

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA*

PRIMERA PARTE

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL COMO HECHO PUNIBLE

1. INTRODUCCIÓN

El decreto 100 de 1980 consagró en su art. 280 la *Inseminación artificial no consentida*, ubicándola en el capítulo III (“De los delitos contra la autonomía personal”), del título X (“Delitos contra la libertad individual y otras garantías”).

Pretendemos en este trabajo enjuiciar en forma crítica el tratamiento que el legislador colombiano ha dado al fenómeno biológico-instrumental de la inseminación artificial. Esta primera parte está dedicada a la práctica inseminatoria artificial como hecho punible; a tal efecto reseñaremos las diferentes posiciones doctrinarias que propugnan la tipificación de este fenómeno, como ilícito atentatorio contra la institución familiar; la segunda estará orientada a estudiar la ubicación que el legislador consideró prudente dispensar a esta práctica como hecho punible violatorio de la libertad individual (autonomía personal) de la mujer, siempre que se practique sin el consentimiento de esta.

Es sorprendente la forma como los tratadistas y comentaristas del nuevo Código Penal han ignorado este fenómeno¹. Para nadie es un secreto el auge y el desarrollo que han adquirido en los últimos tiempos las prácticas inseminatorias artificiales en seres humanos. También en nuestro país se tiene conocimiento de la existencia en la ciudad de Bogotá de un banco de semen, dirigido por el Centro Colombiano de Esterilidad y Fertilidad, donde han nacido varios niños mediante la técnica del semen congelado en nitrógeno líquido.

* El autor se desempeña como juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín y como catedrático de derecho probatorio de la Universidad de Medellín.

¹ Que conozcamos, solamente el profesor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ha analizado, con seriedad, las implicaciones jurídicas que se desprenden de la consagración legislativa de la inseminación artificial en el Código Penal de 1980. Cfr. “Inseminación y Fecundación artificiales en sus relaciones con el Derecho Penal”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Núm. 8, Cali, 1983.

2. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIALES

Es preciso tener clara la definición del verbo rector *inseminar*, para evitar equívocos al momento de entrar a calificar la acción delictiva.

¿Qué se entiende por *inseminación artificial*? La doctrina la ha definido como un método o artificio distinto de los dados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer².

WAMING BENDER la define como el método de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto de la forma natural³.

Por *fecundación artificial* debe entenderse toda operación que tenga por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides recurriendo a procedimientos no naturales, siendo el método más llamativo de esta técnica el efectuado *in vitro*, lográndose así el desarrollo del óvulo fuera del útero materno⁴.

Ahora bien, puede ocurrir, de otro lado, que se realice la inseminación artificial de la mujer y que no se produzca la fecundación que se esperaba; de ahí que se haya dicho que la denominación fecundación artificial no es exacta, ya que lo artificial es solo el modo de practicar la inseminación, no el semen utilizado para llevarla a cabo⁵.

GARCÍA AGUILERA ha dicho que la fecundación efectiva, o sea la concepción, podrá realizarse o no, por lo que es más exacto designar el procedimiento mismo con la expresión "inseminación artificial" y reservar la expresión fecundación artificial a los casos de éxito positivo, es decir, de efectiva concepción⁶.

Para obviar los inconvenientes que aparejan los términos "inseminación" y "fecundación" artificiales, algunos autores españoles han patrocinado el uso de

² RAÚL PALMER, citado por JOSÉ ANTONIO GARCÍA AGUILERA, en "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, núms. 51-52, julio-diciembre de 1972, pág. 177.

³ Citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 177. También LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, siguiendo a OCTAVIO APARICIO, la define como las maniobras realizadas por el médico para introducir en el órgano femenino, el semen previamente recolectado. *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. II, Bogotá, 1981, Colección Pequeño Foro, pág. 548. En forma equivocada ALFONSO ORTÍZ RODRÍGUEZ confunde los conceptos de inseminación y fecundación artificiales, al definir la primera como la acción "de impregnar con semen y por lo tanto fecundación artificial del óvulo", en *Manual de derecho penal especial*, Medellín, 1983, Colección Universidad de Medellín, pág. 439.

⁴ GIRALDO MARÍN, ob. cit., pág. 548.

⁵ LENER, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 178.

⁶ GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 178. El profesor MANUEL SERRANO RODRÍGUEZ, señala que la "fecundación artificial en un aspecto corresponde desde luego a lo sexual como conjunción de elementos masculinos y femeninos. Habría que ver los conceptos de inseminar, insertar como sembrar, enlazar, entrelazar, mezclar, unión, etc., para precisar hasta qué punto inseminar y fecundar pueden precisarse en sentido exacto, valga la redundancia, pues esto es muy interesante a efectos de la frustración tipificada en un problema de *lege ferenda*, ligar, juntar, reunir y en qué modo, son puntos a precisar, pues pienso, finaliza SERRANO RODRÍGUEZ, que por voces etimológicas y posición real de las palabras trasladadas al hecho existe un problema de encadenamiento de causa y concausas o de causa y condiciones en relación con el acto germinativo y de concepción en lo inseminador y fecundante", citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 178.

la palabra *eutelegenesia*, que proviene de tres radicales griegas que significan "bien", "a distancia" y "engendramiento", es decir, "fecundación selecta a distancia", según RAMÓN MARÍA DE VECIANA⁷; otros han utilizado las denominaciones *insemination artificielle*⁸, *Spermiosemina artificiale*⁹, *spermateifora instrumentale*¹⁰, *inseminatio artificialis*¹¹, etc.

La inseminación y fecundación artificiales, se clasifican en *heteróloga*, cuando se practican con esperma o semen de donador que no sea el marido, y *homóloga*, cuando el líquido fertilizante corresponde al marido. Según los estudiosos de la materia que nos ocupa, los términos *homólogo* y *heterólogo*, son aplicables únicamente a la práctica inseminatoria artificial en *mujer casada*; esta situación nos permite criticar el incorrecto uso que de ellos se ha venido haciendo al aplicarlos a la inseminación en mujer soltera¹².

3. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIALES

¿Podrá derivarse alguna trascendencia jurídica de la distinción conceptual entre inseminación y fecundación artificiales? De acuerdo con las definiciones que de ellas expusimos en el numeral anterior, no hay duda que es al *Derecho Penal* a 'quien' debe interesar la regulación de la práctica inseminatoria artificial si se quiere evitar la *turbatio sanguinis* en la familia; la cual no se lograría incriminando la fecundación como tal, sino sancionando aquellos comportamientos que precisamente tienden a lograrla, en la medida en que ponen en peligro la estabilidad de la familia. Por ello, siempre hemos propugnado la incriminación de la inseminación artificial en aquellos eventos en los cuales no sea necesaria biológicamente dicha práctica (inseminación artificial heteróloga cuando las circunstancias biológicas y médicas no lo exijan), por cuanto altera los lineamientos éticos y sociales que han servido de soporte a la institución familiar¹³.

⁷ Citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 178. Utilizan también este término en España MANUEL BATLLE, "La eutelegenesia y el Derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio de 1949; JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, *La eutelegenesia y su tratamiento penal*, Madrid, Ed. Gráficas Osca, 1952. ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO critica la utilización de este término, anotando que *eutelegenesia* es una expresión sonora, "con un eufemismo elegante para no tener que decir inseminación artificial, porque en realidad no puede decirse que inseminación artificial sea lo mismo que eutelegenesia, está la partícula *eu*, que significa *bello* o *perfecto*, y no siempre la inseminación artificial supone una inseminación eugenética en el sentido de buscar una perfección...". (Cfr. "Las modernas técnicas biológicas y el derecho de familia", en *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, núm. 48, 1964, pág. 383).

⁸ Los franceses DEVRAIQUE, DONAY, TIBERGHEN, citados por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 179.

⁹ Los italianos BERUTTI, TRAINA-RAO, TESAURO y ABRUZZE, citados por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 179.

¹⁰ DURANGO, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 179.

¹¹ José Castán Tobeñas, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 181.

¹² Cfr. BERNARDO GAITÁN MAHECHA, "Inseminación artificial en seres humanos ante el Derecho Colombiano", en *Universitas*, núm. 29, Bogotá, 1965, pág. 168 (habla de "inseminación artificial heteróloga en mujer soltera o no ligada a un matrimonio").

¹³ Cfr. ALTRIO SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos", en *Estudios de Derecho* (órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), Medellín, núm. 100, septiembre de 1981, págs. 371 a 412.

Ahora bien, practicada la inseminación artificial con éxito, ya sea en sus modalidades permitidas (homóloga y heteróloga cuando las circunstancias orgánicas lo exijan), como en las prohibidas, el *producto* de tal práctica biológica-instrumental ha de encontrar una legislación jurídica que le permita el goce de las atribuciones a que tiene derecho como miembro de la sociedad y a la seguridad jurídica en sus relaciones con los demás miembros de la familia; sobre todo en lo que respecta a la filiación, paternidad, derechos hereditarios, etc.¹⁴; situación que obliga al derecho civil a regular la fecundación artificial en sus efectos y consecuencias. Por ello, creemos urgente la iniciación de dicha tarea, para evitar que seres humanos nacidos mediante el *procedimiento de la inseminación artificial*, se encuentren con una legislación arcaica, en la cual estos fenómenos biológicos no eran previsibles.

