidumbre de la prole y evitar la mezcla de elementos ajenos a la familia. La misma finalidad es defendida por Chiarotti para quien el adulterio no puede concretarse sólomente en la lesión del honor sexual del marido, sino de modo fundamental en el interés social de la certeza de la descendencia. (17)

Lo fundamental en estas doctrinas es la infracción de la ordenada procreación de la prole y el mantenimiento de su legitimidad y certeza, el elemento sexual del acto adulterino apenas es tomado en cuenta.

En estas concepciones halla la inseminación artificial heteróloga su equiparación al adulterio. El P. Lener considera evidente que esta clase de inseminación, en cuanto infringe en su más típico y seguro alcance el principio que rige la unidad, incluso biológica, de la sociedad conyugal, violando plenamente el orden jurídico matrimonial, constituye adulterio, y que el comportamiento de la mujer casada que para tener un hijo se somete a inseminación artificial con elemento no proveniente del marido integra la figura legal de la «mujer adúltera» prevista en el artículo 559 del Código penal italiano (18). En la inseminación artificial, arguye Limoncelli, no puede negarse la ofensa al tálamo, la profanación de una fecundación diversa de la dispuesta por la naturaleza. La maniobra técnica, añade, no sólo ofende, sino que suprime por completo al marido comprometiéndolo la integridad del ciclo familiar que la naturaleza quiere sea defendido a toda costa. Según Chiarotti que desde largo tiempo había defendido la misma tesis (19), la inseminación heteróloga puede concretar la materialidad del delito de adulterio, pues constituye un hecho que lesiona el interés público de la certidumbre de la prole (20). Esta idea es también sostenida por Giulio Battanglini, quien dirigiéndose a los que estiman que la ausencia de sanción penal para la fecundación artificial constituye una laguna legislativa, les dice *no hay laguna legal basta la interpretación lógica del derecho positivo*, pues el hecho material del adulterio no lo define la ley (21). «Si el bien jurídico tutelado, declara el fallo del Tribunal de apelación de Pádua, no es la fidelidad sexual, sino el orden jurídico matrimonial, la genitalidad, es evidente que la inseminación artificial de mujer casada con semen no per-

(17) *La fecondazione artificiale attuata con seme de persona diversa del marito configura delitto de adulterio?* en *Archivio Penale*, 1959, fasc. I-II, págs. 55 y siguientes.

(18) *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, pág. 76.

(19) *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale della donna*, en *Archivio Penale*, 1945, págs. 258 y siguientes.

(20) En el citado artículo en *Archivio Penale*, 1959, págs. 55 y siguientes.

(21) *Fecondazione artificiale e adulterio* en *Giustizia Penale*, 1959, I, col. 107 y siguientes. Con anterioridad ya había sostenido que el adulterio puede someterse con actos diversos de la conjunción carnal, entre ellos mediante la inseminación artificial. *Diritto Penale*, 3.^a edic. Padua, 1949, págs. 65, 166, 402.

teneciente a su marido constituye adulterio porque ataca profundamente el orden que el estado quiere proteger».

Contra esta asimilación de la fecundación artificial heteróloga al adulterio han protestado con ardor gran número de autores que ven fundamentalmente en el hecho material de este delito un acto de naturaleza sexual. La fecundación artificial, sostiene Valentini, es diferente del adulterio ontológica y morfológicamente. Ontológicamente, porque en aquella no es la satisfacción del instinto sexual, sino el deseo de genitividad, lo que origina la acción del sujeto activo. Y morfológicamente el delito, cuando la ley se decida a configurarlo, ha de ser diverso del adulterio, porque no sólo no presupone, sino que excluye categóricamente, la presencia física actual *in sexu et in corpore*, del varón diverso del marido... «La fecundación artificial *invito coniuge* no puede ser asimilada al delito de adulterio sin infringir paladinamente las fundamentales garantías de aplicabilidad del derecho penal consagradas en el artículo 1.º de este Código (se refiere al principio de legalidad)» (22). La fecundación artificial, manifiesta Guarnieri, no puede constituir adulterio por que la objetividad jurídica de este no se halla en la fecundación, sino en la violación del derecho de exclusividad sexual respecto del otro cónyuge. La inseminación artificial es un hecho que no pertenece a la sexualidad, sino a la genitalidad, es un hecho exclusivamente biológico sin conexión con la libidine. La mujer en la inseminación artificial no recibe una sensación sexual (23). Righi rechaza que la razón de la tutela penal en el delito de adulterio sea el peligro de la incertidumbre de la prole y observa también, como otros autores, que en tal caso no cometería este delito la mujer afecta de esterilidad incurable. La inseminación con germen de un tercero, añade, no realiza los requisitos exigidos por el adulterio por faltar la unión carnal que es esencial elemento integrante (24). Pisapia, impugnando la opinión de Chiarotti, que, como ya hemos manifestado, considera la inseminación heteróloga constitutiva de adulterio, rechaza tal idea pues considera que la objetividad jurídica de este delito, no está en la fecundación, sino en la violación del derecho a la exclusividad sexual del cónyuge respecto del otro cónyuge (25). La idea de que la inseminación constituye adulterio es también rechazada por Ranieri (26), Beraci, (27),

