

GÉNERO Y  
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

# GÉNERO Y DERECHO PENAL

## Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena  
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo  
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto  
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes  
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •  
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas  
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina  
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia  
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

**JOSÉ HURTADO POZO**

Director

**LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI**

Coordinadora



**BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

**Centro Bibliográfico Nacional**

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

**BNP: 2016-1899**

## **GÉNERO Y DERECHO PENAL**

### **Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne**

**Autor:**

© José Hurtado Pozo, 2017

**Director:**

© José Hurtado Pozo, 2017

**Coordinadora:**

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

**Copyright 2017**

Instituto Pacífico S.A.C.

**Diseño, diagramación y montaje:**

Luis Ruiz Martínez

**Edición a cargo de:**

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: [prerensa@aempresarial.com](mailto:prerensa@aempresarial.com)

Tiraje: 2000 ejemplares

**Registro de Proyecto Editorial:** 31501051601382

**ISBN:** 978-612-4328-58-9

**Hecho el Depósito Legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N.º:** 2016-16667

**Impresión a cargo de:**

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

## DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN HUMANO. EJEMPLO SUIZO

Luis Navas Taylor

**Sumario:** I. Introducción. II. Política criminal. III. Movimientos de reforma. IV. Evolución legislativa. V. Procreación médica asistida. VI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La manera cómo debería regularse la represión del aborto fue objeto de amplia discusión durante el largo proceso de unificación del derecho penal suizo. En los diversos anteproyectos y proyectos, analizados por diversas comisiones, se plasmaron diversos criterios. Este proceso culminó con la redacción del proyecto definitivo de 1918, el que se transformó en el primer Código Penal Federal (1937), que entró en vigencia en 1942 vencido el plazo de *vacatio legis* estatuido para que los cantones modificaran sus legislaciones con miras a la aplicación de nuevo Código. En su art. 118 se adoptó una regulación flexible y de compromiso, partiendo del principio base del respeto estricto de la vida y considerando circunstancias particulares, principalmente la de índole terapéutica.

**El Código Penal, en su versión original, estatúa:**

**Art. 119 Aborto**

**Aborto cometido por la madre**

“1. La persona encinta que por sí misma o mediante un tercero se cause el aborto será sancionada con prisión”.

“2. La acción penal prescribe a los dos años”.

### **Art. 120 Interrupción impune del embarazo**

1. No existe aborto en el sentido del presente Código si el embarazo hubiera sido interrumpido por un médico diplomado, con el consentimiento escrito de la persona encinta y con la conformidad de un segundo médico, para descartar un peligro imposible ser evitado de otra manera y amenazando la vida de la madre o amenazando seriamente su salud de un daño grave y permanente.

La opinión conforme exigida en el inciso primero debe ser dada por un médico calificado como especialista en razón del estado de la persona encinta y autorizado de manera general o en cada caso particular por la autoridad competente del cantón en el que domicilia la mujer encinta o del cantón donde la operación se realizará.

Si la persona encinta es incapaz de discernimiento, el consentimiento escrito de su representante legal deberá ser requerido.

2. La aplicación de las disposiciones del art. 34, n. 2, queda reservada para los casos en que el embarazo es interrumpido por un médico diplomado y que se trata de descartar un peligro inminente, imposible de ser evitado de otra manera y amenazando la vida de la madre o amenazando seriamente su salud de un daño grave y permanente.

En este caso, el médico tratante debe, dentro de las 24 horas posteriores a la operación, informar a la autoridad competente del cantón donde la operación ha tenido lugar.

3. Si el embarazo ha sido interrumpido a causa de un estado de necesidad grave en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar la pena libremente (art. 66).

4. Las disposiciones del art. 32 no son aplicables.

## **II. POLÍTICA CRIMINAL**

Como es lógico la temática ha sido designada en el programa del certamen utilizando la terminología española. Así, se habla de los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Fórmula que reemplazó al rótulo de “Delitos contra las buenas costumbres”.

Cambio que refleja muy bien las preocupaciones y objetivos que han impulsado los procesos de reforma en esta materia. Así, en Suiza el rótulo “Delitos contra las buenas costumbres” ha sido substituido por el “Delitos contra la integridad sexual”; en Alemania se abandona el de “Crímenes y delitos contra las buenas costumbres” por el de “Infracciones contra la autodeterminación sexual” y en Italia se prefirió desplazar los delitos sexuales del Capítulo “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”, al Título “De los delitos contra la libertad per-

sonal”, de la Sección I “De los delitos contra la personalidad individual” del Capítulo III, “De los delitos contra la libertad individual”.

En Suiza, como en otras latitudes, las dificultades para precisar los comportamientos que deberían ser reprimidos se han reflejado siempre en la terminología empleada. A inicios del presente siglo, Hafter abordaba este problema afirmando, en primer lugar, que la expresión delitos de carne (*delicta carnis, Fleischverbrechen*) no se conformaba más a la manera de pensar de la época. Luego consideraba que, por restringida y ambigua, debía ser rechazada la fórmula delitos contra el honor sexual; ya que una lesión o puesta en peligro del honor, entendido como valor o prestigio social, no es una condición indispensable de los atentados en el ámbito de la sexualidad. Por último, estimó que la expresión, delitos contra el pudor o la moral sexual (*Sittlichkeitsverbrechen o vergehen*) tampoco era conveniente porque, comprendida como las buenas costumbres, era demasiado amplia en la medida en que no se limitaba al campo de la sexualidad. Hafter concluía sosteniendo que era preferible hablar de delitos contra la vida sexual (*Geschlechtsleben*).