La doctrina se ha preocupado por la situación que puede surgir desde el momento en que se tipifique la inseminación artificial como hecho delictuoso con respecto al nuevo ser producto de dicha práctica. Supuesta la tipificación penal de esta, la condena al medio, al *procedimiento*, no evitará que se presente el problema del *hijo concebido mediante dicho procedimiento*. Ni el derecho ni la sociedad podrán negar que se está ante un nuevo ser, que es un fin en sí, una nueva vida creada a pesar del medio empleado para engendrarla. "Ese hijo —ha dicho ZANNONI—, más allá de la condena de sus mayores por la sociedad, requiere un adecuado emplazamiento en el estado de familia. La reglamentación de los efectos de la inseminación artificial debería solo establecer pautas de certidumbre en las relaciones jurídicas que protagoniza el hijo, sin por ello dejar de condenar, si es el caso, el medio"¹⁵.

4. ¿DEBE TIPIFICARSE COMO HECHO PUNIBLE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL?

Entendida la *inseminación artificial* como el método de introducir el espermatozoide del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, ¿estariase vulnerando con ello algún valor o interés social o familiar digno de tutela jurídica?

Antes de entrar a responder este interrogante es importante anotar que la práctica de la inseminación artificial, en un momento dado, salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal, entre marido y mujer; en muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril; así, por ejemplo, trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, aplasia ovárica, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, entre muchas otras. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido (homóloga).

En lo que respecta a la heteróloga, puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido, v. gr., por azoospermia, necrospermia, etc., la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el espermatozoide fértil de un tercero; en este caso,

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ EDUARDO A. ZANNONI, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978, págs. 79 y 80.

la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que además aporta un componente genético, ausente en la pareja, para fecundar. Es por ello por lo que DAMASCENO WEYNE ha dicho que la inseminación artificial heteróloga "tiene aplicación, precisamente, en la hipótesis de esterilidad del marido, cuando se requiera para la fecundación semen normal... la inseminación artificial es una terapéutica contra la esterilidad"¹⁶.

Creemos que cuando se ha recurrido a la inseminación artificial, en los supuestos antes reseñados, es decir, cuando se han aceptado los métodos y técnicas que la ciencia moderna pone al alcance del hombre para la consecución del fin, no importa una afrenta a la naturaleza. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en el cuerpo, o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de corazón, el hombre *asume su naturaleza* y la completa; igual cosa ocurre cuando la inseminación artificial se utiliza para superar *carencias naturales*¹⁷.

A *contrario sensu*, sostenemos que si se recurre a la técnica artificial para procrear, cuando terapéuticamente no es exigible, se contraría la naturaleza ética que solo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. No aludimos a la naturaleza biológica, por cuanto la fecundación se cumple conforme a las leyes de la naturaleza; lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrontar la naturaleza ética de la procreación humana, cuando su logro es posible en el matrimonio.

Por este motivo, solo debe permitirse en el matrimonio la utilización del semen de un tercero "donante", ÚNICAMENTE cuando este aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar; en todos los demás casos debe ser censurada esta práctica inseminatoria, AUN CON EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO. "La fecundación por donador, aun con el consentimiento del marido —dice MARTÍNEZ VAL— atenta a la unidad del matrimonio y a las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos ínsita en el matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales que de la misma pueden derivarse...

¹⁶ VASCO DAMASCENO WEYNE, "Inseminação Artificial Previsao no Código Penal de 1969", *Justitia* (Orgao do Ministerio Público de Sao Paulo), pág. 108.

¹⁷ En el año de 1961, se celebró en la Argentina el III Congreso Nacional de Derecho Civil y al considerarse el tema relativo a las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología (tema 20), la comisión que debatió sobre este tema produjo dos conceptos: uno suscrito por LUIS MOISSET DE ESPANES y PEDRO LEÓN FEIT, manifestando que "no obstante los adelantos alcanzados en el campo de la inseminación artificial, no se introduzca ninguna reforma en nuestra legislación que le dé cabida". El otro fue suscrito por ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO, JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL y RUBÉN A. SIMONET, y decía: "La inseminación artificial constituye un procedimiento que se practica para superar las deficiencias funcionales —inseminación homóloga— o para suplir la esterilidad masculina —inseminación heteróloga—; las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen". Propiciaban la creación de un "régimen que fije las consecuencias legales de la práctica de la inseminación artificial". (ZANNONI, ob. cit., págs. 81 y 82).

A nadie le es lícito traspasar los límites de un orden imperado por la naturaleza misma de las cosas y de las instituciones sociales”¹⁸.

No existe unanimidad de criterios en la doctrina en cuanto a la aceptación o rechazo de la práctica inseminatoria artificial. Podríanse resumir tales criterios en tres grupos:

- a) Quienes censuran dicha práctica sin hacer distinciones;
- b) Quienes solo aceptan la práctica de la inseminación artificial *homóloga*; y
- c) Quienes aceptan la *homóloga* y la *heteróloga*, siempre y cuando exista previo consentimiento del marido.

5. GRUPO QUE PREGONA LA ILICITUD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA Y HETERÓLOGA

Quienes se afilian a esta posición rechazan incondicionalmente la práctica de la inseminación artificial por cuanto la consideran como una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido; y como el derecho actual no ofrece términos hábiles y suficientes para ello, el legislador debe adoptar posiciones frente al mal que se va difundiendo y atajarlo con disposiciones especiales, creando en el Código Penal el delito de inseminación artificial, con sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos¹⁹; afirman también que no puede el Estado ser indiferente a la implantación de esta técnica, la que tiende a disolver la familia legítima y tornar legalmente incierta la paternidad, considerando igualmente grave que se practique en mujer soltera o casada, con o sin consentimiento del marido; en el primer caso, el hijo jamás podrá tener padre conocido; en el segundo, el marido manchará en cierta forma su propio hogar, como aquel que consiente en la práctica del adulterio por parte de su mujer. “No es posible que el Estado consienta la instalación de una industria, en la cual los fornicadores de semen reciban dinero para que médicos especializados, mediante retribución, practiquen inseminaciones artificiales, para la «fabricación» de hijos de padres ignorados”²⁰.

Otros estudiosos del tema consideran que esta práctica trae consigo “una peligrosidad potencial para la salud de las razas por la posibilidad de numerosos cruces

¹⁸ MARTÍNEZ VAL, ob. cit., págs. 52-53. Hace más de 30 años, el dr. ROBERT FORBES, planteó una posibilidad que con el correr del tiempo, va logrando su materialización. Afirmaba que basta con 0.01 c.c. de semen para la fecundación, la cantidad de esperma normal en cada aportación de un donador es de 5 a 6 cc, y sobre el supuesto, perfectamente válido, de dos aportaciones por semana, resultan 10 cc. y, por tanto, unos 500 intentos de fecundación semanales por cada donador. Al año, cada donador podía, pues, ser base de unas 26.500 fecundaciones y descontando un 30% de frustraciones (7.800) se concluye que un solo donador puede ser padre, por vía de fecundación artificial, de unos 18.000 hijos anualmente (MARTÍNEZ VAL, ob. cit., pág. 33, nota 13). También el profesor ROMERO SOTO ha dicho que “no hay duda de que la inseminación artificial heteróloga en el caso de que el semen del esposo sea perfectamente apto para la fecundación, debe ser condenable...” (ob. cit., pág. 25).

¹⁹ BATLLE, ob. cit., pág. 670. Igualmente JOSÉ CASTÁN TOBENAS, *Los problemas civiles de la llamada 'inseminatio artificialis'*, Zaragoza, 1952, pág. 110.

²⁰ FRANCISCO PEREIRA DE BUHLOS CARVALHO, citado por WEYNE, ob. cit., pág. 110.

entre consanguíneos”²¹; que atenta contra la dignidad humana²²; que con su práctica indiscriminada en mujeres casadas, estas se exponen seriamente al peligro de introducir un extraño en la familia e imponerlo mentirosamente al marido desarmado, como se ve por la máxima *pater is est qui nuptiae demonstrant*²³.

6. GRUPO QUE ACEPTA LA LICITUD DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA Y CONDENA LA HETERÓLOGA

Afirman los integrantes de este grupo que la inseminación artificial heteróloga atenta contra la dignidad humana, mientras que la homóloga persigue el fin de procrear descendencia a los cónyuges que no la pueden lograr mediante la cópula normal, lo que obliga a considerarla de modo completamente diferente²⁴.

Para ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA es “lícita la inseminación artificial homóloga, desde que comprobadas deficiencias orgánicas o fisiológicas entre los cónyuges, impidan lograr la finalidad del matrimonio: la procreación legítima”²⁵.

7. GRUPO QUE ACEPTA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA Y CONDENA LA HETERÓLOGA PRACTICADA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

Sus seguidores afirman que la ley penal no debe prohibir la inseminación artificial, salvo los casos en que la citada intervención sea practicada sin el consentimiento del marido. Cuando la inseminación artificial haya de ser practicada utilizando el semen de una tercera persona, los adecuados procedimientos administrativos deberían reglamentar la manera de obtener el consentimiento del esposo para la práctica de la operación. La ley civil deberá establecer disposiciones especiales para proteger a los niños concebidos mediante este método; habiendo otorgado el marido

²¹ MARTÍNEZ VAL, ob. cit., pág. 33. Mientras hay quienes manifiestan que el peligro de incesto en la inseminación artificial heteróloga, es de tal modo remoto que no debe causar la más mínima preocupación (prof. REYNOLD H. BOYD, en simposio médico sobre la “Inseminação artificial”, celebrado en Londres el 10 de febrero de 1970, en el “Charing Cross Hospital Medical School”, citado por WEYNE, ob. cit., pág. 111), otros por el contrario, consideran inminente la posibilidad del incesto, tal es el caso del dr. GIROND, quien en el mismo simposio, para demostrar su aserto, indica que en un barrio de Johannesburgo, en el África del Sur, viven 90 jóvenes nacidos de semen de un mismo donante (cita de WEYNE, ob. cit., pág. 126).

