

# INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y PERSONALIDAD HUMANA: EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN URUGUAYA Y JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

*Diego Silva Forné\**

RESUMEN: A la luz de la legislación aprobada en los últimos años en Uruguay relativa a los derechos sexuales y reproductivos y la interrupción voluntaria del embarazo, se hace un relevamiento de la evolución del marco normativo uruguayo precedente en la materia, analizando asimismo las razones por las cuales el Código Penal uruguayo de 1934 no penalizaba el aborto consentido, hasta su reforma en 1938. Ello luego se conecta con el concepto de *persona humana* para la legislación penal uruguaya y conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ante un caso judicial reciente, se analiza su relevancia respecto del proceso de interrupción del embarazo amparado por la ley uruguaya. Finalmente, se concluye en la preeminencia de los derechos reconocidos a la mujer, frente al curso que pueda adquirir el procedimiento sanitario-administrativo de interrupción del embarazo.

- I -

*Introducción. La ley uruguaya de Interrupción Voluntaria del Embarazo*

Tras un prolongado debate de décadas, finalmente Uruguay aprueba una ley de interrupción voluntaria del embarazo, la Ley N° 18.987, de 22 de octubre de 2012. En la legislatura anterior, los artículos relativos a la interrupción del embarazo contenidos en lo que sería la Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008, habían sido vetados por el entonces Presidente de la República, Dr. Tabaré Vázquez, por lo que la consagración de este régimen solo fue posible en la legislatura siguiente (2010-2015), durante el mandato de José Mujica.

Fruto de un acuerdo político para conseguir los votos necesarios en la Cámara de Diputados, donde el partido de gobierno no contaba con mayoría para aprobar la iniciativa, se consagró un sistema de plazos, estableciendo la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo siempre que se solicitara durante las primeras doce semanas de gravidez y siguiendo un procedimiento previo ante el sistema de salud, debiendo la gestante ser asesorada por un equipo interdisciplinario a efectos de garantizar una toma de decisión consciente y responsable; si tras un plazo de reflexión de cinco días la mujer ratifica su decisión, la institución sanitaria debe practicarle la interrupción del

---

\* Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz. Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante del *Sistema Nacional de Investigadores* (Agencia Nacional de Investigación e Innovación, Uruguay). Director de la *Revista de Derecho Penal* (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo). Investigador Responsable del *Grupo de Estudios en Política Criminal* (Comisión Sectorial de Investigación Científica)

embarazo. El plazo mencionado no rige y la interrupción del proceso de gestación podrá realizarse en cualquier momento, cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer o se verifique un proceso patológico incompatible con la vida extrauterina; tratándose del producto de una violación, el plazo para solicitar la interrupción del embarazo es de catorce semanas<sup>1</sup>.

Lo singular de la solución uruguaya, es que el Código Penal vigente, de 1934, despenalizaba en forma absoluta la interrupción voluntaria del embarazo. Dicha solución, fruto del ideario del codificador uruguayo, José IRURETA GOYENA, resultaría inédita para el país y el continente en esa época; sin embargo, tuvo corta vigencia pues en 1938 se restableció la punición del aborto consensual, si bien con una pena reducida, fruto de un compromiso político entre las distintas sensibilidades partidarias de la época y el respeto que imponía la figura del autor del Código.

El presente trabajo pretende en consecuencia, relevar el pensamiento del codificador uruguayo sobre el punto así como efectuar una visión sistemática de las disposiciones de dicho Código Penal, para luego conforme la legislación uruguaya hoy vigente, delimitar el concepto de *persona*, con las consecuencias que ello tiene en materia penal, así como su incidencia en el proceso regulado por la referida Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, a la luz asimismo de la normativa internacional.

### *El Código Penal uruguayo de 1934. Su visión sobre el aborto*

El codificador penal uruguayo, José IRURETA GOYENA, en su proyecto de Código Penal que luego se transformaría en el Código Penal vigente, de 1934, despenalizó el aborto consentido. En el pensamiento de IRURETA, al que accedemos primordialmente

---

- Universidad de la República).

<sup>1</sup> Ley N° 18.987, de 22 de octubre de 2012: “Artículo 2°. (Despenalización).- La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gravidez” (...) Artículo 6°. (Excepciones).- Fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos en los artículos 2° y 3° de esta ley, la interrupción del embarazo solo podrá realizarse: A) Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer. B) Cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina. C) Cuando fuera producto de una violación acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las catorce semanas de gestación. En todos los casos el médico tratante dejará constancia por escrito en la historia clínica de las circunstancias precedentemente mencionadas, debiendo la mujer prestar consentimiento informado, excepto cuando en el caso previsto en el literal A) del presente artículo, la gravedad de su estado de salud lo impida.” La legislación uruguaya vigente, está disponible en la web oficial [www.impo.com.uy](http://www.impo.com.uy).

a través de sus enseñanzas de cátedra, lo que podemos constatar (IRURETA, 1932) es que en su concepción doctrinaria entendía que el aborto ontológicamente no era una conducta de relieve delictivo, es decir, que no correspondía que la ley penal se ocupase del aborto consensual.