(22) *Ancora in tema di adulterio per inseminazione artificiale en Giustizia Penale*, 1959, col. 740 y siguientes. Nota a la sentencia del Tribunal de Apelación de Pádua de 16 febrero 1959.

(23) Artículo citado en *Rivista Penale*, 1959, págs. 470 y siguientes.

(24) *Aspetti della fecondazione artificiale en Giustizia Penale*, 1959, I, col. III y sigs.

(25) *Dilitti contro la famiglia*, pág. 520, nota 3.

(26) El adulterio exige una conjunción, natural o anormal, de cuerpos por vía del sexo, si no existe tal conjunción no hay adulterio. *Adulterio e fecondazione artificiale*, en *Scuola Positiva*, 1959, núm. 1, pág. 65.

Pannain (28) y otros autores, y hace largo tiempo ya lo fue por Manzini. Fuera de Italia, en países donde este problema apenas ha sido objeto de controversia, se ha declarado también que la inseminación no constituye un acto adulterino (29).

Esta es creo la tesis verdadera, la inseminación heteróloga no puede constituir adulterio. Siempre, desde los siglos más remotos se ha considerado este delito como un hecho sexual.

En el derecho romano de la época republicana y más tarde en la *Lex Julia de adulteriis coercendis* estaba constituido por el comercio carnal, asimismo en el derecho germánico y en el canónico que lo calificó como delito grave y grave pecado de lujuria. Las legislaciones posteriores que lo definieron le atribuyeron siempre marcado carácter sexual y de igual manera fue considerado por la Jurisprudencia de todos los países. Solamente el antes citado fallo del Tribunal de apelación de Pádua se ha alejado, por vez primera, de esta calificación secular. En España siempre fue conceptuado como hecho sexual. Las antiguas leyes, que no lo definen, regulan juntos como delitos de análoga naturaleza, adulterios y «fornicios» (Fuero Juzgo, Lib. III, Tit IV, Fuero Real, Lib. IV, Tit. VII). Las Partidas ya señalan su elemento esencial, el «yacimiento» que es acogido en los Códigos de siglo XIX y en el hoy vigente (Part. VII, Tit. XVII, Ley I). La doctrina desde la más antigua a la de nuestros días, salvando muy escasas excepciones, proclama su naturaleza sexual. El carácter sexual del adulterio es universalmente reconocido.

Por el contrario, la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. Los adúlteros sólo persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos, sino más bien evitar su concepción. Nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial, con su apariencia de intervención quirúrgica, con jeringuillas, inyecciones, cánulas, gasas antisépticas, y otros accesorios quirúrgicos. No es posible que quede subsumida en el tipo penal del adulterio.

II

En las primeras líneas de este trabajo se manifestaba que una de las causas que han acrecido la atención que este problema suscita se hallaba en haber sido llevada su solución al campo le-

(27) *Fecundazione artificiale, adulterio e prova del reato*, en *Rivista Penale*, 1959, págs. 384 y siguientes.

(28) En breve nota al fin del artículo de CHIAROTTI, anteriormente citado, este penalista manifiesta el "más enérgico disenso" de la opinión de este jurista. El hecho, añade, no constituye adulterio.