²² RICHARD STURN, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 202.

²³ PAUL SAVATIER, “La inseminación artificial ante el derecho positivo francés”, en *Fecundación artificial en los seres humanos*, Madrid, Colección Problemas de Hoy, 1950. Cfr., además, GIAN DOMENICO PISAPIA, cita de GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 199, GEORGES LEVASSEUR, cita de GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 203.

²⁴ Entre otros: MARTÍNEZ VAL, ob. cit., págs. 52 y 53; LUIS MANZANARES, “La inseminación artificial en la especie humana”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, núm. 149, págs. 2547-2553; MARCO AURELIO S. VIANA “Da inseminação artificial”, en *Revista de Faculdade de Direito* (Universidade Federal de Minas Gerais), Belo Horizonte, maio de 1979, núm. 21, pág. 254.

²⁵ ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA, “Inegociabilidade da matéria organica. Transplante de órgãos ou partes do corpo, o sangue o leite e o semen”, en *Justitia*, Sao Paulo, núm. 64, 1969, pág. 151.

su consentimiento para la inseminación de la mujer, la ley civil deberá también reglamentar las responsabilidades de aquel con referencia al hijo nacido mediante la reseñada práctica²⁶.

VASCO DAMASCENO WEYNE ha sugerido que se tipifique la inseminación artificial como ilícito propio de los "crimines" contra el matrimonio, con la siguiente redacción: "Permitir a una mujer casada su propia inseminación, sin consentimiento del marido y con semen de otro hombre"²⁷.

8. INTENTOS DE CODIFICACIÓN LEGAL

Los estudiosos de este tema, desde hace algunos años han venido planteando la necesidad de abordar legislativamente la práctica de la inseminación artificial, y han llegado a sugerir posibilidades de ubicación en los distintos estatutos punitivos, las cuales han sido aceptadas en algunos proyectos de codificación en países como Alemania e Italia. Finalmente el Código Penal de Brasil del año de 1969, consagró en su art. 268 este fenómeno biológico-instrumental como delito contra el estado de filiación.

Reseñaremos en seguida tales posibilidades de codificación:

8.1. *Sugerencias doctrinarias de codificación.* El profesor SERRANO RODRÍGUEZ, refiriéndose al Código Penal español, considera que la práctica de la inseminación artificial es sancionable sin necesidad de acudir a la analogía, ubicándola como un delito contra la honestidad, entendida esta como "modestia, recato, compostura, decencia y moderación en la persona"²⁸; LUIS MANZANARES propone la inclusión de esta práctica en el Código Penal con la denominación "Delitos contra el sentido religioso y moral de los españoles"²⁹; MANUEL RICO LARA afirma que el tema estudiado, de tener en un futuro próximo acogida en el texto legal, pudiera ubicarse como un "delito clínico", porque en ellos es la intervención médico-clínica la que sobresale, al ofrecer su patrimonio científico para un fin que contraviene las normas de la naturaleza, a la cual no debe sustituir hábilmente, sino ayudar en su progresiva evolución³⁰. También MARTÍNEZ VAL cree que a pesar de conservarse la acción de "yacer" como presupuesto de la tipificación de los delitos de viola-

ción, estupro y adulterio, era lógico este requisito antes de que surgiera la posibilidad de la inseminación artificial; mas, ahora, coincidiendo con el hecho de la inseminación, los requisitos exigidos por el Código Penal para tipificar cada uno de estos delitos podría subsumirse la inseminación en sus respectivas figuras, aunque tuviera una penalidad atenuada; pero admite este autor que su planteamiento pugna con la constante práctica judicial penal enemiga de la analogía; sin embargo, insiste en sus proposiciones para evitar que ante la ausencia de reglamentación queden sin sanción los eventos de inseminación artificial practicada con violencia, engaño o infidelidad conyugal³¹.

8.2. *Proyectos de ley incriminadores de la inseminación artificial.* El proyecto alemán del Código Penal de 1962 asimila la práctica de la inseminación artificial heteróloga al adulterio; es así como en su art. 203, del grupo "Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas" preceptúa.

"1°. El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial será castigado con prisión hasta por tres años;

"2°. La mujer que permitiese sobre sí misma una inseminación artificial, será castigada con prisión hasta de dos años o con arresto penal;

"3°. Los párrafos 1° y 2° no serán aplicables cuando el 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 superior a seis meses"³²

En la exposición de motivos del citado proyecto oficial, se alude a la inseminación artificial heteróloga, anotando que ella consiste en la fecundación (sic) de la esposa con semen distinto al del marido, asemejándola al adulterio; "cuando llega el momento del nacimiento del niño, se hace presente la influencia del extraño que ha donado el semen. Con perjuicio se le coloca en lugar del esposo en las relaciones con la mujer y en el del padre en lo que hace al niño. También influye perjudicialmente en las de la mujer con su marido. Sin que pueda menospreciarse la posible vinculación sentimental de la esposa con el donante, lo que puede conducir, en un buen número de casos, al rompimiento del matrimonio o, por lo menos, al de la armonía entre los esposos frustrando así los fines que, seguramente, se trató de conseguir con la inseminación artificial..."³³.

Al parlamento italiano presentó Giuseppe Gonella el 25 de noviembre de 1958 un proyecto de artículo, redactado en los siguientes términos:

"La mujer que permita sobre sí, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminatorias, será castigada con reclusión hasta de un año. Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así también el tercero dador del semen, y cualquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial"

³¹ MARTÍNEZ VAL, ob. cit., págs. 111 y 112.

³² SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 395.

³³ ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 22.

²⁶ ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 22. En igual forma PISAPIA, citado por GARCÍA AGUILERA, pág. 199; ARTURO SANTORO, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., págs. 201 y 202; MANUEL RICO LARA, "La inseminación artificial (sus problemas morales y jurídicos)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, núms. 31-32, 1968, pág. 152; GÜNTHER BLAU, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 202; ZANNONI, (ob. cit., pág. 123), quien se limita a proponer "la tipificación de la inseminación y fecundación heteróloga practicada sin consentimiento del marido y excluye la realizada con ese consentimiento"; HUGO GATTI, "La familia y la técnica actual", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núm. 1, 1961, pág. 33, EUGENIO CUELLO CALÓN, citado por RICO LARA, ob. cit., pág. 149; GIULIANO VASELLI, "La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica", en *Revista de la Facultad de Derecho* (órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela), Caracas, núm. 30.

²⁷ WEYNE, ob. cit., pág. 124. En igual forma ALCIDES MUNHOZ NETTO, "Inseminação artificial no Código Penal de 1969", en *Justitia*, Sao Paulo, núm. 89, 1975, págs. 189 y 190.

²⁸ Citado por RICO LARA, ob. cit., pág. 151, nota 1.

²⁹ MANZANARES, ob. cit., pág. 2547.

³⁰ RICO LARA, ob. cit., pág. 153.

Al año siguiente Russo Spena y Frunzio presentaron, también al parlamento italiano, una prolija reglamentación sobre la materia que, en esencia, contenía sanciones para todas las personas que participaran en la práctica de la inseminación artificial de una mujer, con o sin el consentimiento de esta o del marido, así como para este; igual cosa para la mujer soltera, terminando por conceder al marido la facultad de desconocer "al hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial heteróloga". Al ser discutido este proyecto en la Comisión respectiva del parlamento italiano, se le dio trámite favorable, pero rechazando el art. 4º que prohibía la inseminación artificial homóloga.

En la exposición de motivos del anterior proyecto se decía que "la fecundación artificial constituye una clara violación de la leyes naturales y positivas que regulan el origen de la vida humana, y un atentado a la institución del matrimonio, puesto que abre una brecha en la estabilidad de la familia"; agregaba luego que "la fecundación artificial sobrepasa los límites del derecho que los esposos se han otorgado cuando contraen matrimonio, y por eso es antijurídica"³⁴.

8.3. *La inseminación artificial en el Código Penal de Brasil de 1969.* El Código Penal brasileño (decreto-ley núm. 1004 del 21 de octubre de 1969), tipificó el fenómeno biológico-instrumental objeto de estudio, como hecho punible "contra el estado de filiación", en su art. 268, en los siguientes términos:

"Permitir a una mujer casada su propia fecundación por medio artificial, con semen de otro hombre, sin que lo consienta el marido. La pena es de detención, hasta por dos (2) años. Solamente se procede mediante querrela"³⁵.

Tal como se halla redactado el art. 268 del Código Penal del Brasil, no escapa a objeciones de tipo jurídico:

a) *El "nomen juris"*. Creemos que no fue afortunado el legislador brasileño, al escoger los términos "fecundação artificial", como verbo rector del ilícito que se pretende regular. En otro aparte decíamos que el derecho penal debe incriminar, no el producto de ella (la fecundación), sino la acción de inseminar, con independencia de que se logre el resultado apetecido (fecundación)³⁶.

