

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Derogación del art. 164.- Inseminación no consentida del Código
Orgánico Integral Penal**

Paula Carolina Arellano González

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de diciembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Paula Carolina Arellano González

Código: 00200725

Cédula de identidad: 1720622909

Lugar y Fecha: Quito, 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**DEROGACIÓN DEL ART. 164.- INSEMINACIÓN NO CONSENTIDA DEL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

**DEROGATION OF ART. 164.- NON-CONSENT INSEMINATION OF THE
CRIMINAL ORGANIC CODE**

Paula Carolina Arellano González
paula.carolina.arellano@gmail.com

RESUMEN

La inseminación artificial no consentida es un delito que se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, cuando en realidad debería estar integrada en el artículo que contiene el tipo penal de violación, por cuanto el elemento objetivo que describe el tipo penal de la inseminación artificial no consentida implica la penetración no consentida de la mujer. En este sentido, la presente disertación analiza tanto la violación como la inseminación artificial contenida en el COIP, la forma de reparación y los efectos derivados de la vulneración de los derechos relacionados a la libertad individual y sexual de la mujer.

PALABRAS CLAVES

Inseminación no consentida, violación, dignidad, víctima, pena, derogación.

ABSTRACT

Non-consensual artificial insemination is a crime that is typified in the Organic Integral Penal Code, when in fact it should be integrated in the article that contains the criminal type of rape, since the objective element that describes the criminal type of non-consensual artificial insemination implies the non-consensual penetration of the woman. In this sense, this dissertation analyzes both rape and artificial insemination contained in the COIP, the form of reparation and the effects derived from the violation of the rights related to the individual and sexual freedom of the woman.

KEY WORDS

Non-consensual insemination, rape, dignity, victim, penalty, derogation.

Fecha de lectura:

Fecha de publicación:

Sumario

1.- INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. MARCO NORMATIVO. – 5. CONTEXTO LEGAL. - 6. DESARROLLO. - 7. DERECHO COMPARADO. - .8. CONFERENCIAS INTERNACIONALES - 9. SENTENCIA CASO NO. 34-19-IN Y ACUMULADOS- 10. VIOLACIÓN. - 11. CONFLICTOS CON EL ARTÍCULO 164.- 12. CONCLUSIONES. - 13. RECOMENDACIONES

1. Introducción

La tecnología ha permitido generar cambios revolucionarios en la salud y la vida de las personas. En el siguiente trabajo de titulación se analizará el funcionamiento de la inseminación o fecundación artificial en el área médica, así como su relevancia al respecto del tipo penal de violación que reconoce el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por cuanto el ejercicio de esta actividad implica tanto un elemento material como un elemento volitivo que resultan penalmente relevantes como fenómeno de estudio en el Ecuador.

Bajo esta lógica, resulta pertinente mencionar que desarrollo de la ciencia ha permitido que existan nuevas técnicas de reproducción asistida para que la mujer pueda procrear vida, ya sea con óvulos fecundados de su pareja o de un donante. Si bien este avance científico ha traído un beneficio en la sociedad también ha generado varios conflictos a nivel jurídico¹.

En el Ecuador, se puede observar la existencia de diversas conductas penalmente relevantes que han sido positivizadas dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP). En este sentido, tanto la inseminación no consentida² como la violación³ forman parte de este sistema punitivo estructurado en función de la protección de bienes jurídicos penalmente relevantes. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, existe un conflicto de tipicidad sobre

¹ Hernán Gómez Piedrahita, *Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en los seres humanos* (Bogotá: Librería Profesional, 1984),80.

² Artículo 164, Código Orgánico Integral Penal, R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez 28 de enero de 2022.

³ Artículo 171, COIP.

la estructuración del tipo penal de inseminación no consentida al respecto del tipo penal de violación dentro de la norma penal positiva ecuatoriana.

Al ser un fenómeno socialmente complejo, la inseminación no consentida ha generado debate dentro de la sociedad, por cuanto esta práctica se encuentra especialmente relacionada con el progreso científico. Bajo esta lógica, este progreso resulta conflictivo, por cuanto ciencias como la medicina, vulnera y confunde derechos cuando los conceptos legales no están subvertidos⁴.

La controversia en torno a la inseminación artificial no solo ha generado debate religioso y jurídico en sí misma, sino también las consecuencias que acarrea la aplicación de estas técnicas. Ello, en observancia de que la inseminación artificial ha venido tomando fuerza a lo largo de los años por todo el mundo en mayor o menor medida, sin dejar de lado la relevancia jurídica de la misma, lo cual ha generado una conflictividad latente con el ordenamiento jurídico positivo.

En este contexto, se han presentado varios casos en América del Norte y Europa alegando que los médicos especialistas en fertilidad inseminaron a pacientes con su propio espermatozoides solo para obtener beneficios egoístas en contra de la voluntad de las mujeres. Las mujeres que fueron inseminadas en Estados Unidos de América con espermatozoides que no habían consentido usarlo, fueron tocadas íntimamente por un médico que momentos antes se había masturbado hasta la eyaculación para producir esa muestra de espermatozoides objeto del procedimiento⁵.

Varios conflictos similares salieron a la luz décadas más tarde, cuando los hijos adultos usaron pruebas genéticas para conocer más sobre ellos y descubren que no se encuentran biológicamente relacionados con sus padres, al igual que tienen varios medios hermanos. Esto ha evidenciado la problemática de la práctica de la inseminación, por cuanto, las mujeres consintieron el simple hecho de ser revisadas ginecológicamente o incluso estaban en la consulta por métodos anticonceptivos, más no consintieron ser inseminadas⁶.

⁴ Vasco Damasceno Weyne. "Inseminação artificial-Previsão no Código Penal", *Justitia* (1969), 100.

⁵ Jodi Madeira, "Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud from Patient Experience to Legal Reform", *Columbia Journal of Gender and Law*, 39 (2020), 110.

⁶ *Ibidem*, 110.

Como un producto de esta práctica, se puede inferir que las personas, cuya existencia deriva del cometimiento de esta conducta ilícita pueden ser afectados de forma significativa en el ámbito psicológico, por cuanto se puede llegar a afectar la identidad personal y las relaciones familiares. De igual manera resulta jurídicamente relevante el daño psicológico que se genera en la mujer al ser inseminada en contra de su voluntad, para verbigracia, el “caso Cline” representa uno de los mayores asuntos de fraude de fertilidad a nivel internacional⁷, por cuanto ha permitido identificar una gama de conductas en las cuales ha existido fraude de fertilidad, desde la suplantación de la esperma del donante consentido a la inseminación con esperma propia del médico tratante⁸.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el presente trabajo pretende estudiar la discriminación y la violencia sexual y reproductiva que sufren las mujeres a partir de la precarización de las normas penalmente relevantes con relación a la inseminación no consentida, así como las formas de reparación de la víctima en casos del delito previamente mencionado. Por esta razón, se analizará la naturaleza jurídica de la inseminación no consentida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2. Estado del Arte

La inseminación artificial se basa en la introducción del semen del esposo o de un donador dentro de la vagina de la mujer mediante la utilización de un objeto en forma cilíndrica con el cual se introduce la totalidad del contenido seminal dentro del canal vaginal⁹. Esta técnica se ha venido desarrollando y mejorando durante las últimas décadas para consolidar los resultados positivos de fecundación dentro de las mujeres que se han sometido al mencionado procedimiento.