IRURETA era una persona de pensamiento muy complejo, difícil de encuadrar y por ello, susceptible a las simplificaciones del intérprete. Fue el principal dirigente rural de su época, jerarca de instituciones del sistema financiero, integrante de la Corte Electoral, del Directorio del Colegio de Abogados del Uruguay, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, es decir, una figura prominente en las primeras décadas del siglo XX en tanto jurista, hombre de ideas, portavoz del empresariado rural; formaba parte de las clases privilegiadas, del patriciado uruguayo de principios del siglo XX (LACKNER, 2005:723). ¿Cómo podemos caracterizar su pensamiento? En principio, digamos que era de carácter marcadamente conservador; recordemos que IRURETA toma como modelo para el actual Código Penal uruguayo el Código Penal de la Italia fascista, sin perjuicio de lo cual, en las *Notas Explicativas* de su Proyecto expresaría que aceptaba en general la sistematización del Código italiano si bien despojado de todo lo que a su juicio era *demasiado fascista o excesivo* (MALET / SILVA FORNÉ, 2017:569).

Si bien el Código Penal uruguayo no es un Código totalitario, como lo destacó fundadamente Juan CARBALLA en el *Prólogo* de su Código Penal anotado y concordado (CARBALLA, 1968:22), es un Código que tiene marcadas facetas autoritarias, las que se pueden advertir, por ejemplo, en la ordenación sistemática de los delitos, en la jerarquización de la tutela penal de la autoridad estatal, en la defensa a ultranza del derecho de propiedad (PUIG, 2009:668-670). No obstante ello, debe tenerse presente que IRURETA concibió su proyecto de Código como una obra “de política criminal”, con lo que quería indicar que si bien su pensamiento se había sentido influenciado progresivamente por los postulados del positivismo criminológico -que tan nefasta influencia tuviese en la primera mitad del siglo XX- su proyecto mantenía las bases del pensamiento penal clásico pero atravesado por el ideario positivista. No corresponde que ahora hagamos una valoración descontextualizada del pensamiento de IRURETA después de más de ochenta años, pero sí acercarnos a sus presupuestos. Si bien era un jurista brillante y recogía buen parte del legado liberal, también era portador de un conservadurismo militante, en importante medida en algunos aspectos,

reaccionario (SILVA FORNÉ, 2011:894-895).

Volvamos a su posición en relación al aborto. IRURETA decía: “...yo no concibo el derecho independientemente de la persona. Para ser sujeto de derechos, no basta existir en sentido fisiológico, es necesario existir en sentido jurídico, se requiere algo más que la vida fisiológica, se requiere la vida de relación. El Derecho es inseparable de la Sociedad, como el efecto es inseparable de la causa. Antes del alumbramiento existirá tal vez la vida, pero no existe la personalidad (...) Hasta en la legislación universal, desde la más remota antigüedad, el derecho se presenta siempre como un atributo de la persona” (IRURETA, 1923:13).

También señalaba que en su época la penalidad del aborto no se aplicaba, lo que permitía en general que el aborto fuera practicado por médicos y por parteras, dado que en los hechos si bien el delito estaba vigente en el Código Penal uruguayo de 1889, de hecho no se perseguía. Básicamente consideraba la interrupción consensual de la gravidez como un asunto privado -con el cual se encontraba imbricado el honor familiar, y por ende, de su jefe- y únicamente penaliza el aborto llevado a cabo sin el consentimiento de la mujer.

Sin embargo, en su obra había entendido que había un único caso de aborto consentido donde se lesionaba un derecho, y entendía que esto sucedía cuando se efectuaba o lo aceptaba la mujer contra la voluntad del marido: “...si el matrimonio se constituye para apoyar una familia (...) la destrucción del proceso de la concepción en tales condiciones ataca indiscutiblemente prerrogativas del marido. No justifica esa sola circunstancia sin embargo la punibilidad del aborto, bastaría hacer de ella para reparar el orden jurídico, una causal más de las múltiples que fundamentan el divorcio” (IRURETA, 1923:22-23). Entonces a su juicio, aún con la visión autoritaria y patriarcal que lo caracterizara, en el aborto consentido lo único que se podría lesionar serían las prerrogativas del cónyuge, pero *con repercusiones en el plano jurídico exclusivamente del Derecho Civil, sin consecuencias en lo penal.*

Sin embargo, que IRURETA entendiera que el aborto no debía ser castigado no quería decir que lo aprobase (al menos, públicamente) como práctica; es más, sus palabras en relación con las mujeres que se practicaban un aborto eran claramente peyorativas y singularmente duras: “Si creo que el aborto no constituye jurídicamente un delito, no por eso dejo de reprobalo del punto de vista moral. Opino que el aborto es uno de los actos más repulsivos, vejatorios y contra natura a que puede descender el hombre.

*Cuando un varón lo comete, deja, en mi concepto, de ser un hombre de honor; cuando una mujer lo ejecuta, se rebaja al nivel de una prostituta. No existe índice más exacto, más preciso, más fiel de la decadencia de las costumbres, que la generalización del aborto..." (IRURETA, 1923:23).*

Es en ese modelo de Derecho Penal autoritario y paternalista que se desenvolvía el pensamiento jurídico penal de IRURETA en relación a este punto. Y que era un modelo paternalista y discriminatorio en una perspectiva que contemporáneamente diríamos de género y de derechos humanos, no le puede sorprender a nadie, si bien la doctrina tradicional en el Uruguay lo haya ignorado sistemáticamente, salvo a partir de aportes innovadores recientes que efectúan análisis en dicha perspectiva, como los de MALET (MALET, 2008; MALET, 2009; MALET/LACKNER, 2009), LACKNER (LACKNER, 2008), y este autor (SILVA FORNÉ, 2010; SILVA FORNÉ, 2011; SILVA FORNÉ, 2012).