Con el empleo del término *fecundación*, surge un interrogante de singular interés práctico relacionado con la tentativa y consumación del ilícito: ¿Cuál es el momento consumativo de este delito? ¿El de la inoculación del semen en los órganos genitales femeninos, o la impregnación del óvulo por los espermatozoides? "Esta última hipótesis —sostiene DAMASCENO WEYNE— sería extraordinariamente difícil, por razones ob-

vias, precisar el momento exacto de consumación. Además, surgirían litigios mayores al pretender establecer el cálculo del lapso prescripcional y la fijación de la competencia *ratione loci*...".

Definido el momento consumativo del ilícito en la concreta fecundación del óvulo, habría que admitir, como meramente preparatorios, los actos relativos al consentimiento formal del agente, la recolección, examen, selección y conservación del semen, en cuanto serían típicos actos de ejecución las maniobras de inoculación del esperma. "Es este caso, frustrada la fusión de los gametos, por circunstancias ajenas a la voluntad del (o los) agente (s), y así concluida la inoculación, habría simple tentativa"³⁷.

La inseminación artificial como hecho punible es de peligro pues el acto de derramar en la cavidad o en el colo uterino, en período fértil, semen masculino normal, constituye en sí una conducta peligrosa que la norma penal pretende prohibir³⁸.

DAMASCENO WEYNE concluye manifestando que el legislador pretendió significar que el delito se consuma con la mera dispersión de esperma en los genitales femeninos.

b) *Ubicación*. El Código Penal brasileño consagró como delito la práctica de la inseminación artificial en el capítulo III ("De los crímenes contra el estado de filiación"), del título VII ("De los crímenes contra la familia"). Al respecto anota DAMASCENO WEYNE que su ubicación es correcta, por ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, donde el hombre moldea sus primeros pasos, en el calor de un ambiente de confianza e intimidad forjado por el "matrimonio". Cualquier acontecimiento que atente contra esa armonía, que amenace o viole ese orden intangible, "es contra la familia, en primer lugar que se dirige".

A pesar de que el legislador consideró de mayor gravedad la infracción a la filiación que al matrimonio, este autor considera que la conducta descrita en el art. 268, antes que atentar contra el estado de filiación, pone en peligro la sociedad conyugal. Sustenta su posición agregando que la inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido compromete de tal manera el orden jurídico del matrimonio, que inclusive juristas como CHIAROTT y BATAGLINI, llegaron al consenso de que tal conducta es típica de adulterio. Por ello, su lugar debe estar al lado del adulterio, entre los crímenes contra el matrimonio; la protección al estado de filiación ocurriría, sin duda, por vía de consecuencia³⁹.

c) *Sujeto pasivo*. ¿Quién, fuera del Estado, es el sujeto pasivo en este ilícito? Se pregunta DAMASCENO WEYNE. Sin duda el marido como tal, o sea, como el otro elemento de la sociedad conyugal. El derecho del marido es el violado, es él la persona perjudicada con la infracción; su disenso torna el hecho en antijurídico, si consiente no habrá ilicitud en la conducta de la inseminada, pues su consentimiento implica la renuncia de un derecho que se ha adquirido con el matrimonio⁴⁰.

³⁴ *Ibidem*, pág. 23.

³⁵ "Dos crimes contra o estado de filiação", está ubicado en el capítulo III del título VII, "Dos crimes contra a família", cita de WEYNE, ob. cit., pág. 11. En forma equivocada el profesor ROMERO SOTO, en trabajo citado, refiriéndose al art. 268 del C. P. del Brasil, manifiesta que este se encuentra ubicado "entre los (delitos) que lesionan la autonomía personal", cuando la verdad es otra. Seguidamente transcribe el art. 408 del proyecto del 78, convencido de que se trata de la disposición brasileña y agrega: "como se ve, tanto en su ubicación como en su redacción la norma que se acaba de transcribir corresponde punto por punto, al artículo 280 del nuevo Código Penal colombiano" (pág. 23). Como puede observarse el art. 280 del estatuto punitivo colombiano, es completamente diferente del art. 268 del brasileño.

³⁶ SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 397.

³⁷ WEYNE, ob. cit., pág. 114.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, pág. 118.

⁴⁰ *Ibidem*, págs. 118 y 119.

Nosotros hemos considerado conveniente negar al marido el derecho de consentir la inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando no existan razones de tipo terapéutico que la justifiquen. ¿Podrá afirmarse que el derecho de consentir la inseminación artificial heteróloga, por parte del marido, es un derecho que emana del matrimonio? Creemos que no, pues el consentimiento o voluntad del marido sería irrelevante, por cuanto operaría el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia, tan combatido por algunos⁴¹.

d) *Sujeto activo*. El delito de inseminación artificial exige la presencia de varios elementos, cuyo sujeto activo es una persona que debe reunir determinadas cualidades o condiciones jurídicas o de hecho. En primer término, se requiere de un agente principal que permite, esto es, que se somete a la inseminación, un donante que suministra el semen, un inseminador que ejecuta la operación; “actuaciones que rigurosamente deben ser delimitadas”. Además no hay que olvidar, y en esto estamos de acuerdo con DAMASCENO WEYNE, que el sujeto activo del delito en estudio, es la esposa; pues el hombre jamás podrá ser sujeto activo de la citada conducta punible⁴².

9. SUGERENCIA PERSONAL: PROYECTO DE ARTICULADO

La posición que hemos venido sosteniendo en este trabajo en torno a la licitud o ilicitud de la práctica de la inseminación artificial creemos haberla podido resumir, en lo fundamental, en los siguientes artículos, que proponemos en gracia de discusión y en los cuales incorporamos los aspectos más importantes que han motivado la controversia planteada en el mismo.

Colocamos el delito de inseminación artificial heteróloga entre los ilícitos contra la familia, al lado del incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales, de la supresión, alteración o suposición del estado civil y de los delitos contra la asistencia alimentaria^{42 bis}.

Proponemos pues, la siguiente redacción:

CAPÍTULO...

De la inseminación artificial

Artículo... *Inseminación artificial heteróloga*. La mujer que ejecute sobre sí, o permita que otro le ejecute, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminadoras, incurrirá en prisión de ——— a ——— años.

⁴¹ MUNHOZ NETTO, de la Universidad de Paraná, sugiere la supresión del art. 268 del C. P. brasileño, por cuanto en los países latinos el fenómeno de la inseminación artificial es rarísimo y quizás inexistente. No concibe, por otra parte, que la práctica de la inseminación artificial deba subordinarse “al disenso del marido”, ya que si lo que se quiere preservar es el estado civil y los intereses patrimoniales de la “prole legítima”, el consentimiento del marido tiene que ser irrelevante (ob. cit., pág. 189).

⁴² WEYNE, ob. cit., pág. 220.

^{42 bis} “De ahí que deba meditar —ha dicho ROMERO SOTO— si no sería más conveniente cambiar su ubicación y situarlo... entre los ilícitos contra la familia, lo que daría lugar a una protección no solo más amplia sino también más adecuada, ya que no hay duda de que la conducta examinada (inseminación artificial) viola, ante todo, los intereses de la familia en lo referente al hecho de que, dentro de ella, no debe haber hijos que no sean del esposo o, al menos, engendrados con el consentimiento de este” (ob. cit., pág. 25).

A la misma sanción estarán sujetos el tercero que con conocimiento de causa done, venda o facilite el esperma, y cualquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial.

Artículo... *Exclusión de pena*. No habrá lugar a la sanción prevista en el artículo anterior, cuando la inseminación fuere practicada previo consentimiento de los cónyuges y mediando comprobadas razones de orden médico que la justifiquen, por esterilidad en el marido o por otros motivos de orden fisiológico o patológico que impidan la utilización del semen del cónyuge.

Pretendemos con la tipificación de la inseminación artificial, en las modalidades que consideramos censurables, responder al interrogante que nos plantean las conquistas de la moderna genética y de la embriología permitiendo, de diversas formas, ayudar, facilitar y hasta posibilitar el acto biológico de la fecundación. Esta ayuda, facilitación o posibilitación no es, por sí misma, ni buena ni mala si no se la vincula con el entorno ético en que se aplica. “Creemos que son buenos —dice ZANNONI— en la medida que no violenten la participación personal e indelegable de los genitores en la creación de la vida del hijo”⁴³.

Creemos que la tipificación de la inseminación artificial heteróloga va encaminada a la protección de las bases sobre las cuales se edifica la institución familiar. Su práctica indiscriminada atenta contra la autenticidad de la misma, contra la consanguinidad real, la cual es base y médula del parentesco; el padre auténtico ignorará a su verdadero hijo. La paternidad y la filiación, hechos tan extrañables, quedarán deshumanizados.

Refiriéndose a la situación moral del hijo, producto de la inseminación artificial, anota MARTÍNEZ VAL que una serie de complejos psicológicos, desde el de inferioridad hasta el de desarraigo de la institución familiar en su más noble y entrañable raíz: la paternidad, “se habrá convertido para él en un mero proceso de bioquímica”. El descubrimiento de un padre anónimo y de la falsedad de los lazos familiares que haya conocido hasta entonces, le llevará, sin duda, a la desconfianza de los sentimientos humanos y a no respetar en el fondo nada de lo social, puesto que habrá perdido la fe en lo más respetable y digno de veneración: el padre, la madre, la familia⁴⁴.

VASALLI por su parte sostiene que no hay duda de que, aparte de los peligros de carácter biológico que puede acarrear para las futuras generaciones la práctica de la inseminación artificial, la personalidad del nuevo ser, justamente en el aspecto de indignidad, podría resultar en cualquier caso comprometida⁴⁵.