Uno de los primeros casos registrados de fecundación artificial fue el de Luisa Brown en julio de 1978 en la ciudad de Londres, este caso puso en la palestra pública una serie de discusiones sobre la moral, así como de las consecuencias jurídicas derivadas de la fertilización exitosa, entre las cuales destacan la paternidad, alimentos, sucesión y la

⁷ Jodi Madeira, “Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud from Patient Experience to Legal Reform”, 114.

⁸ *Ibídem* 114

⁹ Mónica Mata Miranda y Gustavo Jesús Vázquez, “La fecundación in vitro: Louise Brown, a cuatro décadas de su nacimiento”, *Rev. sanid. Mil.* 72 (2018), 364.

inseminación no consentida. A nivel regional, el delito de inseminación no consentida fue estipulado en el anteproyecto del Código Penal colombiano en 1978 por el doctor César Gómez Estrada, siendo el ordenamiento jurídico colombiano uno de los primeros en impulsar esta definición, se lo puede encontrar en el libro X que habla sobre delitos contra la libertad individual¹⁰.

Para Alirio Sanguino, la inseminación artificial no siempre conllevará a la fecundación artificial, esta segunda sucede cuando se ha obtenido un éxito con relación a la concepción del óvulo fecundado por parte de la mujer. Por esto, resulta pertinente señalar que al derecho penal no le interesa criminalizar la fecundación asistida propiamente dicha, sino el método inducido para conseguir dicho propósito en función de la carencia de un elemento volitivo por parte de la mujer.

Por lo que, desde los debates iniciales no se penaliza la inseminación en todas sus formas más bien solo aquellas en las que se vea vulnerada la dignidad humana de la mujer¹¹. Bajo esta lógica, el sistema penal ecuatoriano se basa en el principio de legalidad propio de los ordenamientos jurídicos derivados del sistema romano germánico, lo que significa que para que un acto pueda ser sancionado, este debe estar tipificado con anterioridad en la ley penal. Sin embargo, el debate en Ecuador ha surgido en torno a la forma en la que este delito se encuentra concebido dentro de la legislación positiva y su forma de interpretación.

Es interesante como inicialmente se comentaba, que la inseminación no consentida debía basarse en el “consentimiento” del marido y no necesariamente de la mujer, porque este atentaba contra la naturaleza del matrimonio, ya que lesionaba intereses matrimoniales, sin perjuicio de afectar de forma directa a la libertad y dignidad de la mujer.

Para determinado sector de la doctrina, no resulta propio el utilizar la frase inseminación no consentida, por cuanto usan el término eutelegenesia cuyo significado se fundamenta en tres palabras griegas que significan a distancia y engendramiento. En el Código Penal de 1969 en Brasil, se tipificaba el solo hecho de realizar la inseminación

¹⁰ Alirio Sanguino Madariaga, “La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos”, *Estudios de Derecho* (1979), 377-383.

¹¹ Alirio Sanguino Madariaga, “La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos”, 384-390.

artificial sin consentimiento del marido, con pena privativa de libertad de la mujer de 2 (dos) años debido a que la “familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En materia penal el consentimiento se basa en la “manifestación unilateral de voluntad relacionado con determinado interés de la persona”¹² de esto se desprende que dentro de la realidad social la mujer pudo no dar su consentimiento, haber existido violencia física o violencia moral, falta de conciencia o poseer una enfermedad mental para no estar de acuerdo con la inseminación. Por lo que, con el tiempo llegaron a la conclusión que no es necesaria la distinción sobre si la mujer es casada o no, que el solo acto de la inseminación es un delito en contra de su libertad individual¹³.

Un ejemplo muy sonado sucedió en Estados Unidos en los 90s cuando Cecil Jacobson inseminó a pacientes con su propio semen sin que ellas tuvieran conocimiento previo e informado al respecto, ni con su consentimiento. De igual forma, otro caso objeto de estudio sucedió en la Universidad de California, donde en su centro de salud reproductiva, tres doctores habrían puesto huevos de otros pacientes en otras sin su consentimiento. Provocando una demanda de parte de pacientes agraviados, lo cual ocasionó una sanción de 27 millones de dólares en quejas. Sin embargo, en el Ecuador no han existido casos registrados en fiscalía, los cuales puedan demostrar la viabilidad de la tipicidad autónoma de este delito¹⁴.

3. Marco Teórico

El constante desarrollo de la ciencia y la tecnología han modificado de forma sustancial el entendimiento y práctica de la reproducción humana como un fenómeno biológico. En este sentido, existe una fuerte necesidad por parte de la sociedad de regular estas nuevas prácticas y entender los efectos jurídicamente relevantes que se desprenden de las mismas.

Historia

Para entender el origen del delito de la inseminación no consentida es necesario hablar de la inseminación artificial como un método de reproducción asistida. La historia de la

¹² Alirio Sanguino Madariaga, “La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos”, 466.

¹³ Alirio Sanguino Madariaga, “La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos”, 458.

¹⁴ Jodi Madeira, “Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud from Patient Experience to Legal Reform”, 110-112.

inseminación artificial empieza desde hace casi cincuenta años en el Reino Unido, donde se dio la primera inseminación usando una probeta y un óvulo tomado con anterioridad, el cual se insertó en un útero de la que sería la futura madre.

A pesar de los grandes resultados generados, el experimento produjo controversia por parte de movimientos sociales y religiosos que buscaban límites en estas prácticas, más la inseminación artificial se fue dando con naturalidad y fue difundida dentro de la comunidad científica sin que exista una norma que la regule¹⁵. Sin embargo, la experimentación con la vida no ha sido un acto reciente. En el año 1322 un hombre en un pueblo babilónico se convirtió, en la primera persona que, usando semen de caballo, logró inseminar a una yegua ocasionando el nacimiento de un potro.

Posteriormente, Thouret en el año 1785, quien fue el decano de Medicina de la Universidad de París, logró inseminar a su mujer usando una inyección intravaginal con su semen. Lo mismo paso en 1791 con el cirujano Hunter, con excelentes resultados. Según el Dr. Valencia, en Ecuador se realiza la inseminación artificial desde 1984 en el Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad¹⁶.