*El modelo del Código Penal uruguayo: una visión sobre los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia*

No puede darse una acabada comprensión del pensamiento de IRURETA en relación con el aborto, la mujer y la familia, sin considerar además de la regulación del delito de aborto (contenida en el Título XII, "De los delitos contra la personalidad física y moral del hombre"), a su vez el Título X del Libro II del Código Penal uruguayo, para aproximarse a los presupuestos ideológicos de la regulación de lo que hoy denominaríamos en principio *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*; el Código uruguayo se refiere a ellos como "Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia", siguiendo la denominación tradicional de los códigos italianos. De allí surge claramente en el texto del Código Penal uruguayo, una subordinación de la libertad y la autonomía sexuales a favor de la moralidad pública y de la autoridad familiar.

A través de una visión de conjunto de tales disposiciones<sup>2</sup>, si lo analizamos en perspectiva de género y desde una óptica que contemple el ejercicio de lo que hoy denominamos como derechos sexuales y reproductivos, podríamos decir que los rasgos caracterizadores del Código Penal uruguayo al respecto serían: *primero*, que en él la

---

<sup>2</sup> De cuyo detalle eximimos ahora al lector, sin perjuicio de que pueda consultar los textos respectivos en

sexualidad es concebida exclusivamente con fines reproductivos; *segundo*, la norma penal se orienta a la promoción y la defensa de la institución matrimonial; *tercero*, la sexualidad femenina se concibe como orientada a la maternidad y manifestada a través del recato y el pudor, características que el codificador entendía propias de la mujer; *cuarto*, contiene la normativización de un concepto de normalidad sexual, en el entendido de que el ejercicio “normal” de la sexualidad era aquél que estaba orientado a fines reproductivos; *quinto*, propicia la tutela de la familia patriarcal, la defensa a ultranza del honor familiar y de la autoridad paterna; *sexto*, denota menosprecio a la mujer, concebida como un ser inferior; *séptimo*, consagra la condena al instinto sexual, a la sexualidad como disfrute o como derecho al goce (SILVA FORNÉ, 2010).

La despenalización del aborto consentido en el Código Penal de 1934 no revela en consecuencia, en modo alguno, que el pensamiento del codificador uruguayo recogiese una visión respetuosa de la autonomía femenina; por el contrario, se fundamenta en presupuestos paternalistas, apartándose tal vez de la perspectiva conservadora más tradicional en mérito a su veta liberal, que lo aleja del punto de vista clerical. Y cuando IRURETA se refiera a las “buenas costumbres” en relación al aborto consentido, estará haciendo hincapié en el *honor familiar*.

#### *El apartamiento de Irureta Goyena del modelo italiano*

En este marco, cabe preguntarse entonces por qué IRURETA se aparta del modelo italiano, del Código Penal fascista de 1930 en este punto, teniendo en cuenta que era un autor que participaba de buena parte de los postulados más conservadores y discriminatorios de la época. En consecuencia, nos preguntamos si las inferencias anteriores en relación con sus posturas ideológica y jurídico-penal habrán sido factor suficiente para amparar por sí su innovadora propuesta legislativa en la materia.

Y aquí podemos ensayar algunas hipótesis. Si bien IRURETA admiraba la obra del codificador italiano de la época fascista, no comparte o no sigue la sistematización de su Código Penal, que penalizaba el aborto en el Título X de su Parte Especial, al que denominaría “De los delitos contra la integridad y sanidad de la estirpe”. Esta denominación y regulación es coherente con la política de natalidad del Estado fascista; tanto el Estado nazi como el Estado fascista promovían en forma decidida la natalidad y

perseguían cualquier método de contracepción, porque incentivaban la reproducción entre otros propósitos, a efectos de asegurarse brazos para fines bélicos, teniendo en cuenta las características militaristas y la agresiva política exterior de tales autoritarismos.

El apartamiento de este modelo podemos fincarlo en que podríamos suponer que nuestro codificador advertía que las realidades en el Río de la Plata y en la Europa del período interbélico eran muy diferentes, a la luz de lo que acabamos de mencionar; por otro lado -como hemos visto- la respuesta parece estar fundamentalmente amparada en los presupuestos teóricos reflejados en sus enseñanzas de cátedra. Parece particularmente importante a nuestro juicio, tanto su concepción de que el aborto fuese un tema privado, que concierne exclusivamente a la familia (especialmente al *pater*), así como el particular hincapié que IRURETA hace en su análisis, en relación a que históricamente el aborto consentido nunca fue perseguido sino por motivos religiosos, por lo que debía quedar fuera de la esfera penal (IRURETA, 1932:15-19).

Quien ha ensayado otra posible lectura del fundamento de por qué IRURETA no penalizó el aborto consensual, ha sido Graciela SAPRIZA, quien señala que aquel autor debió compartir la perspectiva del eugenismo que tanta difusión había tenido en el primer tercio del siglo XX en Europa y en América, que venía de la mano del higienismo (SAPRIZA, 2009:81-82); tal vez IRURETA como muchos otros patricios de la época, pensara que el aborto podía ser un mecanismo para evitar la proliferación de los pobres.

Así, SAPRIZA nos dice que *“Los testimonios hablan de la preocupación por la multimaternidad de las más pobres. Porque, ¿qué raza, qué pueblo, qué nación se podía esperar que surgiera de los ranchos del Cerrito de la Victoria o del Pantanoso, como advertía el medico Augusto TURENNE? Esos lamentables ‘pingajos humanos’ conformarían la amenazante ‘plebe macilenta’ portadora de catástrofes futuras, a los ojos de estos planificadores eugenistas”* (SAPRIZA, 2009:84).