La diversidad de expresiones utilizadas, en diversas épocas, para establecer los rótulos destinados a agrupar las infracciones sexuales muestra de manera evidente el contexto social, político y cultural propio a cada uno de los países. Contexto configurado por los ya mencionados cambios sociales y de mentalidad caracterizados por una progresiva liberalización en el dominio de la sexualidad.

### III. MOVIMIENTOS DE REFORMA

El *leit motif* que ha impulsado las diferentes corrientes reformadoras ha sido el de adecuar la regulación penal a los cambios sociales y de mentalidad producidos en este dominio; en particular, el de despojar dicha regulación de sus connotaciones moralizadoras para subrayar el criterio de que, sobre todo en este ámbito, solo deben considerarse como comportamientos penales aquellos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos relativos a la sexualidad.

Las reformas llevadas a cabo han sido condicionadas por los ya mencionados cambios sociales y de mentalidad, los mismos que se caracterizan por una progresiva liberalización en el dominio de la sexualidad. Uno de los factores primordiales es el papel jugado por los numerosos y diversos movimientos de mujeres, inspirados en las ideas de igualdad de sexos y de respeto de la libertad y dignidad de las mujeres.

Influencia presente en toda época y que se distingue por la concepción moral y política de las agrupaciones de mujeres. Por ejemplo, en Suiza, cuando se llevaban a cabo los trabajos preparatorios para la unificación del derecho penal, las entonces denominadas asociaciones de mujeres plantearon una serie de propuestas para que sean tomadas en cuenta por la Comisión de expertos. Así, por ejemplo, en 1916, las sociedades de mujeres exigían mayor severidad en la medida en que planteaban, por ejemplo, se elevase a 18 años el límite de protección respecto a los atentados contra el pudor en agravio de menores, se ampliase los criterios para admitir la reincidencia, se despojase de la patria potestad o del ejercicio de la tutela a todo condenado por delito sexual y se aumentasen en general los márgenes penales de las infracciones sexuales<sup>1</sup>.

Lo que pone en evidencia la concepción conservadora y muy influenciada por los criterios morales cristianos imperantes en la época. Fenómeno que vuelve a encontrarse en líneas generales en la última reforma, en la cual los movimientos más liberales no lograron ejercer una influencia significativa. Está demás recordar que esto es debido fundamentalmente al carácter conservador de la sociedad suiza, debido a su alto desarrollo económico y a su gran estabilidad social y política. Realidad que impide surjan y se desarrollen criterios externos y hace que la virtud esencial para resolver conflictos sea la búsqueda del consenso. Un detalle de esta realidad es el complejo sistema de la labor legislativa, en la que existen dos momentos claves: el primero, la fase de la consultación del proyecto definitivo a los diferentes sectores sociales, partidos políticos, instituciones académicas, asociaciones de interesados; el segundo, el derecho a exigir un referéndum para someter a la aprobación de los ciudadanos el proyecto aceptado en las cámaras parlamentarias.

Debido en gran parte a esta manera de regular las cuestiones relativas al aborto y, así mismo, al hecho que la aplicación de la ley estaba a cargo de los sistemas judiciales de cada cantón, se presentaron diferencias claras en la comprensión y aplicación de los textos legales. Llegando a su inaplicabilidad efectiva, como aparecía evidente en las estadísticas criminales. Situación considerada ampliamente insatisfactoria tanto por quienes promovían se reprimiera más efectivamente este comportamiento, para mejor proteger la vida, como por aquellos que proponían se relativizara la coerción penal con miras a reconocer más ampliamente la libertad de

---

1 PV III, 1913, p. 124 y s., p. 155

las mujeres a decidir sobre su embarazo. Planteándose un debate intenso y fuertemente influenciado por las convicciones íntimas de las personas sobre una cuestión que las concernía vitalmente.

La situación sufrió un cambio sustancial debido a la evolución de las concepciones de política criminal sobre el derecho a la vida y los derechos de las mujeres a desarrollarse su personalidad conforme a sus propios intereses y dignidad. A favor de esta orientación, se originó un movimiento tendiente a flexibilizar la rigidez de los sistemas represivos consagrados en las leyes penales<sup>2</sup>, considerando en especial la posición de la madre.

Estos cambios fueron debidos a numerosas circunstancias. Las modificaciones profundas de la sociedad moderna contribuyeron a un cambio sustancial de la manera de concebir el papel de la mujer dentro de la sociedad. Esta intensificó su participación en la vida económica y política, de manera a desplazar a un segundo nivel sus funciones familiares y maternas, que eran tradicionalmente consideradas como las esenciales, hasta las únicas. Una de sus principales reivindicaciones fue entonces la de decidir libremente sobre la procreación.

Además, los progresos de las ciencias médicas hicieron menos peligrosas las interrupciones del embarazo y relativizaron sensiblemente la frontera entre la concepción y el aborto. La represión devino menos eficaz por ser cada vez más complicado aportar las pruebas de maniobras abortivas.

Es de destacar igualmente el hecho que el uso masivo de medios anticonceptivos tiendan a convertir el acto sexual en un acto destinado fundamentalmente a la procreación<sup>3</sup>. Al respecto, se puede señalar la epidemia del SIDA como factor que ha banalizado el uso de preservativos, con evidentes consecuencias sobre la sexualidad en general.