⁴³ Ob. cit., págs. 114 y 115. Al respecto ha anotado ROMERO SOTO que “no hay duda de que la inseminación heteróloga, en el caso de que el semen del esposo sea perfectamente apto para la fecundación, debe ser condenable. Pero no parece que deba sancionarse penalmente a los agentes y partícipes del hecho contemplado cuando no es posible la inseminación con esperma procedente del marido y tanto este como su esposa quieran un niño”. (Ob. cit., pág. 25).

⁴⁴ MARTÍNEZ VAL, ob. cit., pág. 54.

⁴⁵ VASALLI, ob. cit., pág. 26.

No estamos contra la práctica de la inseminación artificial; la censuramos en cuanto con ella se ofenda la dignidad del hombre, convirtiéndolo en un simple "portador de gérmenes", a la mujer reduciéndola a la categoría de "máquina de gestación", y al hogar haciendo de él simplemente "laboratorio biológico".

El delito de inseminación artificial heteróloga plantea un original problema de autoría: la mujer, salvo que la inseminación se practique sin o contra su voluntad, debe ser considerada *autora* o *sujeto activo*, en cuanto es partícipe directa de la ejecución del hecho. Y el deber de ser fecundada por el esposo, es específico de la esposa; por lo tanto, ella puede cumplirlo o violentarlo, de allí que el hombre no pueda ser sujeto activo de este ilícito ni tampoco la mujer soltera o viuda.

El delito de inseminación artificial heteróloga requiere, normalmente, la presencia de tres personas: el dador, el inseminador y la inseminada.

El dador será extraño al matrimonio, anónimo o conocido, casado o soltero. Su responsabilidad está condicionada al conocimiento del destino ilícito que le van a dar a su semen. No en el caso, debidamente probado, de que su donación hubiese sido para otros fines (por ejemplo, experiencias de laboratorio, análisis, etc.), y ello porque resulta evidente que sin su acto y su líquido seminal no hubiera podido ejecutarse la inseminación.

El inseminador es el agente técnico, médico en la mayoría de los casos. Aunque podría tener otra calificación: genetista, biólogo o cualquier persona que posea la técnica necesaria para inseminar⁴⁶.

En varios apartes de este trabajo hemos fijado nuestra posición en torno al consentimiento otorgado por el marido para la práctica de la inseminación artificial heteróloga. Al respecto manifiesta DAMASCENO WEYNE, que "solo el marido puede admitir que su esposa sea inseminada con espermatozoides de otro hombre"⁴⁷, tesis que compartimos, solo en cuanto razones de orden terapéutico la exijan, tal como lo sostuvimos.

SEGUNDA PARTE

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL "NO CONSENTIDA" EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

10. INTRODUCCIÓN

Decíamos al comenzar este trabajo, que el Código Penal colombiano de 1980 tipificó la inseminación artificial "no consentida" como delito atentatorio contra la autonomía personal (cap. III).

Ello indica que el legislador colombiano consideró que la inseminación artificial, fuere homóloga o heteróloga, no suscitaba ningún tipo de preocupación y por lo

⁴⁶ En Inglaterra como en los Estados Unidos de Norte América, esa técnica es una especialización de la medicina, como cualquiera otra, con sus congresos, equipos, laboratorios y sus "bancos de semen".

⁴⁷ Vide supra, núm. 4.

tanto carecía de relevancia jurídica como fenómeno biológico; solamente la tuvo en cuenta para reprimir la *violencia real o presunta* con que se practique; de ahí su lugar de ubicación: "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" (título X).

Preceptúa el art. 280 del Código Penal:

"*Inseminación artificial no consentida*. El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

"La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años"⁴⁸.

La inseminación artificial no consentida, como hecho punible, aparece en el proyecto de 1978 (art. 408). Posteriormente, la Comisión del 79, en sesión de octubre 4 (Acta núm. 29), consideró el art. 408 del anterior proyecto, "como una necesaria e importante innovación".

En las escasas motivaciones sobre el citado artículo, se dijo por parte del comisionado dr. GIRALDO MARÍN que la Comisión había estimado que solo debía prevenerse como delito "la inseminación no consentida por la mujer, es decir, la que se hace por medio de violencia o engaños, cuando la víctima no está en condiciones de oponerse. También se consagró una agravación de la pena, si se trata de mujer casada, víctima de la inseminación heteróloga, o de mujer menor de dieciséis (16) años, aun con su consentimiento"⁴⁹; sin tener en cuenta otros intereses que pueden resultar lesionados, como el de la familia.

11. LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO. CRÍTICAS

Obrar con autonomía personal significa gozar de absoluta independencia para dirigir las propias acciones; si se constriñe a hacer, omitir o tolerar algo, se vulnera aquella independencia, y como quiera que esta hace parte de la libertad individual, principio consagrado en la Constitución Política, la tutela penal se ejerce precisamente para salvaguardar, por medio de la fuerza coercitiva de la sanción, todo acto que restrinja esa garantía personal.

No nos oponemos a la tipificación que se ha hecho de la inseminación artificial "no consentida" como ilícito atentatorio contra la autonomía personal, bien jurídico que no consideramos superior a la familia, el cual fue dejado de lado por el legislador colombiano; de ahí que ROMERO SOTO haya dicho que es "más adecuado ubicar este ilícito entre los delitos contra la familia, ya que este bien es más importante que la autonomía individual"⁵⁰.

Que se quiera proteger la libertad individual de la mujer, para que ella "voluntariamente" opte por la práctica inseminatoria, si así lo desea, está bien. Hasta este punto es plausible la intención del legislador, pero lo que no compagina con su "querer", son los agravantes que consagró en el inciso 2° del artículo en mención, tal como lo demostraremos más adelante.

⁴⁸ Diario Oficial, Bogotá, febrero 20 de 1980, núm. 35.461.

⁴⁹ Actas del nuevo Código Penal colombiano, citado, pág. 537.

⁵⁰ Ibídem. pág. 554.

12. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO TIPIFICADOR

La inseminación artificial "no consentida", tal como fue consagrada en el Código Penal colombiano, requiere el disentimiento o ausencia de consentimiento, como elemento tipificador, por parte del sujeto pasivo. El consentimiento en materia penal, ha sido definido como "una manifestación unilateral de voluntad expresa o tácita, que acepta una conducta ajena relacionada con determinado interés de la persona"⁵¹.

¿Cuándo se podrá afirmar que una mujer no ha consentido o no ha hecho expresa o tácita manifestación de voluntad que excluya la antijuricidad de la conducta del inseminador? O, en otras palabras, ¿qué formas o modalidades puede adquirir el disentimiento de la mujer, para que pueda hablarse de inseminación artificial "no consentida"? Creemos que puede hablarse de inseminación artificial "no consentida", cuando el sujeto pasivo no ha consentido la práctica inseminatoria, o cuando, pese a haber dado su consentimiento, este estuvo viciado⁵². El consentimiento pudo haber sido arrancado mediante constreñimiento físico (violencia física)⁵³ o moral (violencia moral)⁵⁴. También se tipifica esta conducta mediante actos que son exactamente de violencia pero que, por razones especiales, el legislador los asimila a ella; trátase de una violencia que puede denominarse *impropia o presunta*, que a su vez puede ser *natural* cuando es una circunstancia de la naturaleza lo que sirve para calificarla, como la edad (menor de 16 años, en nuestro caso)⁵⁵; y *accidental*, cuando se insemina a una mujer a la que se haya puesto, por cualquier medio, en estado de inconsciencia⁵⁶; o padeciere de alienación mental o se aprovechar de la inconsciencia en que pudiera encontrarse⁵⁷.

⁵¹ LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, *Derecho penal sexual*, tomo 1, Bogotá, Ed. Temis, 1972, pág. 154.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ "Violencia física, consentimiento y resistencia están íntimamente ligados entre sí... a la violencia debe oponerse una resistencia y esta debe ser expresión de falta de consentimiento... (pero) si la resistencia falta, no significa que no se configura el elemento violencia, como en el caso del golpe fulmineo que desmaya. A veces la víctima puede estimar completamente ineficaz la resistencia en contra de la ventaja que ha comenzado a soportar" (MARTÍNEZ ZÚÑIGA, *ob. cit.*, págs. 213 y 214).

⁵⁴ "Equipáranse los conceptos de violencia moral y amenaza, a la constricción moral o a la intimidación. Aquí existe un consentimiento, pero está viciado generalmente por el temor. No solo su voluntad ha sido coartada, su libertad limitada, sino que, lo que es más, se ha penetrado por regla general en el campo de la tranquilidad individual, tan respetable como su libertad" (*ibidem*, pág. 223).

⁵⁵ *Vide infra*, núm. 13. b).

⁵⁶ Una persona puede ser colocada en estado de inconsciencia, por medios *síquicos*, como el hipnotismo y los electrochoques; o *sicotrópicos* (sustancias que deprimen la actividad mental, de origen natural o artificial que causan un tropismo psicológico, esto es, que son susceptibles de cualquier modificación de la actividad mental sin determinar el tipo de tal modificación), como la cafeína, anfetaminas, mezcalina, LSD-25, *canabis sativa*, barbitúricos, morfina, codeína, éter, cloroformo, escopolamina, alcohol, etc.

⁵⁷ Creemos que el no-consentimiento, como elemento estructurante del ilícito objeto de estudio, no se agota con la simple "negativa expresa o tácita de la mujer a ser inseminada artificialmente", como lo sostiene el profesor ROMERO SOTO, (*ob. cit.*, pág. 29).