Bajo esta lógica, el derecho busca generar normas jurídicas que se adapten al proceso evolutivo de la sociedad. Esto se puede evidenciar en países en los cuales este cambio científico jurídico se fue dando de forma progresiva, como por ejemplo con Colombia, donde se generó un banco de semen en observancia de los constantes cambios sociales que ha implicado la fertilización in vitro dentro de la realidad social del mencionado país.

Esto permitió la creación de establecimientos médicos altamente especializados y regulados que han permitido desarrollar técnicas de reproducción asistida. En este sentido, la consolidación de la reproducción asistida dentro de la sociedad ha permitido generar una expectativa social de seguridad al respecto de esta.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en Estados Unidos, durante la década de los 70 hasta los inicios de la década de los 90 se llevaron una serie de procedimientos médicos

¹⁵ Denisse Priscila Armijos Flores, "Inseminación no consentida", *Scribd Working Papers* (2014), 2.

¹⁶ Mayra Tacuri Pinos, "La Inseminación Artificial Humana: Alcance de la Normativa actualmente vigente en el Ecuador al respecto", *Tesis de pregrado, Universidad del Azuay* (2009), 16.

irregulares relacionados a la inseminación artificial¹⁷. Este hecho fue conocido en décadas posteriores cuando las pruebas de ácido desoxirribonucleico fueron accesibles al público en general, permitiendo conocer a los implicados la existencia de una irregularidad al respecto del proceso de inseminación.

En este contexto, médicos encargados de realizar los tratamientos relativos a la inseminación fueron quienes cometieron el delito que por aquel entonces fue conocido como “fertility fraud” o fraude de fertilidad. En un inicio este delito presenta la particularidad de la alteración de las muestras de material genético de los donantes de las madres siendo suplantadas por material genético del médico tratante¹⁸.

Esta ola de actividades irregulares en la inseminación artificial fue perseguida desde el ámbito civil, por lo cual se presentaron “class actions” en países como Estados Unidos y Canadá en contra de los médicos que habían alterado o suplantado el material genético del donante seleccionado por la mujer. Durante los respectivos procesos judiciales, los médicos trataron de justificar su accionar mediante la “desesperación” de sus víctimas.

Estos primeros casos de fraude de fertilidad abrieron un nuevo debate dentro de la sociedad, por cuanto no había existido un precedente al respecto. Esto puso en la mira del derecho penal a la inseminación artificial.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

Entre los primeros proyectos de ley en Latinoamérica, que se puede encontrar respecto a delitos punibles por inseminación no consentida, son en Colombia donde se presentó un proyecto de ley en mil novecientos setenta y ocho, que pretendía aumentar el catálogo de conductas antijurídicas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En este contexto, esta incorporación de conductas se sustentó en la constante evolución de la sociedad y el vertiginoso avance de las tecnologías, por lo cual amplió de forma categórica el catálogo de los actos considerados punibles en su sociedad¹⁹.

¹⁷ Jody Madeira, Seteven Lindheim y Mark Sauer, “Against seminal principles: ethics, hubris, and lessons to learn from illicit inseminations”, *INKLINGS 110* (6) (2019), 1003.

¹⁸ *Ibidem*, 1004.

¹⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2000), 8.

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA COMO ACTO PUNIBLE.

Una de las primeras iniciativas jurídicas de consolidar la naturaleza jurídicamente relevante de la inseminación artificial no consentida dentro de la región se presentó con el primer proyecto de ley en el Código Penal colombiano de mil novecientos setenta y ocho²⁰ mismo que se anexó al código oficial dentro del contenido del artículo 280. Este cambio se dio en virtud de proteger el bien jurídico de la libertad individual en observancia de otras garantías normativas previamente contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la presente investigación, se analizará el razonamiento jurídico que implica la protección de la libertad individual de la mujer en el delito de inseminación no consentida y la relación de los elementos objetivos de este tipo penal al respecto del delito de violación. En el Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal reconoce y protege la libertad sexual y reproductiva como manifestaciones de la libertad individual del ser humano, por lo cual ha establecido un catálogo de conductas determinadas como penalmente relevantes para garantizar su protección.

En este sentido, se analizarán ambos tipos penales con la finalidad de establecer la derogación del delito de inseminación no consentida²¹ como un delito autónomo e incorporarlo dentro de las circunstancias modificatorias que contiene el tipo penal de violación²².

5. Contexto legal

Definición

Para entender bien a los términos de referencia sobre los cuales se realizará el análisis de los tipos penales precitados se debe tomar en cuenta la definición de “inseminación artificial”, que se entiende como un método distinto al “natural” para que un espermatozoide

²⁰ Artículo 408, Código Penal: Ley 599 de 2000, D.O. 44.097, de 24 de julio de 2000.

²¹ Artículo 164, COIP.

²² Artículo 171, COIP.

se junte al óvulo²³. Para grandes especialistas en el tema, la inseminación artificial puede ser entendida como:

“la colocación manual de semen en el tracto reproductivo de la hembra por un método distinto al apareamiento natural. Forma parte de un grupo de tecnologías comúnmente conocidas como "tecnologías de reproducción asistida", por las que se genera descendencia facilitando el encuentro de gametos”²⁴.

Para efectos de la presente investigación, es necesario saber diferenciar entre fecundación e inseminación, tal como lo muestra el código penal colombiano, por cuanto se establece que:

“Es bueno tener presente que no es lo mismo inseminación artificial, que fecundación artificial, aunque algunos la confunden. Esta última se refiere a toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides, recurriendo a procedimientos no naturales. El modo más llamativo de esta técnica es el que se efectúa in vitro. Así se logra el desarrollo del óvulo fuera del útero materno. Puede ocurrir que se realice la inseminación artificial de la mujer, y en cambio que no se produzca la fecundación que se esperaba”²⁵.

Sin perjuicio de la distinción entre fecundación e inseminación, el derecho penal ecuatoriano no reconoce dicha diferencia dentro del COIP. Esto que quiere decir que, a pesar de que la inseminación es el resultado de esta introducción de semen en un óvulo se puede producir la fecundación, lo importante es saber que la restricción debe producirse no en cualquier escenario sino en aquellos donde se vean alterados los lineamientos éticos, sociales que soporta la dignidad de la mujer.

Para Hernán Gómez Piedrahita la inseminación consiste en la introducción en la vagina o en el útero de la mujer, la esperma del esposo o de un donante, para obtener el embarazo de la mujer sin recurrir al contacto sexual²⁶, sin perjuicio de compartir esta definición de inseminación, la introducción de la esperma dentro de la vagina como tal, implica la introducción de instrumentos u objetos con la finalidad de vaciar la esperma dentro

²³ Jodi Madeira, “Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud from Patient Experience to Legal Reform”, 110-112.