Por último, a pesar del rigor, la represión penal establecida en el Código Penal no logró impedir el incremento de abortos clandestinos<sup>4</sup>, practicados con frecuencia en condiciones desfavorables y causantes de graves daños en la salud de las mujeres<sup>5</sup>. Sus disposiciones se convirtieron en letra muerta, pues la persecución y las condenas por aborto eran

---

2 Schwarzenegger / Heimgartner, 2007, vor art. 118 n.º 10-13.

3 Pablo VI, 1968, AAS 60; 1987.

4 Stamm, p. 59 y ss.; Cfr. Noll, 1983, p. 30.

5 Stratenwerth, 1995, § 2 n.º 14.



extremadamente raras<sup>6</sup>. En este contexto, las protestas y las cuestiones de las mujeres respecto al derecho a la maternidad encontraron medio propicio para desarrollarse y concretizarse.

De esta manera surgió la necesidad de revisar la regulación del aborto y el convencimiento de que las medidas preventivas deberían primar las de índole represiva, sin que esto signifique el debilitamiento de la protección de la vida embrionaria. En los párrafos siguientes, vamos a presentar esquemáticamente la evolución de las disposiciones relativas al aborto, mejor dicho conforme a la terminología nueva de la interrupción del embarazo.

#### IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En setiembre de 1971, una comisión de expertos procedentes de diversos sectores, fue constituida como resultado de intensas discusiones relativas al derecho a interrumpir el embarazo. Tenía el encargo de pronunciarse sobre la conveniencia de revisar los arts. 118-121 del Código Penal, entonces vigente<sup>7</sup>.

La iniciativa popular “a favor de la descriminalización del aborto” fue depositada el 1 de diciembre de 1971. En la que se pedía que se complete la Constitución con un art. 65 *bis*, en el que se previera: “que no se condene por la interrupción del embarazo”. En el mismo sentido, el 14 de diciembre del mismo año, el Gran Consejo del Cantón de Neuchâtel planteó mediante iniciativa cantonal para que la Asamblea Federal derogue los arts. 118, 119, 120 y 121 del Código Penal.

El pedido popular “si a la vida —no al aborto—, planteada el 13 de setiembre de 1972 al Consejo Nacional y al Consejo de los Estados, sostenía una posición diametralmente opuesta. Solicitaba a las autoridades de mantener y reforzar las disposiciones legales vigentes destinadas a proteger la vida del nuevo ser.

Entre estos extremos, otras dos posiciones se manifestaron públicamente. Una, en el sentido de prever la solución de los plazos, es decir una regulación según la cual toda interrupción del embarazo, practicada

---

6 Noll, 1983, p. 29 y s.; “sobre las cifras negras”; Stratenwerth, 1995, § 2 n.º 14.

7 La presentación constituye un resumen de los Mensajes del Consejo Federal siguientes: Message, 1974, p. 706 y ss.; Message, 1976, p. 778 y ss; Message, 1983, p. 1 y ss.; cfr. igualmente Rapport, 1979, p. 1021 y ss.

por un médico en determinado plazo posterior al inicio del embarazo, no fuera punible, sin necesidad de que se dé o no una circunstancia particular. La otra proponía ampliar la lista de circunstancias (indicaciones) permitiendo exceptuar de pena toda interrupción del embarazo.

Esta última propuesta fue materia, en especial, de una moción presentada, el 29 de junio de 1972, por el consejero nacional Eng: “El Consejo Federal es invitado a preparar propuestas tendientes a modificar los arts. 118 a 121 CP. Las nuevas disposiciones deberían permitir:

- completar la lista de casos a tener en cuenta de modo a prever medidas que impidan que el nuevo ser o —en caso de crimen— la mujer en cinta no sufra daños síquicos o físicos.,
- disminuir el número de abortos ilegales y lograr se apliquen de manera uniforme las disposiciones legales”<sup>8</sup>.

La comisión de expertos examinó los diversos aspectos de la nueva regulación de la interrupción del embarazo no punible y deliberó hasta febrero de 1973. De manera general, la comisión se pronunció tanto contra el mantenimiento del *statu quo* y contra la agravación de las penas establecidas en las disposiciones vigentes. Pero, al mismo tiempo, consideró que la solución propuesta por la iniciativa popular planteando la descriminalización del aborto y por la iniciativa del Cantón de Neuchâtel era inaceptable: la vida embrionaria debería ser protegida penalmente.

Estando las opiniones en el seno de la comisión fuertemente opuesta, esta decidió someter al Departamento Federal de Justicia y Policía tres proposiciones: una solución llamada de “plazos”, otra denominada “de las indicaciones” sin la indicación social y una tercera que comprendía esta última indicación.

Esta tercera propuesta autorizaba:

- la interrupción del embarazo por razones médicas en el sentido del derecho vigente,
- la interrupción del embarazo resultante de un acto de coacción punible de acuerdo con los arts. 187, 189 inc. 1, 190 inc. 1, 191 (indicación llamada jurídica o ética),
- la interrupción del embarazo en caso en que pueda preverse con gran verosimilitud que el nuevo ser estará afectado de lesiones físicas o síquicas graves y durables (indicación eugenésica).

---

8 Message, 1974, p. 711.

El médico debería, antes de la interrupción del embarazo, obtener el acuerdo de un segundo médico especialista (ginecólogo, genético, biólogo, según los casos), encargado de determinar si se daba la indicación médica o eugenésica.

La solución de las indicaciones, comprendiendo la indicación social, autorizaba, además de los casos indicados, la interrupción del embarazo por razones sociales, en el sentido de comprender los casos en los que resulta previsible con gran certeza que la continuación del embarazo hasta su culminación daría lugar a una estado de necesidad grave para la mujer encinta, imposible de evitar por los medios disponibles y si la intervención tiene lugar dentro de los doce semanas posteriores al inicio de las últimas reglas menstruales.