La obra de José Pedro BARRÁN, *Medicina y sociedad en el Uruguay del Novecientos*, particularmente en su tercer tomo, analiza el surgimiento y desenvolvimiento del eugenismo en el Uruguay y en el Río de la Plata (BARRÁN, 1995:196), y se advierte allí la importante influencia que tuvo en la corporación médica en el Uruguay entre 1900 y 1940, y su incidencia en el discurso de la clase política; todo esto por supuesto, antes que el eugenismo se desbarrancara cuando tras el inicio de la segunda guerra

mundial, se hiciera pública la barbarie genocida cometida por el nazismo en aras de sus propósitos de “mejoramiento de la raza” y “purificación de la especie”.

Si bien la visión eugenista había sido compartida a inicios del siglo XX por buena parte de las clases pudientes de la época, y particularmente por la poderosa clase médica uruguaya, consolidada en las esferas del poder estatal, no creemos que fuese el sustento de la solución adoptada por el codificador uruguayo.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de que esta valoración estuviera presente, la clave que explica la despenalización del aborto consensual en el Código de IRURETA GOYENA no es ésta. Por el contrario, consideramos que su posición se fundamenta en el valor e importancia que el autor le asigna al concepto de *honor familiar*; una lectura integral del Código Penal de 1934 nos muestra cómo el concepto de *honor* atraviesa toda su estructura. Y se trata del *honor masculino*: la mujer que era agraviada en su honor, no lo era a sí misma, sino al honor de su padre, de su esposo, de su hermano, de su familia, de su linaje. Nuestro autor entendía que el aborto consentido era un tema privado de la familia, y que su licitud amparaba la discreción y tutela del honor familiar, que en realidad era el honor del *pater familias*, consecuente con su visión patriarcal.

En definitiva, el pensamiento de IRURETA en torno al aborto no era para nada paradójico ni inconsistente con su ideario; tal vez sí lo fuera el hecho de que tanto sus propios presupuestos como los de la reforma de 1938, fueran conservadores y retrógrados al tiempo que auspiciaban soluciones legislativas contrapuestas.

#### *La reforma de 1938: la Ley N° 9.763*

La regulación contenida en el Código Penal de 1934 en relación con el aborto, en la práctica tiene muy breve duración; ya en enero de 1935, el Ministerio de Salud Pública a través de un decreto declara que en dependencias públicas no se podrán realizar abortos, salvo que estuviera involucrada la tutela de la vida o la salud de las mujeres. De esa manera, al impedir que en dependencias de Salud Pública se realizara buena parte de los abortos, se estaba bloqueando el acceso a este mecanismo a las mujeres de escasos recursos, que dependían exclusivamente de la asistencia pública. Ello por otra parte, no impedía que el aborto se siguiera realizando en forma particular pero sanitariamente aceptable por todas aquellas mujeres pertenecientes a estratos sociales más favorecidos que lo podían pagar, mientras que en condiciones lamentables en los demás casos.

La reforma por la cual se reincorpora la penalización del aborto consensual al derecho positivo uruguayo, se realizó a través de la Ley N° 9.763, de 24 de enero de 1938, a raíz de una iniciativa promovida por sectores conservadores, sobre todo vinculados al catolicismo. Y dado que tras el golpe de estado del Presidente Terra en 1933, importantes figuras conservadoras habían accedido a cargos de gobierno, contó con sustantivo apoyo del Poder Ejecutivo.

Rafael SANSEVIERO nos dice que en la Ley N° 9.763 se puede advertir una suerte de compromiso entre una moralidad pública hegemónica, que no tolera reconocer la existencia de la práctica social del aborto voluntario pero que tampoco puede dejar de tolerar la práctica misma; en definitiva, la apertura de una nueva etapa de hipocresía donde toda la sociedad sabía que los abortos se iban a seguir practicando, y que únicamente las que estaban expuestas a ser captadas por el Derecho Penal eran las mujeres más pobres, que en general se hacían abortos en condiciones críticas y eran las que padecían elevados índices de mortalidad por habérselo realizado en forma clandestina (SANSEVIERO, 2009:70).

En este sentido, paradójicamente la reforma de 1938 es coherente con la ideología del Código Penal en cuanto a la desvaloración de la sexualidad y el papel de la mujer en la sociedad, destinada al matrimonio y la reproducción, privada de su autonomía y su derecho a decidir libremente sobre su propio cuerpo, el ejercicio de su sexualidad y sus opciones vitales.

Cuando en 1938 se reincorpora al Código Penal uruguayo el aborto consensual como delito<sup>3</sup>, se modifican los artículos del Capítulo IV del Título XII de su Libro II, pero no se le incluye denominación alguna a aquél, con lo cual el legislador no quiso tomar posición sobre la objetividad jurídica tutelada. Más adelante como se verá, cuando en 2012 se apruebe la Ley N° 18.987, de Interrupción Voluntaria del Embarazo, se establecerá que no serán de aplicación esas disposiciones cuando la mujer gestante se ampare en el régimen previsto por dicha ley.

---

<sup>3</sup> Código Penal uruguayo: “Artículo 325. Aborto con consentimiento de la mujer. La mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión de tres a nueve meses. Artículo 325 (bis). Del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer. El que colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento por actos de participación principal o secundaria será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.”