(29) VOUTIN, en Francia, *Précis de Droit pénal spécial*, 3.^a edic. París, 1953, página 297; en Alemania, SCHÖNKE-SCHÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 9.^a edición, 1959, Munich-Berlín, pág. 690.

gislativo. Y, en efecto, por vez primera la inseminación artificial, en su aspecto más dañoso e inmoral, la denominada heteróloga, aparece incluída como hecho delictivo en un reciente proyecto de Código penal, en el proyecto alemán de 1960. Su texto no emplea la usual denominación «inseminación artificial», sino la de «transferencia artificial de semen» (Künstliche Samenübertragung) (30).

«Como la inseminación artificial trastorna las raíces de la vida común humana, un moderno Código penal no puede descuidarla» declara la exposición de motivos. Se ha procurado, añade, elaborar la regulación de su aspecto penal en cuanto parece indispensable, actualmente, en la República Federal Alemana. (31)

La inseminación homóloga, la efectuada con germen del marido y con consentimiento de ambos cónyuges, si puede ser rechazada por razones religiosas o filosóficas, no debe ser objeto de sanción penal. Esta es la postura adoptada en el proyecto. En este mismo sentido, informa la exposición de motivos, se inspiraban las manifestaciones provenientes de los círculos eclesiásticos, así como de los médicos, psiquiátricos y psicológicos. Las razones que se invocan a favor de su impunidad son el común amor de los cónyuges a los que esté negado por vía natural la bendición de los hijos, el niño engendrado, en este caso, es hijo de ambos cónyuges. Por otra parte, se añade, los intereses del niño no exigen una regulación legal de su personalidad, pues su condición personal y jurídica no está en peligro. Sólo es necesario como precaución legal que en la intervención sean observadas las exigencias del arte médico (32).

Pero la inseminación heteróloga se juzga de modo diverso. Aquí se halla la verdadera dificultad de la inseminación artificial. La exposición de motivos enumera sus peligros. Su práctica con semen no proveniente del marido la asemeja a un adulterio. Aquí no cambia nada el consentimiento de los interesados. La aparición del dador del semen puede ser perjudicial para el marido, para la mujer, como para el niño. La posibilidad de un lazo sentimental de la mujer con el hombre extraño no debe ser excluída, conduce, como la experiencia enseña, en considerable número de casos a la destrucción de la comunidad conyugal con lo que se excluye la finalidad de la inseminación artificial que es asegurar la armonía del matrimonio mediante la felicidad del niño.

También es causa de graves incertidumbres desde el punto de

(30) No obstante esta peculiar denominación seguiremos empleando la más general y difundida «inseminación artificial».

Bajo la designación «transferencia artificial de semen» declara la exposición de motivos (*Begründung*, pág. 329) se entiende el transporte de los espermatozoos del hombre a los órganos de reproducción de la mujer por modo diverso de la cohabitación.

(31) *Begründung*, pág. 329.

(32) *Begründung*, pág. 330.

vista del niño. Su situación en el matrimonio está fundada sobre una continua mentira de los cónyuges y puede, desde el punto de vista social y jurídico, sufrir una fuerte sacudida cuando una crisis del matrimonio o un desarrollo indeseable del niño afloje el lazo que les une a éste. Existe además el peligro de una inseminación desfavorable hereditariamente, o incestuosa. Sobre todo los intereses del niño son menospreciados, el conocimiento de sus derechos como hombre, el de quién sea su padre, le son defraudados sistemáticamente (33).

La exposición de motivos condena asimismo la inseminación artificial en una mujer soltera. En este caso no disminuye las posibilidades de conflicto espiritual. Aquí la situación psicológica, social y jurídica del «niño artificial» que desde el principio es metódicamente separado de su padre, es mas agobiadora que la del niño nacido de acceso carnal ilegítimo. Detrás del niño no está el amor de un hombre y de una mujer. En realidad tiene madre pero no tiene padre. La inseminación heteróloga de la mujer no casada encierra, declara la exposición de motivos, el peligro de socavar y degradar más cada vez el matrimonio en su significación de célula germinal del pueblo y de la humanidad. Si se examinan los diversos puntos de vista, religiosos, éticos, sociales, biológicos, médicos y jurídicos para una valoración de la inseminación artificial, no puede menos de rechazarse tanto para la mujer casada como para la soltera. En este punto, todos los círculos que han manifestado su opinión con motivo de la preparación del proyecto de Código penal, están de acuerdo (34).