²⁴ Jane Morrell, “Artificial insemination: current and future trends”, en *Artificial Insemination in Farm Animals*, ed de Milad Manafi (Croacia: InTech, 2011), 1.

²⁵ Denisse Priscila Armijos Flores, “Inseminación no consentida”, 2.

²⁶ Hernán Gómez Piedrahita, *Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos* (Mexico; Ediciones Librería del Profesional, 1984), 50.

de la cavidad vaginal de la mujer receptora. Esta introducción de un objeto, que trasciende el umbral de los labios vaginales implica de por sí una penetración, misma que al no ser consentida por la mujer receptora de esperma, constituye una violación²⁷.

El jurista Eduardo A. Zannoni, brinda una guía acerca de cómo delimitar la inseminación artificial como delito, por lo cual "La reglamentación de los efectos de la inseminación artificial debería sólo establecer pautas de certidumbre en las relaciones jurídicas que protagoniza el hijo, sin por ello dejar de condenar, si es el caso, el medio"²⁸. Creemos que no debe haber una postura radical para abandonar incondicionalmente la práctica de superar los trastornos funcionales u orgánicos que impiden la fecundación durante el apareamiento normal o las relaciones sexuales entre parejas, ya que, en muchos casos, hay causales de infertilidad como, por ejemplo, trastornos endocrinos, del metabolismo, flujo vaginal que inhabilita los espermatozoides, hipoplasia ovárica, atrofia vaginal que impide la correcta penetración del pene entre otros factores.

Si estos trastornos no pueden superarse con tratamiento, se puede realizar una inseminación artificial con semen. En base a esto, la inseminación artificial es una herramienta que puede ser usada más en condiciones específicas que amerite el caso. El conflicto se da cuando es realizado en contra de la voluntad de la mujer o sin su conocimiento, al respecto es importante precisar que existen subdivisiones respecto a la legalidad de la inseminación artificial entre los que destacan:

1. Los que intentan restringir cualquier práctica de inseminación artificial sin importar las razones por las cuales se da la misma.
2. Los que aceptan la práctica cuando es homóloga y ven como ilícita a la heteróloga.
3. Los que aceptan la práctica heteróloga.

Esta postura se basa mucho en las creencias morales o religiosas de la persona y se la ve como una prohibición completa hacia la inseminación artificial. Manuel Batlle, alega que

²⁷ Jodi Madeira, "Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud from Patient Experience to Legal Reform", 110.

²⁸ Eduardo Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina -Proyecciones Jurídicas* (Buenos Aires: Editorial Astra, 1978) 79-80.

"la práctica de la inseminación artificial en la mujer la consideramos 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 hechos"²⁹.

Para Richard Sturn, la inseminación artificial heteróloga atenta a la dignidad humana, mientras que la inseminación artificial homóloga persigue el fin de procrear descendencia a los cónyuges que no la pueden lograr mediante la cópula normal. Por lo que debe ser considerada de modo completamente distinto³⁰. En este pensamiento se nota como solo se la justifica como último medio para parejas que no han podido concebir por el método tradicional.

Morris Ploscowe, manifiesta que "la ley criminal no debe prohibir la inseminación artificial, salvo en los casos en que la citada intervención sea practicada sin el consentimiento del marido". Para esta forma en concreto, el consentimiento es primordial para la realización de la inseminación artificial, por lo que se necesita un consentimiento explícito por parte del marido, según lo mencionado por Ploscowe. Durante años se debatió sobre el consentimiento de los cónyuges, ahora este consentimiento informado se debe realizar por parte de la mujer.

6. Desarrollo

Los derechos reproductivos se pueden delimitar como el derecho de las personas de poder definir a cantidad de hijos, la separación de tiempo entre ellos, tener la información necesaria para poder tenerlos sin sufrir discriminación ni violencia. Bajo esta lógica, se ha reconocido diversas formas de poder ejercer estos derechos, protegiendo la libertad, dignidad e individualidad de los individuos.

Los derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador están reconocidos en la Constitución como derechos ligados a los principios de libertad de igualdad. Esto implica una protección constitucional de la autonomía del ser que protege de forma expresa la

²⁹Richard Sturn. "Les infractions contra la famille et la moralité sexuelle en Droitelge", *Revue Internationale de Droit Penal* (1964), 546.

³⁰Manuel Baile. "La Eutelegenesia y el Derecho", *Revista- General de la Legislación y Jurisprudencia* (1949), 670.

capacidad de este de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva³¹.

Bajo esta lógica, resulta importante aclarar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce los métodos de reproducción asistida como parte del ejercicio de los derechos relativos a la libertad sexual y reproductiva. En el contexto de la presente disertación, se analizará la práctica de la inseminación artificial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como sus consecuencias jurídicas.

La inseminación artificial es un método de reproducción asistida que se clasifica en heterólogas y homólogas en función del semen del donante. Es de carácter homóloga cuando el semen es del marido o pareja estable de la mujer receptora y heteróloga cuando el semen es aportado por un tercero³².

Esta práctica médica no se encuentra contemplada de forma expresa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo principalmente reconocida como parte de los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la legislación penal ecuatoriana ha determinado a la inseminación artificial como penalmente relevante, ello en observancia del consentimiento³³

En este orden de ideas, es importante señalar que según el literal h del artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud, la autonomía de la voluntad del paciente es esencial para que el paciente, ya sea de manera escrita o verbal, tome una decisión con respecto a su estado de salud, con excepción en casos de emergencias donde está en peligro su vida. Esto implica que las personas no pueden ser sometidos a prácticas o procedimientos que no hayan sido previa y expresamente consentidos.

Para María Paulina Araujo, la determinación de la autonomía de la voluntad del paciente se centra en el conocimiento suficiente para tomar las decisiones, que la intención,

³¹ Artículo 66, numeral 10, Constitución de la República del Ecuador, R.O Suplemento 449, de 20 de octubre de 2008.

³² Iván Escobar Fornos, “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro)”, *Cuestiones constitucionales* 16 (2014), 143-144.

³³ Artículo 171, COIP.

la comprensión se relacionen, la no coacción interna y la coacción externa³⁴. Bajo esta lógica, el tipo penal se concreta cuando la reproducción asistida se realiza sin el consentimiento de la persona.

Dentro de la doctrina, se considera que el delito de inseminación artificial no consentida es pluriofensivo, por cuanto vulnera diversos bienes jurídicos protegidos con la mera ejecución del acto. Esto implica una vulneración directa de la libertad sexual y reproductiva, dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad³⁵.