Por último, la solución de los plazos declaraba impune la interrupción del embarazo cuando esta fuera practicada por un médico diplomado autorizado por la autoridad sanitaria cantonal, en el plazo de doce semanas siguientes a las últimas reglas. Pasado este plazo, la interrupción del embarazo era permitida solo si se presentaba una indicación médica o eugenésica.

El 10 de julio de 1973, el Departamento Federal de Justicia y Policía abrió un procedimiento de consulta. La solución de las indicaciones sin la indicación social fue la mejor acogida por los sectores consultados. El segundo lugar la ocupó la solución de los plazos. Con mucho menor entusiasmo fue recibida la solución de las indicaciones con la indicación social.

El Consejo Federal, sin embargo, decidió concretar en su proyecto de ley<sup>9</sup> la solución con la indicación social. El Parlamento no realizó modificaciones importantes a este proyecto. La ley sobre la protección del embarazo y el carácter punible de su interrupción, del 24 de junio de 1977<sup>10</sup>, fue rechazada por votación popular del 28 de mayo de 1978.

Paralelamente a la discusión de este proyecto en el Parlamento, una iniciativa popular “por la solución de plazos” fue lanzada el 22 de enero de 1976<sup>11</sup>. La misma que fue rechazada el 25 de setiembre de 1977 en votación popular. En esta iniciativa, se proponía que la Constitución sea

---

9 Cfr. Message, 1974, p. 774.

10 FF 1977, vol. III, p. 92 y ss.

11 Cfr. Message, 1976, p. 778 y ss.

completada mediante un art. 34 *novies*: “La interrupción del embarazo no es punible cuando es practicada por un médico autorizado a ejercer la profesión, en las doce semanas después del inicio de las últimas reglas y con el consentimiento escrito de la mujer. La libertad de escoger el médico está garantizada. La Confederación toma, en colaboración con los cantones, las medidas necesarias para proteger la mujer encinta y promueve la planificación familiar”.

A pesar de estos dos rechazos populares, otras iniciativas de reforma, cuatro iniciativas parlamentarias y cuatro iniciativas cantonales<sup>12</sup> fueron depositadas. Como lo señaló Grobet, relator ante el Consejo Nacional, todas estas iniciativas, salvo una, “pedían al Parlamento que busque una solución federalista al problema de la interrupción del embarazo no punible, es decir, la libertad para los cantones que lo desearan de aplicar en su territorio la solución de ‘los plazos’”<sup>13</sup>. El Consejo Nacional se conformó con esta solución<sup>14</sup>. Esta solución federalista, considerada conforme con la Constitución, constituía sin embargo una desnaturalización de la unidad del derecho penal federal<sup>15</sup> y podía desembocar en una consolidación de la práctica de los cantones de tratar diferenciadamente los problemas del aborto. Fue rechazada por el Consejo de los Estados<sup>16</sup>.

Estas discusiones culminaron, el 9 de octubre de 1981, con la adopción de la Ley Federal sobre los centros de consultación en materia de embarazo y en la introducción en la Ley Federal sobre seguros de enfermedad de un artículo sobre las prestaciones que debían atribuir las cajas de seguros de enfermedad en caso de interrupción no punible del embarazo<sup>17</sup>. Así, de acuerdo con el art. 30 LAMal, el seguro obligatorio de tratamiento asume los costos como lo hace respecto a las prestaciones

12 Cfr. Rapport 1979, p. 1021 y ss.

13 BO CN, 1981, vol. I, p. 128.

14 BO CN, 1981, vol. I, p. 157 ss. y 167; Cfr. igualmente Schultz, RPS 99, 1982, p. 17 y s.

15 Schultz, 1982, p. 18; Cfr. BO CN, 1981, vol. I, p. 128 y s.; Por el contrario, según Gautier, autor de una de las iniciativas parlamentarias, la solución federalista remplace “la hipócrita fachada de la unidad del derecho penal mediante una disposición asegurando la transparencia de las instituciones” (BO CN, 1981, vol. I, p. 137).

16 BO CE, 1981, p. 359 y ss.

17 LF del 9 octubre 1981 modificando la Loi fédérale sur l'assurance-maladie e introduciendo el art. 12quater; ROLF, 1982, vol. I, p. 196 y s.; FF, 1981, vol. III, p. 216 y s.; Cfr. Locker, en Eser / Koch, p. 1538.

por enfermedad. Según el TF<sup>18</sup>, las cajas de seguros por enfermedad tienen el derecho de controlar si la interrupción del embarazo ha sido practicada “con la finalidad de descartar un peligro imposible a evitar de otra manera y amenazando la vida de la madre o seriamente su salud de una afectación grave y permanente”. Esta jurisprudencia limitaba de esta manera los alcances del art. 3 LAMal<sup>19</sup>.

Mientras que los debates en las Cámaras federales continuaban sobre las ocho iniciativas antes indicadas, una nueva iniciativa popular fue depositada el 30 de julio de 1980. Se trataba de la iniciativa “por el derecho a la vida”, relacionada con la cuestión de la eutanasia<sup>20</sup>.

La iniciativa era novedosa, esencialmente, por su definición de la duración de la vida. Según el segundo inciso del proyecto de la iniciativa, la vida comienza desde la “concepción”. En doctrina, se comprende en el sentido de la nidación, mientras que el comité promovedor de la iniciativa comprendía el término “concepción” en el sentido de fecundación del óvulo, lo que excluía la solución de los plazos.