*Propuestas despenalizadoras: el fracaso parcial de la Ley de Defensa del derecho a la Salud Sexual y Reproductiva*

Así se llega hasta décadas recientes. Tras la reinstitucionalización democrática en Uruguay a partir de 1985, varios proyectos de ley fueron presentados tendientes a la despenalización del aborto; en 1985 fue presentado un proyecto por diputados pertenecientes a un sector del Partido Colorado, entonces en el gobierno. Más adelante surgieron proyectos emanados de iniciativas multipartidarias; así, hubo un proyecto presentado por diputados integrantes de los tres partidos políticos mayoritarios, que sin embargo tampoco tuvo andamio. Luego, durante el periodo de gobierno del Presidente BATLLE, nuevamente del Partido Colorado, hubo otro proyecto que logró ser aprobado por la Cámara de Representantes, pero que sin embargo como el titular del Poder Ejecutivo anunciara que lo iba a vetar, no fue aprobado por el Senado (MALET VÁZQUEZ, 2009/1:8-11).

Como se refiriera al inicio, en la legislatura 2005-2010, tras el acceso al gobierno del Partido Frente Amplio, se aprueba finalmente la Ley N° 18.426, de Defensa del derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, presentado por los Senadores del partido de gobierno; el partido Frente Amplio contaba con mayoría absoluta de votos en ambas Cámaras del poder Legislativo, pero sin embargo las disposiciones del proyecto relativas a la interrupción voluntaria del embarazo serían vetadas por el titular del Poder Ejecutivo, el Presidente Dr. Tabaré Vázquez, durante su primer mandato. El Parlamento no pudo levantar el veto (para lo cual se precisa un *quórum* calificado y no se contaba con los votos de los partidos de la oposición), por lo que finalmente la ley entró en vigencia con un sustancial número de artículos menos que el proyecto inicial, dado que fueron eliminados aquéllos que tenían relación fundamentalmente con la despenalización del aborto consentido.

Sin embargo en 2008, después de setenta años de vigencia de la Ley N° 9.763, obviamente la sociedad uruguaya asistía a cambios de paradigmas, no sólo por la evolución de las costumbres y los cambios culturales, sino también por el desarrollo importantísimo que adquirirían a nivel nacional e internacional, incidiendo a nivel constitucional y legal, todas las convenciones internacionales de derechos humanos que tienen relación directa con esta materia. La Ley N° 18.426 vino de alguna manera a recoger toda esa reflexión, esa evolución de las costumbres y esa lucha por los Derechos Humanos, si bien trunca a raíz del veto del Poder Ejecutivo. Se asiste entonces en esta

ley de 1º de diciembre de 2008 a un cambio notorio: ya no se trata del modelo discriminatorio en el cual se inspiraba el Código Penal, sino de un paradigma nuevo, tanto en relación con la situación de las mujeres, así como en la valoración jurídica de la sexualidad humana y su ejercicio.

Será necesario esperar hasta el segundo período de gobierno del partido Frente Amplio, para que vuelva a presentarse una iniciativa legislativa promoviendo la despenalización voluntaria del embarazo, intensamente apoyada por numerosas organizaciones de la sociedad civil, la que sería aprobada en 2012 durante el mandato del Presidente José Mujica.

### *La consagración de regímenes de interrupción voluntaria del embarazo en el mundo*

La consolidación legislativa de mecanismos de interrupción voluntaria del embarazo en la legislación sobre todo de Occidente, de desarrollo sostenido durante la segunda mitad del siglo XX e inicios del presente, ha cobrado nuevo impulso entre los países de nuestro contexto socio-cultural en los últimos años. Su significación en el marco de los derechos de la mujer, la profundización de la democracia y la eliminación de las discriminaciones, es sustantiva. Como reflexiona Gustavo ORTIZ MILLÁN, en relación con los derechos reproductivos de las mujeres y la práctica del aborto, “...*los derechos reproductivos de las mujeres suponen su libertad para decidir y su autonomía moral, que no es otra cosa que su capacidad de tomar decisiones por sí mismas (sin ser objeto de coacciones externas); la capacidad individual de conducir y ser responsables del comportamiento propio, de dirigir la vida propia de acuerdo con la conciencia individual, con las creencias y valores morales y religiosos que se han abrazado (...) El aborto y los derechos reproductivos tienen una relación estrecha con la democracia. El reconocimiento de estos derechos conlleva valores fundamentales para la vida democrática: laicismo, libertad, igualdad y no discriminación. Un régimen verdaderamente democrático tendría que honrar estos valores por medio de la eliminación de las leyes que penalizan el aborto. La democracia supone también respeto a la diversidad de puntos de vista morales y religiosos que conviven dentro de una sociedad plural (...) El conservador debería considerar a la posición contraria, así como a las mujeres que emplean sus propios argumentos para justificar la decisión de interrumpir un embarazo, como parte de una moralidad distinta a la que hay que respetar. De eso se trata el ejercicio de la tolerancia dentro de una sociedad plural y*

*democrática*” (ORTIZ MILLÁN, 2009:124-125).