Al respecto ha anotado ORTÍZ RODRÍGUEZ que la libertad de la mujer para decidir sobre si quiere o no ser fecundada artificialmente es el derecho protegido en este caso. La incolumidad de este derecho es el interés jurídico tutelado y el que se lesiona o pone en peligro con la ejecución de la conducta objetiva o externa. "Precisamente, en esa lesión o exposición al peligro consiste la antijuricidad material de esa conducta"⁵⁸.

Por otra parte, LUIS CARLOS PÉREZ afirma que la conducta es antijurídica cuando no se ha obtenido el consentimiento expreso o tácito. "La ley no contiene limitaciones ni excepciones. Expreso, cuando la mujer así lo manifiesta por cualquier medio: hablado, escrito o con ademanes. Tácito, cuando se allana a la práctica sin estos medios de asentir. La contrariedad ha de ser evidente. Nadie puede consentir por ella, como en otra suerte de actividades, verbigracia las quirúrgicas, pues en estos casos se trata de salvar la salud personal afectada síquica o biológicamente. En cambio, en la inseminación se pretende un bien a veces por vanidad o egoísmo, y no siempre se obtiene conforme al deseo". Termina este autor agregando que "no importan los motivos que aduzca el agente. Puede ser la necesidad de complementarse familiarmente, el deseo de una compañía, la proyección y defensa del patrimonio intelectual, moral o económico. Basta que la práctica se efectúe contra la voluntad de la mujer"⁵⁹.

13. SUJETO PASIVO

Tal como se halla redactado el art. 280 del Código Penal, el único sujeto pasivo es la mujer, sea casada o soltera, que no haya prestado su consentimiento para la práctica inseminatoria.

Si lo que el legislador se propuso fue "proteger" la autonomía personal de la mujer, le hubiera bastado, para lograr su objetivo, haber limitado el artículo al primer inciso: "El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en...". Hasta aquí todo habría quedado circunscrito a los marcos fijados por el correspondiente título: la libertad individual.

Nadie podría negar que inseminar artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, estaría lesionando aquello que el legislador quiso proteger: su facultad de determinación, independientemente de su estado civil, ya que tanto derecho tiene la mujer casada a que se le respete su autonomía personal, como la soltera o viuda.

En los delitos contra la libertad individual se han tenido en cuenta las condiciones personales, ya sean físicas o síquicas, del sujeto pasivo, como circunstancias de agravación punitiva, *verbi gratia*: cuando el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de determinada edad, etc.

El legislador colombiano inmiscuyó un elemento que nada tiene que ver con las condiciones personales de la ofendida, como circunstancia punitiva: la procedencia del semen utilizado en la inseminación.

El inciso segundo del art. 280 consagra dos circunstancias de agravación punitiva:

⁵⁸ ALFONSO ORTÍZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 439.

⁵⁹ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*. Partes general y especial, t. IV, Bogotá, Ed. Temis, 1985, págs. 415 y 416.

- a) "Si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga", o
b) Si se tratare de mujer "soltera menor de dieciséis años"⁶⁰.

a) *Primera agravante: Inseminación artificial heteróloga.* Interrogantes por resolver: ¿Cómo es que a un individuo que viola el derecho de autonomía de una mujer casada, al inseminarla artificialmente "sin su consentimiento", además de responder por una infracción contra la libertad individual, por ser este el bien ofendido, deba agravarse su conducta por haber utilizado líquido fertilizante no correspondiente al marido de esta? ¿Qué tiene que ver la procedencia del semen en la tipificación de un delito contra la libertad? ¿Acaso esta no se encuentra igualmente violada, independientemente de que el semen provenga del marido o de un extraño?

¿Qué tendría en mente el legislador al considerar más gravosa la conducta de quien insemina sin consentimiento a una mujer casada, utilizando semen que no es del marido? No hay que entrar en mayores elucubraciones jurídicas para entender que el legislador fue más allá de la simple protección de la autonomía personal: pensó en los trastornos que podrían ocasionársele a la familia, con los hijos "ilegítimos", los cuales, en virtud del principio *pater est quem nuptiae demonstrant*, se presumen hijos del marido.

No deja de ser inquietante la posición del legislador. A primera vista pareciera indicar que se está rechazando la inseminación artificial heteróloga, pero no es así. No es así, porque se está incriminando con mayor énfasis la inseminación artificial heteróloga "no consentida" por la mujer, pero al mismo tiempo se está aceptando esta práctica, previo consentimiento de aquella, así se utilice semen que no es del marido, e, inclusive, en contra o sin el consentimiento de este.

A pesar de todo, el legislador pensó en la familia, en el derecho que el esposo tiene a que su compañera le brinde hijos engendrados por él, es decir, en la *turbatio sanguinis*, pero ha debido desplazar esta inquietud al capítulo del Código en el que se protege la familia⁶¹.

¿Podría afirmarse, entonces, que además de la autonomía personal de la mujer el inciso 2° del art. 280 del Código Penal estaría protegiendo otro u otros intereses jurídicos, como la familia? Para una respuesta afirmativa, surge otro interrogante: ¿Qué sucede si el inseminador es el propio esposo y la practica con semen de otro hombre (heteróloga)? ¿Existirá la agravante? ¿Se estará en este evento protegiendo la familia? Creemos que sí, ya que la institución familiar no está conformada exclusivamente por el esposo.

Nuestra principal crítica a esta agravante radica en la errónea ubicación que le dio el legislador; ha debido, interpretando su intención, tipificar el delito de inseminación artificial heteróloga, con las salvedades del caso, como atentatorio contra la institución familiar.

⁶⁰ Lo que indica que no existirá la agravante: 1) si la mujer inseminada "sin su consentimiento fuere casada y el semen utilizado en dicha práctica proviniera de su esposo (*homóloga*), y 2) si la mujer, siendo casada e inseminada "sin su consentimiento" con semen de su esposo, fuere menor de dieciséis años.

⁶¹ SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 407.

b) *Segunda agravante: Inseminación artificial en mujer soltera menor de dieciséis (16) años.* El legislador colombiano ha considerado intrascendente el consentimiento que puede otorgar la mujer soltera menor de dieciséis (16) años, en la tipificación del ilícito que estudiamos⁶².

Él ha presumido que la mujer soltera menor de dieciséis años es incapaz de consentir, que carece de todo discernimiento y de toda voluntad para disponer libremente de su cuerpo y que por ello mismo está imposibilitada física y moralmente para defenderse. Esta clase de violencia es conocida en la doctrina con el nombre de *ope legis*, porque dimana de una mera imposición legal, cuyo fundamento surge de la falta de consentimiento presuntivo, debido precisamente a la edad de la víctima.

La ley presupone que el menor puede dar su consentimiento, hijo de su espontaneidad, pero no producto de su voluntad.

Un caso similar al estudiado, se presenta en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales⁶³.

Refiriéndose a este último tema, la H. Corte Suprema de Justicia dijo en alguna oportunidad: "...lo que ocurre es que el legislador, para dictar dicha disposición, seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento o de madurez necesario para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales"⁶⁴.

Traemos a colación esta jurisprudencia, por cuanto es aplicable, en su espíritu, a la inseminación artificial practicada en soltera menor de dieciséis años.

Se nos ocurre un interrogante: ¿Qué debe entenderse por *mujer soltera*? ¿La que no ha contraído matrimonio? ¿La que ha enviudado? ¿La que sin haber contraído matrimonio, hace vida marital? ¿La que se ha divorciado?

Específicamente, ¿qué interés jurídico pretendió tutelar el legislador al otorgar un tratamiento diferencial a la mujer soltera menor de dieciséis años? Si se pensó en la presunta incapacidad de consentimiento, o en la falta de madurez sicofísica de la menor de dieciséis años, ¿cómo es que se desconoció a la mujer casada o viuda menor de dicha edad?

¿Tendría en mente el legislador tutelar en forma especial a la mujer no unida mediante vínculo matrimonial (viuda, concubina, divorciada) o a la mujer que aún no ha contraído matrimonio (soltera)?

No hay forma de saberlo. No hay forma porque estamos en presencia de un ilícito contra la autonomía personal, y cuando de esto se trata, no deben primar circunstancias ajenas a las condiciones físicas o personales del sujeto pasivo. El estado civil de una persona no debe ser óbice para crear agravantes, al menos en este tipo de delitos.

⁶² El art. 408 del anteproyecto de 1978, en su inciso 2°, reza: "...la pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de mujer soltera menor de dieciséis (16) años, *aun con su consentimiento*" (subrayas nuestras).

⁶³ El art. 330 del C. P. preceptúa: "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de uno a seis años."

⁶⁴ *Gaceta Judicial*, t. XVII, pág. 302.

Ejemplifiquemos y se verá más nítida nuestra inquietud:

1) Si se insemina artificialmente a mujer *casada* menor de dieciséis años, *sin* su consentimiento, con semen de su esposo, *no existirá la agravante*⁶⁵.

2) Si se insemina artificialmente a mujer *soltera* menor de dieciséis años, *con* o *sin* su consentimiento, *existirá la agravante*.

Ahora bien, ¿existe o no existe agravante en los siguientes casos?:

1) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años, con semen de su *concubino*?

2) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años que ha enviudado?

3) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años, que se ha divorciado? ¿Y si la práctica se realiza con semen de su exmarido o de un extraño?

No existen antecedentes que nos permitan llegar a una respuesta valedera. Pero, arbitrariamente, podría llegarse a pensar que el legislador tuvo en mente sancionar con mayor drasticidad a quien insemine artificialmente a mujer soltera, entendiendo por tal aquella que no ha contraído matrimonio.