El Consejo Federal opuso a esta iniciativa un contra proyecto, el mismo que se limitaba al reconocimiento expreso del derecho fundamental no escrito de la libertad personal<sup>21</sup>. Según el Consejo Federal, una solución de plazos a nivel de ley no era compatible con la disposición constitucional prevista en la iniciativa y que, por lo tanto, solo era posible insertarla mediante otra regla constitucional, como *lex specialis* de la primera. Pero, las Cámaras Federales eliminaron este contra proyecto y la iniciativa fue rechazada mediante votación popular del 9 de junio de 1985.

El 29 de abril de 1993, la consejera nacional Barbara Haering Binder propuso una iniciativa parlamentaria sobre la interrupción del embarazo bajo la forma de un pedido concebido en términos generales<sup>22</sup>:

“La reglamentación de la interrupción del embarazo debe ser revisada de acuerdo con los principios siguientes:

---

18 ATF 107, IV 99/JdT, 1982, IV 136. Esta sentencia concierne el art. 12quater de la derogada LAMal; es válida aún para el art. 30 LAMal.

19 Schultz, 1982, p. 18.

20 Message, 1983, p. 4.

21 Message, 1983, p. 23.

22 BO CN, 1995, vol. I, p. 339.

- la interrupción no es punible durante los primeros meses del embarazo (solución de plazos),
- después de vencido el plazo legal, la interrupción sólo puede ser autorizada si un médico confirma que ésta es la única medida capaz de descartar, de manera aceptable para la mujer, un peligro amenazando su vida o comportando un grave daño para su salud física o síquica”

Sostenida por 62 de sus colegas, la consejera fundamentó esencialmente la revisión de las disposiciones del Código Penal relativas al aborto mediante los argumentos siguientes:

- los arts. 118 a 121 CP son disposiciones superadas y no más aplicadas,
- una práctica más liberal de las interrupciones voluntarias del embarazo se presenta en la mayor parte de los cantones,
- la distancia entre la ley y la práctica conduce a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad,
- la tendencia general es la liberalización y la mayoría de los Estados europeos admiten la solución de los plazos, dejando a las mujeres la libertad de decidir ellas mismas de interrumpir su embarazo<sup>23</sup>.

La Comisión de asuntos jurídicos del Consejo Nacional, encargado de examinar previamente la iniciativa, se manifestó de acuerdo con los argumentos de Barbara Haering Binder. El 3 de febrero de 1995, durante los debates en el Consejo Nacional, el relator de la Comisión insistió sobre la desigualdad que produce el derecho vigente en relación con el aborto. La diferencia de los regímenes aplicables en los cantones conduce a un verdadero turismo del aborto, marcado por una fuerte concentración del fenómeno en las regiones urbanas, así las mujeres de condiciones modestas y que habitan en las regiones descentralizadas son discriminadas<sup>24</sup>. El Consejo Nacional aceptó, por mayoría estrecha (91 votos contra 85), el principio de la punibilidad de la interrupción del embarazo y autorizó que continúe el procedimiento de la iniciativa parlamentaria de Barbara Haering Binder.

En junio de 1996, en ocasión del 25 aniversario de la presentación de la iniciativa “Por la descriminalización del aborto”, el grupo de trabajo

23 BO CN, 1995, vol. I, p. 340.

24 BO CN, 1995, vol. I, p. 344.

“Interrupción del embarazo” planteó diversas reivindicaciones en materia de aborto, entre ellas la adopción de la ley sobre la práctica liberal en trámite y el derecho a la autodeterminación de las mujeres.

En su sesión del 30 de octubre de 1996, la Comisión de asuntos jurídicos del Consejo Nacional adoptó, por 15 votos contra 5, el proyecto de ley federal relativa a la iniciativa parlamentaria “Interrupción del embarazo. Revisión del Código Penal”. Este proyecto preveía que la interrupción era legal si era practicada a pedido de la mujer encinta, dentro del plazo de 14 semanas contadas a partir de las últimas reglas y con la participación de un médico diplomado.

El 19 de noviembre, una nueva iniciativa popular fue planteada por la asociación “Ayuda suiza a favor de la madre y el niño”, lo que relanzó el debate. El 23 de marzo de 2001, las Cámaras Federales formularon un contraproyecto y se pronunciaron a favor de una revisión de las disposiciones del Código Penal, mediante la inserción del sistema de plazos. Aprobado por el pueblo en las votaciones del 2 de junio de 2002 el nuevo derecho de la interrupción del embarazo entró en vigencia el 1 de octubre de 2002.

El hecho que el legislador haya omitido, una vez más y de acuerdo con la legislación anterior, prever la represión del aborto provocado por culpa<sup>25</sup>, recuerda la diferencia existente entre las valoraciones implícitas a las normas que protegen, por un lado, la vida embrionaria y, por otra, la vida humana<sup>26</sup>. Esta diferencia se manifiesta también en las penas previstas, el homicidio es más severamente reprimido que el aborto.

Las disposiciones vigentes<sup>27</sup> son las siguientes:

**Art. 118**

2. Interrupción del embarazo

**Interrupción punible del embarazo**

1. Quien interrumpe el embarazo con el consentimiento de la gestante, instiga una gestante a interrumpir el embarazo o le presta ayuda para interrumpirlo, sin que se den las condiciones del art. 119, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años o pena pecuniaria.