A esto cabría agregar que una sociedad democrática no puede utilizar la ley como instrumento para imponer ni una moralidad determinada ni un pensamiento religioso; menos aún, que gravemente se sirva como herramienta para ello de la ley penal, aquélla que se rige por el principio de *ultima ratio*, esto es, como diría NARIO, que la convivencia democrática supone un amplio margen de tolerancia para conductas ajenas, por lo que el delito debe circunscribirse a lo insoportable, a aquéllas situaciones de gravedad crítica que sean intolerables socialmente (NARIO, 1997:9). Obviamente y por último, cuando en un conglomerado social conviven opiniones contrapuestas en relación a un tema tan sensible como éste, y tan claramente contrapuestas que además se reflejan en prácticas comúnmente aceptadas, indiscutiblemente el Derecho Penal, que no puede tomar parte en tales diferencias imponiendo por la fuerza una posición parcial, ya que su imperio y sus graves consecuencias requieren un mínimo consenso social en relación con el ámbito de lo prohibido, debe necesariamente permanecer ajeno (SILVA FORNÉ, 2011:903).

## - II -

*El Código Penal uruguayo y el status jurídico del embrión o feto para el Derecho Penal*

Conforme el artículo 310 del Código Penal uruguayo<sup>4</sup>, el delito de homicidio consiste en dar muerte *a una persona*. Y el concepto de persona no es de carácter naturalístico sino estrictamente normativo, si bien fundado en datos ónticos para de esa manera responder a la necesidad de un Derecho Penal antropológicamente fundado.

El comienzo de la vida de un ser humano *en términos biológicos* no es un tema que corresponda laudar ni al Derecho en general ni al Derecho Penal en particular. Además, el hecho de que existan células humanas vivas de por sí, tampoco nos indica que estemos en presencia de un ser humano. Cuando se mantienen en un laboratorio en un medio apropiado células de músculo cardíaco, éstas laten; y evidentemente ello no significa que allí haya una persona. Tras la eyaculación, los espermatozoides durante un lapso de tiempo se mantienen en movimiento; evidentemente esos gametos están vivos, pero allí no hay una persona humana. Antiguamente, cuando la incipiente ciencia

---

<sup>4</sup> Código Penal uruguayo: “Artículo 310. (Homicidio) El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría.”

comenzó a utilizar medios ópticos, al descubrir la fisonomía de estos gametos y su movilidad, dedujeron de allí que habría “homúnculos”, dado que contaban con una cabeza y una movilidad destinada a la fecundación del gameto femenino, conclusión obviamente en el marco de un razonamiento patriarcal. Pero tampoco allí se afirmó que esas células humanas vivas constituyeran una persona.

Es que los datos biológicos no determinan la personalidad, pues este concepto es esencialmente normativo, motivado en el plano de la vida de relación como anticipara IRURETA, y como tal debe ser tratado. La existencia de vida humana, inclusive de vida humana dependiente en el claustro materno, no hace de por sí que tengamos allí una persona humana en términos jurídicos.

El Derecho Civil uruguayo regula relaciones patrimoniales y de filiación; sus referencias al concebido, tienen por objeto dar respuesta normativa a las situaciones que se dirimen en esa esfera, pero el surgimiento de derechos respecto a éste (en materia sucesoria, por ejemplo), se consolida con el nacimiento; ello es evidente, en tanto no se hace una sucesión del concebido no nacido, ya que al no nacer no llega a adquirir derechos patrimoniales, los que si pudieran atribuírsele, se le habían reservado hasta que naciera viable.

Sin extendernos en el tema anterior, que no corresponde al punto que aquí nos ocupa, es más claro aún que conforme la regulación que ofrece el Derecho Penal uruguayo, el concebido no es sujeto de derechos. En Uruguay no existen delitos de lesiones al feto; los ataques que éste pueda recibir se dilucidarán a través del delito de aborto o su tentativa<sup>5</sup>, siempre que no se trate de alguno de los delitos de lesiones previstos por el Código Penal, como se verá.

En el derecho penal uruguayo, el codificador ha definido que por una parte la muerte de una persona es delito de homicidio, en tanto la expulsión intencional de un embrión o feto del claustro materno en caso que ésta no encuadre en los supuestos previstos por la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, podrá eventualmente constituir delito de aborto.

---

<sup>5</sup> Código Penal uruguayo: “Artículo 325 ter. (Aborto sin consentimiento de la mujer) El que causare el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría. Artículo 326. (Lesión o muerte de la mujer) Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (bis), sobreviniera a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de dos a cinco años de penitenciaría, y si ocurre la muerte, la pena será de tres a seis años de penitenciaría. Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (ter.) sobreviniere a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de

Y resulta evidente entonces que esa expulsión del embrión o feto al constituir un delito distinto, lo es porque ese producto de la concepción *no es una persona*. Si hubo expulsión es porque no hubo alumbramiento, no hubo parto, y en la sistemática del Código Penal uruguayo es el nacimiento el que determina que estemos en presencia de una persona en los términos del artículo 310 del Código Penal. Ello debemos correlacionarlo con las hipótesis delictivas de lesiones graves y lesiones gravísimas<sup>6</sup>.

El adelantamiento del parto de la mujer ofendida es un delito de lesiones graves: si hubo alumbramiento es porque nació una criatura viva, de lo contrario, el supuesto emigra a la hipótesis de lesiones gravísimas constituida por el aborto de la mujer lesionada: allí el legislador ha construido un delito complejo donde las lesiones gravísimas absorben el delito de aborto.

Y en ninguno de estos casos estamos en presencia de un homicidio: o porque nació una criatura viva (que ya es entonces, una *persona* en términos jurídico-penales) o porque hubo un aborto y entonces esa criatura no llegó a nacer, motivo por el cual no alcanzó a ser persona (Así, BAYARDO, 1970:137).