Dicha vulneración a los bienes jurídicos previamente mencionados ha sido recogida por la legislación penal ecuatoriana, de tal forma en que se establece una pena privativa de la libertad mayor si la víctima no posee capacidad para comprender el significado del hecho o no puede resistirse al mismo³⁶. En este sentido, el tipo penal previamente mencionado comparte este elemento con el tipo penal de la violación en función de que el consentimiento de la víctima se vea viciado o limitado tanto por la violencia, privación del sentido, intimidación, engaño, etc³⁷.

Por lo anteriormente expuesto, resulta oportuno analizar el consentimiento dentro del cometimiento del acto dentro de la inseminación artificial. En términos generales la doctrina ha definido el consentimiento como una voluntad de permiso aceptación, anuencia o beneplácito³⁸ que una persona otorga a otra sobre la realización de un acto.

En materia penal, el consentimiento es la manifestación del acuerdo de un particular de la realización de una conducta típica sobre la persona que lo otorga³⁹. Esto implica que el objeto del consentimiento en materia penal radica en la renuncia expresa de la protección jurídica de un bien jurídico protegido.

³⁴ Paulina Araujo Granda, *Vademécum de responsabilidades del área de la salud en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015).

³⁵ Ulises Mejía Rodríguez, José Bolaños Cardozo, Alex Mejía Rodríguez, “Delitos Contra la Libertad Sexual”, *Acta méd. Peruana* 32 (2015), 171.

³⁶ Artículo 164, COIP.

³⁷ Pedro Ángel Rubio Lara, “La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto”, en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (2005), 255.

³⁸ Jaime Ríos, “El consentimiento en materia penal”, *Polít. crim.* 1 (2006), 5.

³⁹ *Ibidem*, 6.

Esta renuncia de tutela no se entiende absoluta por cuanto la persona que otorga puede restringir el mismo a la realización o no de un acto⁴⁰. En este sentido, el consentimiento debe ser otorgado de forma previa al acto que se realiza, determinando las conductas posibles y permisibles a ejecutarse en función de este.

La doctrina penal ha establecido requisitos del consentimiento para la realización de un acto penalmente relevante. En este sentido, para que el consentimiento sea válido se necesita de: i) la titularidad del bien jurídico protegido, ii) capacidad, iii) libertad y conciencia y iv) exteriorización⁴¹.

Al respecto del primer requisito, la doctrina ha establecido que el consentimiento debe ser prestado por el titular del bien jurídico a ser afectado, salvo los casos de incapacidad relativa que limitan el goce de derechos⁴². El segundo requisito, relativo a la capacidad, requiere que el titular del bien jurídico protegido pueda comprender la totalidad de los beneficios o perjuicios que el acto pueda acarrear⁴³.

Por otra parte, el tercer requisito establece que el otorgamiento del consentimiento debe darse sin engaño, coacción o violencia, siendo este una manifestación fidedigna de la voluntad del otorgante⁴⁴. El cuarto requisito constituye la forma de manifestación en la cual se plasma la voluntad del otorgante y permite vincular al titular del bien jurídico con las consecuencias y la voluntad en sí misma⁴⁵.

En el contexto de la presente disertación, la manifestación del consentimiento de la mujer receptora de espermatozoides resulta fundamental para la licitud de la práctica de inseminación artificial, por cuanto deben concurrir los elementos previamente descritos. Bajo esta lógica, se puede afirmar que el consentimiento no puede tomarse como presunto al ser este una manifestación pura de la voluntad de la receptora⁴⁶.

7. Derecho Comparado

⁴⁰ Jaime Ríos, “El consentimiento en materia penal”, 7

⁴¹ *Ibidem*, 8.

⁴² *Ibidem*, 8.

⁴³ *Ibidem*, 8.

⁴⁴ *Ibidem*, 11.

⁴⁵ *Ibidem*, 12.

⁴⁶ Gabriel Darío Jarque, “La relevancia penal del consentimiento”, *Revista de Derecho Penal Rubinzal- Culzoni* (2013), 3.

Para comprender de mejor manera podemos ver el caso de España, que en 1995 modifica el artículo en cuestión y cambian “inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer” por “reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento”, que engloba en su totalidad las formas en las que se podría llevar a cabo el delito y así sí poder reparar a la víctima de la forma en la que haya sido vulnerada. Adicionalmente, tipifican que, en caso de ser trabajador del área de la salud, este será inhabilitado de su cargo de uno a cuatro años⁴⁷. Este delito se encuentra en el título V del Libro II del Código Penal, y está en delitos relativos a la manipulación genética⁴⁸.

Lo mismo sucede con países como Francia y Alemania. En Colombia el Código Penal dicta en el art. 280 “El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años”, al igual que la de Ecuador, al o incluir otros métodos de reproducción asistida, da cabida a la impunidad, ya que “no hay delito sin ley previa”⁴⁹.

En Italia, en los años cuarenta se consideraba que las mujeres que realizaban sobre sí mismas la inseminación artificial con semen que no era de sus maridos era un delito moralmente repudiable, por lo cual se sancionaba tanto a la mujer, al donador y al practicante de la salud que realizó el acto de inseminar a la receptora. Por otra parte, en Colombia, cuando introdujeron el delito de inseminación no consentida por primera vez al Código Penal, estipularon que quien insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento tendrá prisión de cuatro meses a un año, con el tiempo esto ha venido cambiando y la pena ha aumentado, definiéndolo como delitos contra la libertad individual, si la mujer era casada y el semen no era del marido, la pena se agravaba y aumentaba a seis años.

Uno de los casos más conocidos a nivel internacional, fue el caso de la violación múltiple de una joven de dieciocho años en Pamplona, España, por parte de cinco hombres en las fiestas de San Fermín en la madrugada del 7 de julio de 2016, también denominada “La Manada”. La víctima denunció a los agresores por violación, sin perjuicio de aquello,

⁴⁷ Gabriel Darío Jarque, “La relevancia penal del consentimiento”, 5.

⁴⁸ Arantza Libano Beristain, “El Delito de Reproducción Asistida No Consentida”, en *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales*. Adaptado a la reforma del Código Penal, ed. A. Libano (Barcelona; Bosch Editor, 2011), 95-100.

⁴⁹ Alejandro Ayala Gonzalez, “El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos* 8 (2018): 15-16.

durante varios años se llevaron a cabo audiencias bajo el tipo de abuso sexual. Este caso fue sentenciado por el Tribunal Supremo de España como violación, esto generó debate sobre el consentimiento en materia penal.

En el Código Penal español, se divide el delito de sexo sin consentimiento en abuso y agresión sexual, esta última requiere la existencia de violencia e intimidación. Los policías en el informe de los videos grabados por los individuos, demuestran que la víctima no tenía una “actitud participativa”⁵⁰. La sentencia dictada menciona que la víctima no consintió el hecho y fue agresión sexual.