Pero, ¿qué tiene que ver el matrimonio en un delito contra la autonomía personal? Siendo consecuentes con nuestra preocupación, creemos que la agravante *debe* hacerse extensiva a quien insemine a mujer menor de dieciséis años, sea cual fuere su condición civil.

El segundo inciso del art. 280, debe entenderse de la siguiente manera: “la pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de inseminación heteróloga⁶⁶, o de menor de dieciséis (16) años”.

14. SUJETO ACTIVO

Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, pues siempre que el Código usa para indicarlo la locución *el que*, debe entenderse que no existe especificación alguna en cuanto a la designación de tal sujeto. En consecuencia, este puede ser un hombre o una mujer.

Creemos que ha debido agravarse la pena, cuando se cometiere con el concurso de otra u otras personas, y cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza⁶⁷.

15. LA CONDUCTA PUNIBLE

Otro de los elementos del tipo penal es la *conducta* en él descrita, la cual se halla cobijada por un verbo rector. La acción delictiva en el hecho punible

⁶⁵ No puede aceptarse, sin previas aclaraciones, la afirmación de LUIS CARLOS PÉREZ, cuando anota que “la menor de dieciséis años es capaz de consentir, pero si se produce el hecho sin su consentimiento, la incriminación se agrava” (ob. cit., pág. 415), por cuanto la agravante solo se configura cuando la menor es *soltera*.

⁶⁶ Consideramos antitécnica la expresión “mujer casada y la inseminación fuere heteróloga”, por redundante, ya que desde el momento que se habla de inseminación heteróloga, se está aludiendo a la mujer casada. Jamás podrá hablarse de inseminación heteróloga en mujer soltera.

⁶⁷ En sentido similar, cfr. ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 29.

objeto de estudio, consiste en ejecutar actos directamente encaminados a lograr la *inseminación* en forma “artificial”, sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Se describe como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias. El hecho se perfecciona con la introducción del espermatozoide en el órgano reproductor de la mujer, sin que sea necesario que se inicie el proceso de embarazo⁶⁸.

Atendiendo a su contenido, el ilícito investigado es de conducta instantánea, por cuanto la realización del comportamiento descrito (inseminar) se agota en un solo momento⁶⁹.

16. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA E INFANTICIDIO

Reza el art. 328 del Código Penal:

“Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años”

En el anteproyecto de 1974, se dedicaron 2 artículos al infanticidio: el 347, que consagraba el “infanticidio por causa de honor”⁷⁰, y el 348, el “infanticidio como resultado de violación carnal”⁷¹.

⁶⁸ MARTÍNEZ VAL, afirma que “el delito de inseminación debe considerarse consumado por la mera introducción artificiosa del semen en los órganos genitales de la mujer, independientemente de los efectos generativos que pueda o no pueda tener” (ob. cit., pág. 118). Tal como fue consagrada la inseminación artificial por el legislador colombiano, carece de sentido discutir las implicaciones del hecho de inseminar a una mujer que se encuentre en estado gravídico o en mujer núbil, o el empleo de líquido seminal inidóneo o de instrumental inadecuado, ello por cuanto el art. 280 del Código Penal, pretende tutelar la autonomía personal de la mujer, la cual siempre resultará igualmente violada, aunque se dé cualquiera de la circunstancias anotadas.

No pensaríamos de igual manera, si la inseminación artificial se tipificara como delito contra la familia, por ser diferente el bien jurídico tutelado.

⁶⁹ Atendiendo a la *tentativa*, en la exposición de motivos del proyecto alemán de 1962, se afirmó que el hecho se perfecciona con la introducción del espermatozoide en el órgano reproductor de la mujer y que los actos preparatorios o de conato son, en verdad, improbables desde el punto de vista ético-social; pero no resulta una necesidad su reconocimiento por el derecho penal; sin embargo, ROMERO SOTO afirma que a pesar de tratarse de un delito instantáneo, puede el *iter criminis* descrito admitir, sin lugar a dudas, fragmentación y haciendo factible jurídicamente hablando, la tentativa. “En efecto —anota este autor—, no es posible negar que si la acción es detenida, por un factor extraño, en el momento en que el médico o la enfermera u otra persona se apresta a introducir el espermatozoide o el óvulo fecundado en la cavidad uterina se está en presencia de un comienzo de ejecución, punible a tenor de lo estatuido en el artículo 22 del C. P., es decir, en calidad de tentativa... en nuestro derecho, repetimos, puede configurarse la tentativa del delito de inseminación o fecundación artificial y tal modalidad es punible” (ob. cit., pág. 29).

⁷⁰ “La madre que para ocultar su deshonra matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días subsiguientes, estará sujeta a la pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

⁷¹ “La madre que, habiendo quedado embarazada como resultado de acceso carnal violento, matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días subsiguientes, estará sujeta a la pena de uno (1) a cinco (5) años de prisión”. (En *Revista del Colegio de Abogados de Medellín*, núm. 99, 1974, pág. 91).

En la redacción final desapareció el llamado infanticidio por causa de honor, dejándose el que se ocasionare como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial.

El dr. JULIO SALGADO VÁSQUEZ, miembro de la Comisión redactora de 1974, en conferencia dictada en el Paraninfo de la Universidad de Antioquia el 14 de septiembre de 1973, afirmaba:

“Cuando la mujer queda en estado de gravidez, al ser accedida mediante violencia carnal, si mata al hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes, se le concede una rebaja considerable de pena. La razón de este tratamiento privilegiado radica en la circunstancia de que ella ha sido víctima de un delito y su fecundación fue consecuencia de un hecho punible. Por tal motivo esta clase de infanticidio debe ser tratado en forma más benigna que el infanticidio por causa de honor, puesto que en este caso el acceso carnal fue consentido”⁷².

Es radical la diferencia entre la forma como el Código Penal de 1980 regula la institución del infanticidio y la utilizada por el de 1936. En este se exigía que la muerte dada al niño “en el momento de nacer o dentro de los ocho días subsiguientes”, fuere con el fin de “ocultar su deshonra” y siempre y cuando no hubiere sido “inscrito en los registros del Estado Civil” (art. 369).

El segundo inciso de esta disposición, hacía extensivo este precepto a quien cometiera el hecho, “para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana”.

17. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y ABORTO

Preceptúa el art. 345 del Código Penal:

“La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de *inseminación artificial no consentida* que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

”En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias”.

(Cursivas fuera de texto).

El Código Penal de 1936, consagraba en su art. 389 el llamado aborto *honoris causa*. Se disminuía la sanción hasta la mitad o se concedía el perdón judicial, “cuando el aborto se haya causado por salvar el honor propio, o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana”.

Esta modalidad desaparece con la expedición del nuevo Código Penal de 1980, dando nacimiento al llamado “aborto por indicación ética o humanitaria”⁷³.

“Es el que se causa —dice HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ— por razón de que el producto de la concepción tuvo su origen en un acto ilícito contra la libertad

⁷² JULIO SALGADO VÁSQUEZ, “El homicidio en el anteproyecto del Nuevo Código Penal”, *Derecho* (Revista del Colegio de Abogados de Medellín), Medellín, núm. 99, 1974, pág. 135.

⁷³ Así lo llama HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “El aborto”, en *Derecho*, rev. cit., pág. 202.

sexual (y la autonomía personal —agregamos nosotros—)⁷⁴ de la mujer, como cuando ha sido víctima de una violación”⁷⁵.

18. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y EL ABANDONO DE MENORES

Dispone el art. 347 del Código Penal:

“*Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida*. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de *inseminación artificial no consentida*, incurrirá en arresto de seis meses a tres años”. (Las últimas cursivas no son del texto).

Según el art. 348, si del abandono “se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad”, es decir, hasta cuatro años y medio de arresto.

El Código Penal de 1936, consagraba el llamado abandono o exposición *honoris causa*, que consistía en el abandono de un niño recién nacido, no inscrito aún en los registros del Estado Civil, con el fin de salvar “el honor propio o el de su madre, mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana...” (art. 395, inc. 2°).

19. CARACTERIZACIONES COMUNES A LOS TRES NUMERALES ANTERIORES

Los arts. 328 (infanticidio), 345 (aborto) y 347 (abandono) del Código Penal, ubicados entre los delitos contra la vida y la integridad personal (título XIII), fueron redactados siguiendo una misma pauta: permitir a la mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, poner fin a una vida que ha sido engendrada, como sus nombres lo indican, sin su consentimiento.

De tal manera que, la mujer que ha sido sujeto pasivo de alguno de estos ilícitos, puede deshacerse del producto del mismo, abortando, dando muerte o abandonando a su hijo dentro de los ocho días siguientes al nacimiento.

La justificación a este proceder, está dada doctrinariamente siguiendo diversas instituciones jurídicas: estado de necesidad (MANZINI), no exigibilidad de otra conducta, etc.

Los tres hechos punibles analizados, ya decíamos, tienen en común liberar a la mujer de una maternidad que nunca quiso, que no fue producto de su voluntad, sino resultado de una conducta que violó su libertad sexual o autonomía personal.