Para la comprobación de si se está ante una persona en términos del artículo 310 del Código Penal, doctrina y jurisprudencia nacionales suelen unir al requisito del nacimiento, el de la respiración (Así, BAYARDO, 1970:16, CAIROLI, 2004:24). Con ello a su vez, incorporan un decisivo elemento probatorio frente a las diversas situaciones que ofrece la realidad judicial: ante el hallazgo de un cadáver de una criatura con aspecto de recién nacida, será la determinación médico-forense de si respiró o no la que decidirá la imputación de aborto u homicidio, en el caso que la muerte respondiera a la conducta dolosa o imprudente de alguien, siempre conforme las figuras delictivas que en el caso resultaren aplicables. Con ello se advierte a su vez el reiterado error

---

*tres a nueve años de penitenciaría y si ocurriese la muerte, la pena será de cuatro a doce años de penitenciaría.*”

<sup>6</sup> Código Penal uruguayo: “Artículo 316. (Lesiones personales) El que, sin intención de matar causare a alguna persona una lesión personal, será castigado con pena de prisión de tres a doce meses. Es lesión personal cualquier trastorno fisiológico del cual se derive una enfermedad del cuerpo o de la mente. Artículo 317. (Lesiones graves) La lesión personal prevista en el artículo anterior es grave, y se aplicará la pena de veinte meses de prisión a seis años de penitenciaría, si del hecho se deriva: 1. Una enfermedad que ponga el peligro la vida de la persona ofendida, o una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias, por un término superior a veinte días. 2. La debilitación permanente de un sentido o de un órgano. 3. La anticipación del parto de la mujer ofendida. Artículo 318. (Lesiones gravísimas) La lesión personal es gravísima y se aplicará la pena de veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría, si del hecho se deriva: 1. Una enfermedad cierta o probablemente incurable. 2. La pérdida de un sentido. 3. La pérdida de un miembro o una mutilación que le tome inservible o la pérdida de un órgano, o de la capacidad de generar, o una grave y permanente dificultad de la palabra. 4. Una deformación permanente en el rostro. 5. El aborto de la mujer ofendida.”

sistemático de la doctrina penal tradicional uruguaya, por cuanto estos temas suelen analizarlos bajo el epígrafe del “comienzo de la vida para el Derecho Penal”, cuando como acabamos de ver, se trata del *inicio de la personalidad*.

Por consiguiente, en la sistemática de la legislación penal uruguaya, *el concebido no es persona*. Ese estatus lo alcanza la criatura con el nacimiento, y conforme con la opinión dominante en doctrina y jurisprudencia, *además* con la respiración. Por ende, el debate acerca del comienzo de la vida humana es ajeno al Derecho Penal, por cuanto para esta rama del derecho lo relevante en este punto es *el comienzo de la personalidad humana*, que tiene como presupuesto la vida independiente de esa criatura.

Por último, señalemos que ni la *vitalidad* ni la *viabilidad* son requisitos desde la perspectiva penal para la no consideración como persona de su titular, a los efectos de la imputación del delito de homicidio. Así opinaba el codificador, en criterio compartido por autores como SALVAGNO y GREZZI: la *vitalidad* es un elemento absolutamente ajeno al Derecho Penal. Quien da muerte a un moribundo, a un desahuciado o a un sentenciado a muerte cinco minutos antes de que entre al patíbulo, comete un homicidio (SALVAGNO CAMPOS:8; GREZZI, 1961:81).

Tampoco la *viabilidad* interesa al Derecho Penal. Diferente es el caso del requisito de la viabilidad en materia de filiación, fincado en el numeral 3º del artículo 216 del Código Civil uruguayo y ratificado por la Ley Nº 16.603, de 19 de octubre de 1994, que luego fuera eliminado con la nueva redacción dada a ese artículo por el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley Nº 17.823, de 7 de setiembre de 2004), sustituido luego por la Ley Nº 19.075, de Matrimonio Igualitario, de 3 de mayo de 2013; sin embargo, permanece este requisito en materia sucesoria, conforme la remisión que continúa haciendo el artículo 835 del Código Civil al desaparecido numeral 3º de su artículo 216<sup>7</sup>.

Traemos a colación esta digresión exclusivamente para señalar que la viabilidad no es hoy objeto de consideración en Derecho Penal, por cuanto dar muerte a una criatura nacida pero no viable (por ejemplo, monstruosa, o sin cerebro, etc.) constituye delito de homicidio. En la Antigüedad por el contrario era relevante, como IRURETA explicaría recurriendo al ejemplo de las muertes desde la Roca Tarpeya en Roma, y cómo la

---

<sup>7</sup> Código Civil uruguayo: “Artículo 835. Son incapaces: 1º. El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216. 2º. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por las leyes (artículo 21 inciso 2º).”

postura que eximía de responsabilidad por la causación de la muerte al nacido con forma monstruosa fue decayendo -pasando por la diferenciación entre *monstrum* y *monstruosum*- hasta encontrar el último representante de este punto de vista en la obra de PESSINA (IRURETA GOYENA, 1920:11-12; GREZZI, 1961:81-82). Desde allí en más, el Derecho Penal ya ha considerado que en todos los casos esa muerte constituirá un homicidio.

En definitiva, estas consideraciones concurren a la exposición únicamente para ilustrar acerca del concepto de personalidad humana para el Derecho Penal uruguayo, que *requiere para su inicio el nacimiento y la respiración*, en tanto le son ajenos los requisitos de vitalidad y viabilidad.