La sentencia número 344/ 2019 expone que los perpetradores “obraron con pleno conocimiento de que las acciones que estaban llevando a cabo atentaban contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, sin que en ningún momento ésta prestara su consentimiento⁵¹” debido a que el silencio de la joven víctima solo se podía interpretar como negativa, al estar acorralada por cinco hombres en un lugar alejado y en estado de shock, por lo que sí se puede considerar un mecanismo intimidatorio.

Lo mismo sucede con la inseminación no consentida, al inicio, en España consideraban que no era violación porque no existía intimidación por parte de la víctima, pero al existir una situación de poder, entendemos que la mujer se ve afectada directamente por que no existe consentimiento libre y válido por su lado y queda en indefensión su bien jurídico protegido, en este caso su libertad sexual. Se habla sobre el estado de intimidación y cómo, aunque este no es invencible, sí es eficaz, lo mismo sucede en los casos analizados, ya que la víctima se encuentra en indefensión, donde evidentemente no puede mostrar actitudes “heroicas”⁵² ya que le generarían mayores daños.

A raíz de los hechos suscitados en el caso de “La Manada” provocaron cambios dentro del ordenamiento jurídico español. Esto permitió evidenciar la condición mínima de suficiencia que debe existir en el consentimiento para el cometimiento de un acto.

⁵⁰ Diario La Sexta, Consulta la sentencia íntegra contra 'La Manada': "La víctima fue objeto de al menos diez agresiones sexuales, (Madrid, 2019).

⁵¹ Sentencia No. 344/2019, Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, 4 de julio de 2019.

⁵² Id.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual planteó una reforma al Código Penal español eliminando distinción entre agresión sexual y violación en función del consentimiento. Esta ley establece que el consentimiento debe entenderse como existente cuando se haya manifestado libremente mediante actos que expresen de forma clara e ineludible la voluntad de la persona⁵³.

8. Conferencias internacionales

En la conferencia Internacional de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos del hombre de 1968, especifica que existe el derecho de los padres de poder escoger el número de hijos y cada cuanto tiempo los quieren tener. Al igual que en 1974 en la Conferencia Intergubernativa de la Organización de las Naciones Unidas, se enfatiza lo mismo y, adicionalmente, demuestra que las personas deben tener acceso a la información y a los medios para llevar a cabo esto. La Conferencia Internacional de Mujeres de 1975 en ciudad de México, al igual que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, por la Asamblea General en New York, donde menciona que todos los estados parte deben eliminar todas las formas de discriminación, entre esas, el desarrollo integral de las mujeres y las reproductivas.

Posteriormente, en 1984 en la II Conferencia Internacional sobre población en ciudad de México, y en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Nairobi en 1985, destacaron de gran manera defender los derechos sexuales y los reproductivos, para ser tratados desde el enfoque de los derechos humanos. Las Conferencias de El Cairo de 1994 y la de Pekín de 1995, sentaron las bases fundamentales para la protección de los derechos reproductivos de las mujeres, donde se comenzó a defender la idea de que las mujeres tienen el derecho a tener control sobre su vida sexual, donde engloba tanto la salud sexual como la reproductiva. Estas conferencias provocaron que los Estados se vean en la obligación de defender y hacer defender los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, ya sea en casos de violación o también de inseminación artificial no consentida.

9. Sentencia CASO No. 34-19-IN Y ACUMULADOS

⁵³ Disposición final cuarta, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, BOE 215, de 07 de septiembre de 2022.

El 28 de abril de 2021, cuya jueza ponente es Karla Andrade, se menciona que la inseminación forzada se podría enmarcar en el delito de violación ya que no se toma en cuenta el consentimiento de las mujeres. La sentencia se centra en el análisis constitucional del libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y la no discriminación a la mujer. En la sentencia, menciona que Marco Proaño, Procurador General del Estado, considera que la demanda carece de contundencia cuando se habla de inseminación artificial, ya que no se comenta si es in vitro, artificial o carnal.

Aquí un grave error, ya que la inseminación artificial se realiza a partir del método in vitro al introducir la pipeta en la vagina. Lo que sí se debe mencionar es que se consideraría violación ya sea por inseminación artificial o fecundación artificial no consentida. Señalan que tal como en los casos de violación, esto sería producto de anular el consentimiento de las mujeres.

En virtud de lo anteriormente expuesto se ha concluido que: “En tal sentido, se encuentra que esta conducta se podría enmarcar en el delito de violación pues su tipificación incluye la posibilidad de que este se produzca a través de la introducción de objetos vía vaginal”⁵⁴, por lo que al no existir consentimiento de la mujer y ser penetrada por un objeto, la pena aplicable sería la estipulada en el artículo de violación.

En este sentido, el acto de la inseminación se produce mediante la introducción de objetos por vía vaginal, de forma en que: “b) respecto de la inseminación forzada que (...) aun cuando la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP, esta conducta se enmarcaría en el delito de violación”⁵⁵ y que, al no estar específicamente tipificado, no puede ser analizado por sentencia que analiza la constitucionalidad. Sin embargo, la norma concreta en el Código Orgánico Integral Penal es el art. 164 sobre inseminación no consentida, por lo que sí se podría analizar y posteriormente derogarlo, por la similitud en la forma en la que está tipificado con el delito de violación en el Código Orgánico Integral Penal. “Una mujer que ha consentido en ello” demostrando la importancia

⁵⁴Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, 45.

⁵⁵ Ibidem, 88.

del consentimiento expreso y directo de la mujer tanto en violación como en inseminación no consentida.⁵⁶

10. Comparativa con el artículo de violación

La inseminación artificial es el método de reproducción asistida más longeva, donde en lugar de existir relación sexual entre dos personas, se introduce con una pipeta (un objeto) el semen en la cavidad vaginal de la mujer. Para la congresista estatal de Texas, Estados Unidos, Stephanie Klick quien es enfermera “Hay un aparato médico que se usa para penetrar a las mujeres para implantar material genético [...] para mí sí tiene equivalencia con una violación porque no es un acto consentido”⁵⁷.

Existen varios puntos de análisis, el primero que podemos entender es la tipificación, si la violación en también la introducción de un objeto por la cavidad vaginal, la inseminación sí sería parte de este artículo. Adicionalmente, podemos encontrar que en ambos casos hablamos de la falta de consentimiento expreso de la víctima, lo que no solo acarrea consecuencias físicas sino también mentales.

El daño psicológico se basa en gran manera en la violencia sexual que vivieron las victimas tanto en los delitos de violación como en el delito de inseminación artificial no consentida. El problema principal es que, al ser un problema de salud pública, debe ser reparado de forma efectiva por los daños que produce. Para doctrina, la violencia sexual es “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo, que cause lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”⁵⁸.

Según la doctrina penal, la violación se basa en la penetración sexual sin el consentimiento de la víctima en la vagina o el ano, “o cualquier objeto utilizado”. En España usan el término “invasión” para no relacionarlo con la sola penetración de hombre a mujer y la utilización de objetos⁵⁹.