---

25 Schubarth, 1990, art. 118, n.º 57; Stratenwerth / Jenny, 2003, § 2, n.º 11.

26 Cfr. ATF 119, IV 209.

27 LF del 22 de marzo de 2001, vigente desde el 1 de octubre de 2002 (FF 1998 2629 4734).

2. Quien interrumpe un embarazo sin el consentimiento de la gestante será castigado con pena privativa de libertad no mayor de uno a diez años.
3. La gestante que interrumpe el embarazo sola o con la ayuda de un tercero o participa de otra manera a interrumpirlo después de la décima segunda semana del inicio de la última menstruación, sin que se den las condiciones del art. 119, inc. 1, será castigada con la pena privativa de libertad no mayor de tres años o pena pecuniaria.
4. En los casos de los incs. 1 y 3 la acción penal prescribe a los tres años.

#### **Art. 119 Interrupción impune del embarazo**

1. La interrupción del embarazo no es punible, si según la opinión de un médico, es necesario evitar a la gestante un grave daño físico o un estado de profunda depresión. El peligro debe ser más grave en cuanto más avanzado está el embarazo.
2. La interrupción del embarazo tampoco es punible si, a demanda escrita de la gestante invocando que se encuentra en estado de depresión, es practicada, dentro de las doce semanas del inicio de la última menstruación, por un médico habilitado para ejercer la profesión. Previamente a la intervención, el médico debe tener personalmente una entrevista con la gestante y proporcionarle toda la información útil.

La opinión favorable exigida en el primer párrafo debe ser dada por un médico calificado como especialista en consideración al estado de la persona encinta y autorizada de manera general o en cada caso particular por la autoridad competente del cantón o donde la persona encinta domicilia o en el que la operación se llevará a cabo.

2. Si la persona encinta es incapaz de discernimiento, es necesario el consentimiento de su representante legal.
4. Los cantones designan los gabinetes médicos y los hospitales que cumplen los requisitos necesarios para practicar correctamente la interrupción del embarazo y para aconsejar de manera profundizada a la gestante.
5. Cualquier interrupción del embarazo debe ser anunciada para fines estadísticos a la autoridad sanitaria competente, el anonimato de la gestante y el secreto médico deben ser respetados.

#### **Art. 120 Contravenciones cometidas por el médico**

1. El médico que interrumpe un embarazo conforme al art. 119, inc. 2, y que, antes de la intervención, omite de:
  - a. pedir a la gestante una demanda escrita;
  - b. tener personalmente una entrevista de manera profunda con la gestante y de proporcionarle las informaciones útiles sobre los



riesgos médicos de la intervención y entregarle, previo acuse de recepción, un opúsculo conteniendo:

1. una lista de consultorios que ofrecen servicios gratuitamente;
  2. una lista de asociaciones y organismos que pueden ayudarla moral y materialmente;
  3. informaciones sobre la posibilidad de hacer adoptar el niño.
- c. asegurarse personalmente que la gestante menor de dieciséis años sea orientada a un consultorio para menores, es castigado con multa.
2. Será castigado con la misma pena el médico que omite anunciar a la autoridad sanitaria competente la interrupción de un embarazo, conforme el art. 119, inc. 5.

## V. PROCREACIÓN MÉDICA ASISTIDA

Los progresos científicos y técnicos en este ámbito influyeron los debates sobre el aborto, lo que llevó a plantearse, en especial, la cuestión relativa a la protección de los óvulos fecundados fuera del organismo de la madre.

La Academia Suiza de Ciencias Médicas fue la primera en ocuparse de este problema y publicó, en 1981, las Recomendaciones sobre la inseminación artificial<sup>28</sup> y, en 1986, las Directivas sobre el tratamiento de la esterilidad mediante fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones<sup>29</sup>. En un primer momento, a falta de legislación federal, diversos cantones adoptaron reglamentaciones legislativas en la materia, algunos declararon aplicables las Directivas de la Academia Suiza de Ciencias Médicas y otros establecieron sus propias soluciones.

En 1986, el Consejo Federal instituyó una comisión de expertos con el encargo de estudiar las cuestiones de genética humana y de procreación artificial. Esta misma comisión debió examinar también la iniciativa popular “contra la aplicación abusiva de técnicas de reproducción y de

---

28 Cfr. ASSM, 1981, *Insémination*; Message, 1989, p. 1166.

29 Cfr. ASSM, 1985, *Fécondation in vitro*; Message, 1989, p. 1168; Estas Directivas fueron resumidas el 31 de diciembre de 1990 en las Directives médico-éthiques pour la procréation médicalement assistée (cfr. ASSM 1991, *Procréation médicalement assistée*). L'ASSM publia le 3 juin 1993 les Directives médico-éthiques concernant les examens génétiques sur l'homme (cfr. ASSM 1993, *Examens génétiques*).

manipulación genética a la especie humana”, que había sido planteada por el periódico *Der Schweizer Beobachter*. Sobre la base de las recomendaciones de los expertos<sup>30</sup>, el Consejo Federal propuso a las Cámaras Federales de rechazar la iniciativa y de oponerle un contraproyecto<sup>31</sup>. Este se diferenciaba de la iniciativa en dos puntos: ampliaba el campo de aplicación de las normas constitucionales al dominio no humano e indicaba de manera general las prioridades a respetar en la legislación de ejecución. El Parlamento modificó el contraproyecto introduciendo una lista de prohibiciones concretas en el dominio humano. Habiendo sido retirada la iniciativa, el pueblo se pronunció, el 17 de mayo de 1992, solo sobre el contraproyecto. El art. 24 *novies* de la Constitución, relativo a la protección del hombre y su medio ambiente contra los abusos en materia de técnicas de procreación y de genio genético fue aceptado por una amplia mayoría. Actualmente, esta disposición ha sido reemplazada por el art. 119 de la nueva Constitución.