Lo anterior aparece un inmenso interrogante, insalvable atendiendo a la redacción del actual estatuto punitivo: ¿Deberá el juez que está conociendo de algunos de estos ilícitos, esperar a que se haya proferido sentencia condenatoria contra

⁷⁴ El dr. LONDOÑO JIMÉNEZ, se refería al art. 368 del anteproyecto de 1974, que no aludía aún a la inseminación artificial no consentida. Estipulaba esta disposición: “Si la mujer causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, como resultado de acceso violento, incurrirá en arresto de seis (6) a dos (2) años” (ibidem, pág. 94).

⁷⁵ LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 202.

el sujeto activo del acceso carnal violento o abusivo o de la inseminación artificial no consentida, para entrar a resolver sobre la existencia o inexistencia de aquellos?

¿Qué sucede si la mujer no ha denunciado el delito contra la libertad sexual o la autonomía personal, del cual ha sido víctima, pero en cambio procede a abortar, dar muerte o abandonar a su hijo?

Una de las soluciones, sería la propuesta por LONDOÑO JIMÉNEZ en el sentido de conferir competencia “para que el juez que conociere del aborto (infanticidio y abandono) pudiese hacer lo mismo con el de violación (e inseminación artificial no consentida), para conseguir así una armonía judicial en las dos decisiones, bien con la condenación por el aborto y la absolución por la violencia carnal, o la condenación por este y la absolución por aquel, o la absolución en caso de duda, en las dos hipótesis. Porque lo sorprendente sería la condena en las dos situaciones planteadas...”⁷⁶.

En otras palabras, con ello se evitaría que a quien insemine a una mujer sin su consentimiento, se le condene por este hecho y a esta por aborto, homicidio o abandono de menor.

La confrontación de las disposiciones analizadas, nos conduce al descubrimiento de fenómenos dignos de mayor atención. Tal es el caso de la mujer soltera menor de dieciséis años que ‘consintiera’ la práctica de la inseminación artificial. El art. 280 del Código Penal prevé esta situación como inseminación artificial no consentida; sin embargo, a pesar del “consentimiento” otorgado por la mujer, la ley penal le permite, a manera de desagravio, el aborto, el infanticidio y el abandono de su hijo.

No sobra anotar que los arts. 328, 345 y 347 del Código Penal no son aplicables cuando la mujer, siendo menor de dieciséis años, fuere casada y hubiere consentido la práctica inseminatoria.

¿Tendría en mente el legislador colombiano, consagrar este tipo de discriminación? Lo cierto es que el texto no indica otra cosa.

Los arts. 328, 345 y 347 aluden expresamente a la mujer que aborta, mata o abandona a su hijo, “fruto de acceso carnal violento o abusivo...”. ¿Qué sucede con el estupro o acceso carnal mediante engaño? Creemos que el legislador ha debido emplear la proposición “fruto de acceso carnal no consentido”, que cobijaría el acceso logrado mediante violencia, amenaza, sugestión, engaño, o cuando se trata de mujer menor de catorce años o que carezca de la capacidad de entender y querer⁷⁷.

¿Se justifica el “permiso” que la ley otorga a la mujer inseminada sin su consentimiento o accedida violenta o abusivamente, para deshacerse del fruto de tales actos? Creemos que de ninguna manera. La vida, como valor supremo, no puede ser sacrificada en aras de valores de inferior categoría.

⁷⁶ LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 204.

⁷⁷ “Para BINDING y MANZINI, donde haya existido violencia, inducción al engaño, se justifica el que la mujer no tenga que obligarse a soportar las consecuencias de un delito de esta naturaleza, por lo cual, en caso de quedar encinta, debería interrumpir la gestación” (LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 206).

Al respecto, ha anotado LONDOÑO JIMÉNEZ:

“De todas maneras, para nosotros, lo que se quiere preservar con esta mal llamada indicación ética, es infinitamente inferior al bien jurídico que se querría sacrificar. El sentimiento de venganza de la mujer hacia su violador, puede explicar pero no justificar el que dicho sentimiento adverso se canalice hacia la destrucción del producto de la concepción...”⁷⁸.

20. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y EL CONSTREÑIMIENTO ILEGAL

El art. 276, correspondiente al capítulo tercero “De los delitos contra la autonomía personal”, preceptúa:

“El que constriña a otro a hacer, *tolerar* u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de seis meses a dos años”.

Una ligera lectura a esta disposición, nos motiva un interrogante: ¿Acaso el hecho de inseminar “sin su consentimiento” a una mujer, no equivale a constreñirla a *tolerar una cosa*, que en diferentes condiciones y voluntariamente no lo hubiera permitido? Si lo único que se quiso proteger al consagrar la inseminación artificial no consentida, fue la autonomía personal de la mujer, ¿no lo estaría igualmente en el supuesto de que no existiere el art. 280?

La respuesta debe ser afirmativa, puesto que el legislador al consagrar el art. 280 del Código Penal, no hizo más que resaltar uno de los tantos comportamientos que el art. 276 comprende bajo las expresiones *constreñir* “a otro a hacer, *tolerar* u omitir alguna cosa”.

Con razón ha dicho MAGALHAES NORONHA, citado por DAMASCENO WEYNE: “...mas, el inseminador podrá incurrir, eventualmente, en el crimen de constreñimiento ilegal (art. 146 del Código Penal de 1940): practicando la inseminación contra la voluntad de la inseminada, un menor, persona demente, o de otro modo sin capacidad de consentimiento”⁷⁹.

Si el objetivo que el legislador se trazó al incriminar la inseminación artificial no consentida, fue el de hacer más gravosa la conducta del inseminador, bien pudo haber agregado un segundo inciso al art. 276, así:

“La pena anterior se aumentará hasta en la mitad, si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

”a) Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo o menor de dieciséis años;

”b) Si el delito se comete en persona a la cual se haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender el hecho criminoso;

”c) Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas;

”d) Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

En lo que respecta a las otras agravantes que trae el art. 280, soltera menor de dieciséis años e inseminación artificial heteróloga, no tienen justificación en

⁷⁸ LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 206.

⁷⁹ WEYNE, ob. cit., pág. 110.

el título correspondiente a los delitos atentatorios contra la libertad individual, tal como quedó planteado en otro aparte de este trabajo.

Dejamos así, ligeramente esbozada, nuestra posición en torno al tratamiento otorgado por el Código Penal colombiano, a la inseminación artificial.

BIBLIOGRAFÍA

- ANALES DEL CONGRESO (Órgano de publicidad de las Cámaras Legislativas), No. 17, Bogotá, agosto de 1978.
- ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, vol. II, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1981.
- BATLLE MANUEL, "La eutelegenesia y el derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, junio de 1949.
- Diario Oficial*, núm. 35.461, febrero 20 de 1980.
- DÍAZ DE GUILJARRO, ENRIQUE, "Las modernas técnicas biológicas y el derecho de familia", en *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, núm. 48, enero/febrero/marzo de 1964.
- GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, "Inseminación artificial en los seres humanos", en *Universitas*, núm. 29, Bogotá, 1965.
- GARCÍA AGUILERA, JOSÉ ANTONIO, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núms. 51/52, julio/diciembre de 1972.
- GATTI, HUGO, "La familia y la técnica actual", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, No. 1, enero/marzo de 1961.
- FIGUEIRA, ELLIS HERMYDIO, "Inegociabilidade da matéria organica — Transplante de órgãos ou partes do corpo, o sangue o leite e o semen", en *Justitia* (Orgão do Ministério Público de Sao Paulo), vol. 64, Sao Paulo, 1969.
- LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO, "El aborto", en *Derecho* (Revista del Colegio de Abogados de Medellín), núm. 99, Medellín, 1974.
- MANZANARES, LUIS, "La inseminación artificial en la especie humana", en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 149.
- MARTÍNEZ-VAL, JOSÉ MARÍA, *La eutelegenesia y su tratamiento penal*, Madrid, España, Ed. Gráfica Osca, 1952.
- MUNHOZ NETTO, ALCIDES, "Inseminação artificial no Código Penal de 1969", en *Justitia*, núm. 89, Sao Paulo, Brasil, 1975.
- NEVES, SERRANO, "Adulterio, inseminação e mimetismo", en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, núm. 2 Uberlândia, Brasil, 1977.
- RICO LARA, MANUEL, "La inseminación artificial (sus problemas morales y jurídicos)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núms. 31/32, Madrid, España, 1968.
- ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, "Inseminación y fecundación artificiales en sus relaciones con el derecho penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 8, Cali, 1983.

- SALGADO VASQUEZ, JULIO, "El homicidio en el anteproyecto del nuevo Código Penal", en *Derecho*, núm. 99, Medellín, 1974.
- SANGUINO MADARIAGA, ALIRIO, "La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos", en *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), núm. 100, Medellín, septiembre de 1981; "La fecundación artificial y su implicación en los conceptos de filiación y paternidad", *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), Medellín, núms. 101/102, marzo/septiembre de 1982.
- SAVATIER, PAUL, "La inseminación artificial ante el derecho positivo francés", en *La fecundación artificial en los seres humanos*, Colección Problemas de Hoy, Studium, Madrid, Buenos Aires, 1950.
- VASALLI, GIULIANO, "La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica", en *Revista de la Facultad de Derecho* (Órgano de la Universidad Central de Venezuela), núm. 30.
- VIANA, MARCO AURELIO S., "Da inseminação artificial", en *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade Federal de Minas Gerais), núm. 21, vol. 27, Bello Horizonte, Brasil, maio de 1979.
- WEYNE, VASCO DAMASCENO, "Inseminação, artificial — Previsão no Código Penal de 1969", en *Justitia* (Orgão do Ministério Público de Sao Paulo), núm. 75, Sao Paulo, Brasil.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978.