⁵⁶ Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, 88.

⁵⁷ New York Times, Las mujeres eligieron donadores, pero los médicos las inseminaron con su propio esperma, (New York, 2019).

⁵⁸ Ulises Mejía Rodríguez, *et al.*, “Delitos Contra la Libertad Sexual”, 170.

⁵⁹ Gisbert Calabuig y Enrique Villanueva, “Delitos contra la libertad sexual”, en Medicina legal y toxicología, ed. de Gisbert Calabuig y Enrique Villanueva (Barcelona: Masson; 1998), 495-514.

El daño psicológico y las secuelas que viven las mujeres no fue analizado hasta que los grupos feministas demostraron por medio de evidencia la posibilidad del grave daño que sufrían consigo mismas, con su cuerpo, con los demás y con su sexualidad. Se tiende a presentar una neurosis traumática, la cual se caracteriza por ser síntomas que se presentan posterior al hecho que atentó contra su vida y su integridad, tal como es el caso de la inseminación artificial no consentida. Las mujeres intentan borrar de sus mentes las ideas traumáticas reviviendo los sentimientos ahora, por medio de esto se demuestra que en el peor de los casos pueden quedarse embarazadas, lo que, al ser por medio de inseminación artificial, sería mucho factible la concepción⁶⁰.

Para Lore Aresti, las mujeres son completamente distintas, comenta que mujeres piensan que, al encontrarse en una situación similar, pondrían resistencia y lucharían, pero esto no siempre es así, muchas veces se encuentran en momentos donde psicológicamente no pueden dar una respuesta y solo se quedan sin poder hablar experimentando parálisis. También hay casos en que las mujeres se encuentran en una situación de tanto estrés que actúan como si nada pasará, como único medio de poder afrontarlo⁶¹.

Para propósitos de la presente investigación, se dividirá el análisis de la inseminación no consentida en dos aristas. La primera cuando la mujer acepta el acceso de un objeto y, la segunda, cuando no acepta la introducción de ningún objeto en la cavidad vaginal.

En el primer caso, se toma en cuenta el consentimiento expreso de la mujer para someterse a un procedimiento determinado o el propio acto sexual y esta entiende a plenitud las consecuencias jurídicas del mismo, para verbigracia los procedimientos médicos de revisión rutinaria, la implantación de un método anticonceptivo que requiera su introducción en la cavidad vaginal o el coito. Bajo esta lógica, el consentimiento de la mujer es suficiente y válido en tanto se realicen los actos que ha entendido y aceptado someterse, siendo cualquier otro acto o procedimiento ajeno a la voluntad de la otorgante una vulneración a su libertad sexual y reproductiva penalmente relevante.

Un ejemplo para poder comprender esto de mejor manera es el caso de violación en la que se vio envuelto Julian Assange, cuando la mujer accedió a tener relaciones sexuales

⁶⁰ Lore Aresti, *La violencia impune* (Nuevo León: Editorial Universitaria, 1997), 32.

⁶¹ Lore Aresti, *La violencia impune*, 31.

con el pero no accedieron a tener relaciones sexuales sin condón, por lo que fueron a juicio por el delito de violación, por cuanto la mujer no consintió la introducción del miembro viril sin un condón. De lo anteriormente expuesto se puede colegir que el consentimiento se fundamenta tanto en la manifestación expresa del mismo y la coherencia del acto que se ejecuta con el acto que se entiende y se consciente.

Por otro lado, la segunda arista se fundamenta en no aceptación de introducción de objetos en la cavidad vaginal de la mujer. En este sentido, los actos realizados configuran de forma expresa el delito de violación de conformidad con lo establecido en la legislación penal ecuatoriana⁶².

Esto puede ocurrir cuando la mujer autoriza la realización de determinados actos sobre si misma que no impliquen penetración alguna sea con un órgano genital masculino o un objeto cualquiera, siendo el consentimiento un concepto relevante para establecer una sanción penal.⁶³ En este sentido, se puede afirmar que el consentimiento es la manifestación de voluntad generado por una persona capaz que consciente de sus capacidades, de manera libre y expresa, pronuncie sus intereses sobre determinado asunto, por la cual una persona crea un vínculo jurídico⁶⁴.

Al respecto del consentimiento, la Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 13-18-CN/21 del 15 de diciembre de 2021, ha establecido que el consentimiento en menores de edad es irrelevante, menos en los casos de mayores de 14 años se estén en capacidad de consentir una relación sexual. Para esto se deben cumplir con ciertos parámetros, el primero es que el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria y autónoma, sin violencia amenaza y coerción, sin la existencia de relaciones desiguales de poder o asimetría en las relaciones de poder, como doctor - paciente, ya que le brinda confianza que existe entre el supuesto sujeto pasivo y el sujeto activo.

En este contexto, Ramiro Ávila en su voto concurrente afirma que hubiese sido ideal establecer que los jóvenes poseen el consentimiento para tener relaciones sexuales y que solo

⁶² Artículo 171, COIP.

⁶³ Gabriel Darío Jarque, “La relevancia penal del consentimiento”, 35.

⁶⁴ Ibidem, 36.

en caso de ser necesario, se debería consultar con un psicólogo encargado con esta área para observar si existen conflictos para otorgar el consentimiento.⁶⁵

Por lo anteriormente expuesto, queda claro que el consentimiento es de suma importancia no solo dentro de los menores de edad, sino que en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad en general. En este contexto, la Corte ha establecido que se debe realizar un análisis en función de la diferencia etaria, el sexo, la experiencia, el contexto económico, social y cultural para obtener una apreciación sobre el consentimiento. Tal como lo ilustra la sentencia “Tengo claro que, cuando no hay consentimiento, a cualquier edad, se trata de violación”⁶⁶.

En este sentido, la inseminación no consentida resulta penalmente relevante debido a la carencia de consentimiento que existe en el acto, por lo cual se establece una pena en función de la relevancia del bien jurídico protegido. En Ecuador, la sanción establecida en la legislación penal⁶⁷ resulta insuficiente en función de la vulneración que se genera a la dignidad humana, por cuanto no establece medidas adicionales en función de la especificidad del sujeto activo de la infracción.

En los Estados constitucionales, la pena constituye una respuesta legítima por parte de la administración pública para la protección de los bienes jurídicos penalmente relevantes. En este orden de ideas, la pena es concebida como la efectiva privación de la libertad⁶⁸ que, mediante la prevención general⁶⁹ busca evitar el cometimiento de delitos a la vez que promueve la rehabilitación y reinserción de los individuos infractores sin dejar de lado los derechos de las víctimas.

11. Conflictos

Uno de los principales problemas de la inseminación no consentida radica en el embarazo o no de la mujer receptora. Al respecto la doctrina ha señalado que para que se

⁶⁵ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, 30.