Tratándose del dominio humano, el art. 119 Constitución prevé una regulación de la protección médica asistida y del genio genético para asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad así como de la familia y de prevenir todo abuso. Por un lado, prohíbe toda intervención en el patrimonio genético humano, así como la donación de embriones y de toda forma de maternidad de sustitución. Por otro, fija el marco legal sobre la procreación médica asistida: los métodos de procreación artificial pueden ser practicados solo en caso de esterilidad o de peligro de transmisión de enfermedad grave (*ultima ratio*), el acceso de la persona a los datos relativos a su ascendiente es garantizado, la creación de embriones humanos para la investigación y la congelación son prohibidas. El art. 119 Constitución otorga a la Confederación la competencia de dictar la legislación de ejecución. El Tribunal Federal habla de una competencia federal dotada de efectos derogatorios diferidos<sup>32</sup>: “los cantones continúan autorizados para legislar en el dominio de la medicina de la reproducción hasta que la Confederación regule la ejecución, a condición que respeten las decisiones de principio del art. 24 *novies*, inc. 2”<sup>33</sup>.

30 Rapport génétique humaine et médecine de la reproduction, p. 986 y ss.

31 Message, 1989, p. 945 y ss.

32 ATF 119, Ia 476/JdT 1995, I 591.

33 Schweizer, 1987-1996, art. 24 *novies* Cst. n.º 9.

Vista la aceptación por el pueblo del art. 24 *novies* Constitución (actual art. 119 Constitución), el Consejo Federal formó un grupo de trabajo interdepartamental en materia de genio genético (IDAGEN) y le encomendó elaborar un programa de medidas legislativas en el dominio de la procreación médica asistida y del genio genético. En 1993, el grupo IDAGEN presentó un informe en el que preveía una legislación de ejecución relativa al dominio humano en tres etapas<sup>34</sup>:

- elaboración de una ley sobre la protección médica asistida e institución de una comisión nacional de ética,
- elaboración de una ley sobre análisis genético humano,
- institución de un grupo de estudio para la investigación biomédica sobre el ser humano.

El Departamento Federal de Justicia y Policía elaboró un anteproyecto de ley federal sobre la medicina humana y la sometió a consultación en 1995. Este anteproyecto constituía la primera etapa de legislación de ejecución. El Consejo Federal modificó el anteproyecto en el sentido de las indicaciones formuladas en el proceso de consultación y reemplazó el título “Ley federal sobre la medicina humana” por el de “Ley federal sobre la procreación médica asistida”. En junio 1996, el Consejo Federal dirigió un mensaje a las Cámaras Federales y les propuso de dar al proyecto de ley federal sobre la procreación médica asistida la forma de un contraproyecto indirecto respecto a la iniciativa popular “por una procreación respetando la dignidad humana”, depositada en 1994. La cual estaba dirigida a prohibir pura y simplemente la procreación fuera del organismo de la mujer y la utilización de gametos de terceros para la creación artificial.

La Ley Federal sobre la Procreación Médica Asistida (LPMA) entró en vigencia el 18 de setiembre de 1998. Consiste en cuatro partes: la primera contiene los fines de la ley y comprende varias disposiciones legales (art. 1, inc. 1 y s.), la segunda prevé las condiciones de la práctica de la procreación médica asistida (art. 3 y ss.)<sup>35</sup>, la tercera instituye una comisión nacional de ética (art. 28) y la cuarta describe los comportamientos penales (art. 29 ss.).

---

34 Rapport, 1993.

35 El proyecto aborda la problemática de la ingeniería genética solo en el marco de la procreación médica asistida.

La procreación médica asistida es definida como el conjunto de métodos que permite inducir un embarazo fuera de la unión natural de un hombre y una mujer, en especial la inseminación, fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y de gametos<sup>36</sup>.

La práctica de la procreación artificial está sometida a tres condiciones. Primero, solo es autorizada cuando hay que remediar a la esterilidad de una pareja o si un peligro de transmisión de una enfermedad hereditaria e incurable a los descendientes no puede ser descartada de otra manera (art. 5). Segundo, los métodos de procreación deben ser utilizados solo si no presentan, en comparación con la procreación natural, un aumento de riesgo para el desarrollo del niño, el Consejo Federal afirma al respecto que “el bien del niño prima los intereses de la pareja a tratar”<sup>37</sup>. Tercero, las técnicas de procreación deben ser dirigidas únicamente a las parejas heterosexuales, cuyos miembros deciden asumir conjuntamente la responsabilidad parental del niño y parecen tener la capacidad de formarlo hasta su mayoría de edad., el proyecto de ley precisa que solo una pareja casada puede recurrir a la donación de espermatozoides (art. 3)<sup>38</sup>.

La LPMA trata igualmente de otros problemas relacionados con la procreación médica asistida: la donación de óvulos y embriones, la maternidad por sustitución (art. 4) y el empleo de gametos u óvulos impregnados<sup>39</sup> de una persona después de su muerte (art. 3 inc. 4) son expresamente prohibidos, mientras que la donación de espermatozoides (art. 18 y ss.) y la utilización del patrimonio germinal (art. 15 y ss.) son reglamentadas de manera detallada.