Sin embargo, la unanimidad cesa en lo referente a si la inseminación heteróloga ha de ser objeto de sanción penal. La LXII Jornada de médicos alemanes (*Deutsche Arzte Tag*) acordó que debía ser rechazada por razones de moralidad, pero no ser objeto de sanción penal. Por el contrario, la Liga de mujeres médicos alemanas y la Sociedad alemana de Psicoterapia y de Psicología profunda se han decidido por su sanción penal. Los círculos eclesiásticos también se han manifestado en este sentido. La Dieta Bávara en sesión de 9 de julio de 1958 solicitó la promulgación de una ley federal que prohibiera la inseminación artificial. La Gran Comisión de Derecho penal que ha preparado y redactado el proyecto del nuevo Código penal, considerando que semejante intervención conmueve profundamente las raíces de las buenas costumbres y de la cultura humana, ha estimado imprescindible castigar la inseminación heteróloga en la futura ley criminal de Alemania.

La ley, manifiesta la exposición de motivos, debía exteriorizar con toda claridad y decisión la inadmisibilidad ético-social de la inseminación heteróloga. La posibilidad de proceder con-

(33) *Begründung*, pág. 330.

(34) *Begründung*, pág. 331.

tra los médicos con sanciones de carácter corporativo no proporciona suficiente protección contra los abusos, además, a veces, pueden presentarse casos en que habrá de procederse contra personas que no son médicos. Solo con una disposición penal puede procederse de modo oportuno y eficaz (35).

La transferencia artificial de semen (*Künstliche Samenübertragung*) está prevista y penada en el § 203 del proyecto, incluida en el grupo de «delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas».

He aquí su texto:

§ 203.

1. «El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial (36) será castigado con prisión hasta tres años.»

2. «La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial será castigada con prisión hasta dos años o con arresto penal.»

3. «Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando un médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a su mujer.»

4. «Si el hecho del párrafo 1 fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será inferior a seis meses.»

De acuerdo con el texto anterior, son punibles la inseminación heteróloga practicada sobre la mujer casada, aun con consentimiento de su marido, y la practicada sobre la mujer soltera.

Se permite la inseminación homóloga efectuada por médico con consentimiento de ambos cónyuges. Mas esta será punible si se practica sin consentimiento de ambos cónyuges o sin intervención de médico.

No es punible la inseminación homóloga o heteróloga practicada por la mujer sobre sí misma, sin cooperación ajena. Respecto de este caso, la exposición de motivos manifiesta que no ha parecido necesario someter a la amenaza penal semejante conducta de la mujer que prácticamente no desempeña papel alguno (37).

El texto del proyecto, de acuerdo con la valoración ética y social de la inseminación artificial generalmente aceptada, somete a pena la inseminación heteróloga, y castiga, asimismo, la homóloga realizada sin consentimiento o sin intervención médica. Hasta aquí el proyecto se inspira en las normas generalmente reconocidas. Mas la impunidad establecida para la autoinsemina-

(35) *Begründung*, pág. 331.

(36) También en la traducción del texto de este artículo empleamos en lugar de la denominación "transferencia artificial de semen" que es la utilizada en el proyecto, la más frecuente y difundida "inseminación artificial".

(37) *Begründung*, pág. 331.

ción, para la ejecutada por la mujer misma, no parece justificada. Admitiéndose como posible la práctica de la inseminación ejecutada sin cooperación ajena por mujer conocedora de la técnica adecuada, en particular, en el caso de inseminación heteróloga, podrán producirse los graves males que ésta origina sin que sea factible oponerla el eficaz obstáculo de la amenaza penal (38).

(38) El problema general de la inseminación artificial desde el punto de vista penal ha sido estudiado por mí con mayor amplitud en *El aspecto penal de la fecundación artificial*, en *Tres temas penales*, Barcelona 1955.