⁶⁶ Ibidem, 32.

⁶⁷ Artículo 164, COIP.

⁶⁸ Artículo 51, COIP.

⁶⁹ Artículo 52, COIP.

configure el tipo penal no es necesario que se produzca el embarazo, basta con que se introduzca la esperma dentro del conducto vaginal.

En este contexto, el delito de inseminación no consentida presenta una complejidad probatoria sobre la materialidad del acto en la cual no se puede demostrar más allá del testimonio sobre la introducción del semen o no dentro de la receptora. Sin embargo, esto no impide la realización de un examen pericial en el cual se determine si existió penetración o no en la mujer receptora, por cuanto este examen permite comprobar de forma científica el cometimiento del delito previamente mencionado⁷⁰

Por otro lado, el elemento objetivo del tipo penal permite establecer condiciones especiales sobre el sujeto activo que pueden o no realizar la acción de la inseminación no consentida. Al respecto, se puede afirmar que el sujeto activo de la infracción penal es un sujeto calificado, por cuanto los verbos rectores establecidos en el COIP establecen acciones que requieren capacidad técnica.

En este sentido, inseminar o transferir un óvulo fecundado, son acciones que requieren conocimiento técnico científico por parte de quien lo realice, por lo cual, en observancia de lo establecido dentro del artículo 164 COIP, se puede afirmar que el sujeto activo de la infracción necesariamente debe ser un profesional de la salud. Ahora bien, esta calificación especial del sujeto activo de la infracción penal no ha constituido agravante dentro de la aplicación de la pena que establece la norma *eluden*.

Al respecto del elemento subjetivo del tipo penal previamente mencionado, resulta importante señalar que la propia norma penal establece la naturaleza dolosa de los delitos contenidos en la misma, sin perjuicio de que la precitada norma, reconozca la naturaleza culposa de algunos tipos penales⁷¹. En este sentido, el delito de inseminación no consentida es un delito doloso, por cuanto el sujeto activo de la infracción penal actúa con la intención positiva de irrogar un daño al sujeto pasivo⁷².

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, al establecerse como condición necesaria para la ejecución del tipo penal, la penetración del canal vaginal de la mujer, el tipo contenido

⁷⁰ Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV* (Guayaquil: Ed. Edino, 2004), 3.

⁷¹ Artículo 27, COIP.

⁷² Artículo 26, COIP.

del artículo 164 del COIP podría incorporarse como agravante dentro del artículo 171 de la norma precitada. En este sentido, la incorporación de la inseminación no consentida a los agravantes penados con la pena máxima del precitado artículo⁷³ permite establecer una protección suficiente y necesaria tanto a la integridad física como a la libertad sexual del sujeto pasivo de la infracción.

En este orden de ideas, la incorporación de la inseminación no consentida dentro del tipo penal de violación debe realizarse tomando en cuenta los elementos particulares del tipo penal. Al respecto, se puede afirmar que, dentro de la configuración legal del tipo de violación, la inseminación no consentida podría ser considerada una circunstancia modificatoria de la infracción, por cuanto esta comprende una serie de elementos accidentales⁷⁴ que no alteran la sustancia del tipo penal violación.

Por lo anteriormente expuesto, resulta coherente afirmar que la incorporación de la inseminación no consentida como un agravante al tipo penal de violación, requiere una sanción penal orientada a limitar el ejercicio de funciones del sujeto activo de la inseminación no consentida. Bajo esta lógica, se debe establecer de forma expresa una prohibición de ejercicio de profesión, arte u oficio al sujeto activo de la conducta descrita en el artículo 164 del COIP.

12. Conclusión

Hemos visto a lo largo del trabajo que el artículo 164 de inseminación no consentida tiene muchos conflictos en su fondo. Pudimos descubrir la errónea confusión entre inseminación y fecundación no consentida, la cual no está de forma correcta estipulada, ya que una nos habla de la introducción de semen en el canal vaginal y la otra sobre la penetración por medio de una pipeta con un óvulo fecundado. Adicionalmente, la similitud con la que está tipificado el artículo de violación debido a que el Código Orgánico Integral Penal señala que es violación la introducción por vía vaginal o anal de objetos a una persona de cualquier sexo y para realizar la inseminación se debe introducir la pipeta por vía vaginal,

⁷³ Artículo 171, COIP.

⁷⁴ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General, 5º edición* (Barcelona: Ed. Tecfotó, Barcelona, 2003), 638.

por lo que sí entendemos textualmente la forma en la que está descrito, la inseminación artificial no consentida sería violación.

Al existir una situación desigual de poder, entendemos que podría existir intimidación por parte del médico a la paciente, se consideraría la indefensión en la que se encuentra la mujer. Adicionalmente, en caso de ser considerado como delito de violación se establecerá la pena más alta por el inciso 4 en el que estipula que, al ser profesional de la salud encargado del chequeo o cuidado de la víctima, se aplicará el máximo de la pena, es decir, veintidós años.

Por lo anteriormente expuesto, el tipo penal engloba de mejor manera el elemento objetivo de la inseminación no consentida, por cuanto establece como requisito material la penetración de los labios vaginales de la mujer, así como el consentimiento expreso a la realización del acto de inseminación. En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso No. 34-19- IN y Acumulados, donde enfatiza que la inseminación no consentida debería pertenecer al artículo de Violación en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Es importante enfatizar en la protección de los derechos de las mujeres ha aumentado en los últimos años a causa de movimientos sociales, sentencias de altos tribunales y tratados internacionales donde han mejorado la calidad de vida y han velado por la dignidad, la libertad sexual y física de las mujeres. Bajo este orden de ideas, resulta pertinente mencionar que la mejor forma de reparar a las víctimas, en caso de que llegase a suceder un caso, es mediante la imposición de una pena que corresponda a la gravedad del acto que vulnera los derechos que busque la justicia social y la reparación integral de la mujer agraviada.

13. Recomendación

Tomando en cuenta el análisis dogmático jurídico realizado en los acápites que anteceden resulta importante enfatizar en la consolidación de la inseminación no consentida dentro del tipo penal de violación. Esto se lograría considerando las proposiciones que componen el elemento objetivo de la inseminación no consentida como un agravante modificador de infracción, por cuanto para la consolidación del acto de inseminación se necesita penetrar a la mujer por medio de un objeto.

Adicionalmente, en virtud de las vulneraciones a los derechos de las mujeres víctimas del delito de inseminación consentida, se debería considerar aumentar una pena de carácter administrativo que prevea la participación de un profesional de la salud en el cometimiento del delito. En este sentido, la pena administrativa recaería en una prohibición de ejercer la profesión, perdiendo su acreditación y licencia dentro del órgano regulador de la misma.