La utilización del patrimonio germinal comprende, en particular, el problema del desarrollo de los embriones *in vitro*. Según el art. 17, inc. 1, LPMA, solo pueden ser desarrollados fuera del cuerpo de la mujer hasta el estado de embrión la cantidad de óvulos impregnados necesaria para provocar el embarazo durante un ciclo de la mujer, esta cantidad no puede ser superior a tres. Así, se quiere evitar la producción de embriones supernumerarios. Conforme al art. 17, inc. 2, el embrión no puede ser desarrollado al exterior del organismo de la mujer, sino cuando es

36 Esta definición está prevista en el art. 2 *let.* LPMA.

37 Message, 1996, p. 243.

38 La procreación con los gametos provenientes de terceros (método heterólogo) es admitida.

39 Un óvulo impregnado es un óvulo penetrado por un espermatozoide antes de la fusión de los núcleos.

indispensable para lograr la nidación en el útero. De este modo, se trata de excluir el desarrollo de embriones en úteros artificiales. De manera general, el art. 17 prohíbe la producción de embriones para otros fines que no sean la procreación médica asistida.

Mediante la ley no busca prohibir los métodos de procreación asistida, sino más bien a prevenir los abusos y a asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia. En materia de procreación asistida, valores fundamentales, como el derecho del niño a ser tratado como un ser humano único, está en juego y exigen una reglamentación detallada, así como protección penal. Sin embargo, no se trata de limitar el acceso a las técnicas de procreación artificial. Según el Tribunal Federal, esto equivaldría a un cuestionamiento de la libertad personal<sup>40</sup>.

En derecho constitucional, el embrión es titular de un derecho propio a invocar las libertades fundamentales, en razón de su naturaleza humana y de su disposición a devenir persona humana. Se trata, en particular, el derecho a que se le respete en base de la dignidad humana<sup>41</sup>.

Inspirándose en conocimientos científicos, la doctrina y el Tribunal Federal han considerado que la individualidad humana comienza desde el momento de la fusión de los núcleos que tiene lugar alrededor de las 24 horas después de la impregnación del óvulo<sup>42</sup>. Entre esta fusión y la nidación, el embrión dispone pues de una protección limitada derivada de la libertad personal: protección de su dignidad, de su integridad corporal y de su salud.

La dignidad humana, la personalidad y el bienestar del ser humano en formación constituyen sin embargo conceptos generales que difícilmente se definen desde la perspectiva penal. También, la LPMA prevé expresamente la represión de ciertos comportamientos considerados como afectaciones chocantes al ser humano en devenir: la producción abusiva de embriones (art. 29), el desarrollo de un embrión fuera del organismo de la mujer más allá del estado correspondiente al de la nidación fisiológica (art. 30), la maternidad de sustitución (art. 31), la utilización abusiva del patrimonio germinal (art. 32), la selección de gametos (art. 33), la intervención en el patrimonio germinal (art. 35), el clonaje, la formación

---

40 Cfr. ATF 119, Ia 474 y ss./JdT 1995, I 590.

41 Schweizer, art. 24 *novies*, Cst. n.º 29 y 30.

42 ATF 119, Ia 485/JdT 1995, I 594.

de quimeras, y de híbridos (art. 36). La PMMA estatuye igualmente una serie de contravenciones (art. 37): utilización de gametos o de óvulos impregnados de una persona después de su muerte, utilización de óvulos proveniente de donaciones, aplicación de un método de procreación médicamente asistida sin estar prevista por la ley.

## VI. CONCLUSIONES

- La primera impresión que se tiene al abordar la evolución de la regulación penal de la interrupción del embarazo en Suiza es la calma y prudencia con que se aborda, política y socialmente, cuestión tan fundamental como la protección de la vida. Así mismo, como se tiene en cuenta los efectos que la reforma en este ámbito puede tener en otras cuestiones vitales estrechamente relacionadas. Por esto era conveniente tratar, igualmente, la evolución legislativa sobre la procreación médica asistida y la protección de los embriones.
- La segunda observación a resaltar es la seriedad con la que se aborda el problema es sus diversos aspectos: social, médico, ético, político. Para lo cual se recurren a diferentes especialistas para que, mediante informes, orienten a los que participan directamente en el proceso de reforma. Los mismos que constituidos en comisiones especiales analizan, discuten los distintos problemas con la finalidad, generalmente, de proponer un proyecto de ley.
- El tercer aspecto que debe destacarse es la participación de la ciudadanía en el proceso mediante iniciativas populares o participación en votaciones relativas a las propuestas que se le plantean. Pero así mismo la voluntad política del Estado de encontrar la solución conciliatoria de las corrientes de opinión contradictorias, concordante con los principios constitucionales tanto federales como cantonales. Notable es en particular la manera de salvaguardar la unidad del derecho penal federal para evitar que se incurran en abusos contrarios a los derechos fundamentales.
- Por último, vale destacar la firmeza en reiterar la protección del derecho a la vida, al mismo tiempo de considerar, de manera racional y flexible, los intereses y derechos de las mujeres en el dominio de la maternidad responsable. En cierta medida, la misma orientación y los mismos objetivos son tomados en cuenta en la regulación de la procreación médica asistida. En la que el objeto central es garantizar

la integridad de la especie humana, descartar la mercantilización del embarazo y el abuso en la práctica de la procreación artificial.

La descripción realizada de toda esta problemática y de la manera de abordarla legislativamente no debe ser considerada como una propuesta que debe ser imitada en nuestro país, pero sí como un ejemplo de la seriedad con que debe regularse estas cuestiones vitales. De manera, a evitar que se siga reiterando la deficiente práctica legislativa nacional. Fuertemente influenciada por criterios ideológicos presentados como verdades absolutas.