### - III -

*Sobre un caso reciente de interrupción voluntaria del embarazo en que interviene la Justicia uruguaya*

En febrero de 2017, la opinión pública uruguaya se vio conmocionada por una sentencia de primera instancia, impidiendo -a instancias del presunto padre- la continuación del procedimiento legal de interrupción del embarazo que había iniciado una mujer ante la institución de salud respectiva. En la decisión judicial<sup>8</sup> se hizo lugar a una acción de amparo promovida por aquél, donde la Jueza en cuestión ingresó a valorar los motivos por los cuales la mujer gestante solicitaba la iniciación del procedimiento respectivo conforme la Ley N° 18.987. Inclusive designó Defensor de Oficio en la causa, al concebido.

Posteriormente a la mujer le sobrevino un aborto espontáneo, lo que determinó que el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° turno, por sentencia de 9 de marzo de 2017, archivara el caso por falta de objeto, si bien la Ministra Dra. María del Carmen Díaz falló disorde, en tanto entendió que no se había dado respuesta al agravio contra la mujer, para lo que se remitió a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En tal sentido, analizaría la interpretación auténtica que del art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos ha hecho la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, de 28 de noviembre de 2012,

interpretación que resulta obligatoria para el Uruguay conforme la competencia reconocida a la CIDH por el art. 16 de la Ley N° 15.737, de 8 de marzo de 1985.

En este fallo se sostiene que en el Sistema Interamericano “...no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (parágrafo 223). A su vez, “...la expresión ‘ser humano’, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido” (parágrafo 224); en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte Interamericana expresa que “...los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas” (parágrafo 225); “Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación” (parágrafo 227); “Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida” (parágrafo 231); “El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal” (parágrafo 233); y en la Conclusión de la Corte sobre la interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresa finalmente: “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (parágrafo 264)<sup>9</sup>.

Laudado definitivamente el punto de que el embrión o feto no es una persona para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ni para el derecho uruguayo, nos referiremos a sus repercusiones en la esfera penal.

---

<sup>9</sup> Sentencia N° 6/2017 de la Jueza Letrada de Mercedes de 3° turno, de 21 de febrero de 2017.

*Sobre la imposibilidad fáctica de cumplimiento del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por causas ajenas a la solicitante.*

El caso mencionado precedentemente, hace oportuno reflexionar acerca de este punto. Antes de referirnos al procedimiento de interrupción del embarazo previsto por la Ley N° 18.987, se hace necesario referirse al marco en que se inserta, que es el emergente de la Ley N° 18.426, de Defensa del derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, dado que como se anticipara, esta última incorporaría un nuevo paradigma al derecho uruguayo en relación con los derechos sexuales y reproductivos.

El proyecto del cual surgió dicha ley, partiría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que explícitamente su *Exposición de Motivos* manifiesta que el proyecto tiene como objetivo generar las condiciones necesarias para garantizar el respeto, la defensa, la promoción de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en tanto derechos humanos, como una de las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida de la población y el desarrollo sustentable; agrega más adelante, que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, son el conjunto de procesos normativos institucionales y sociales que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana desde la promoción, el respeto y la garantía de condiciones civiles, políticas, económicas, sociales y culturales que permitan a todas las personas desarrollarse plenamente. A su vez, toma definiciones de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 en relación a los derechos sexuales y reproductivos, y la noción de salud sexual y reproductiva entendida como un “...estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. (...) Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”<sup>10</sup>.

Si bien parece una obviedad en la vida de relación actual del siglo XXI, la distinción entre derechos sexuales y derechos reproductivos desde el punto de vista normativo,

---

<sup>9</sup> [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf); consulta, 22.12.2017.

<sup>10</sup> <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/29685>; consulta, 22.12.2017.

esta independización de los derechos sexuales de los derechos reproductivos es singularmente importante, porque obviamente está absoluta y claramente desconectando -si bien ambos igualmente valorados- lo que es el libre ejercicio de la posibilidad de reproducirse, del libre ejercicio de la sexualidad entendido como un derecho humano fundamental (SILVA FORNÉ, 2011:900). Desde el artículo 1º de la Ley N° 18.426 se hace referencia al deber del Estado de garantizar “...*el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población*”<sup>11</sup>.

Es en este contexto legislativo entonces, que debe insertarse la referencia a la Ley N° 18.987, de Interrupción Voluntaria del Embarazo<sup>12</sup>. Si bien esta norma es el resultado de una negociación política -dado que el partido Frente Amplio no contó para este tema con el apoyo de dos de sus diputados, quedó sin mayorías en esa Cámara y debió negociar el proyecto de ley con un partido minoritario de la oposición, alternativa ineludible para evitar un nuevo fracaso de una solución de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo- finalmente la ley aprobada consagró un modelo medicalizante y paternalista, donde se infantiliza una vez más a la mujer y a las decisiones que pueda tomar como persona adulta y responsable (SILVA FORNÉ, 2012:840).

No obstante, a todas luces peor hubiera sido continuar con la solución penalizadora que introdujera al Código Penal de 1934, la reforma de 1938. Si bien la Ley N° 18.987 puede ser cuestionada desde diversos puntos de vista, su proceso de sanción revela el logro de un objetivo *posible* en el marco de la coyuntura política uruguaya acerca del tema.

Ahora bien, su artículo 1º promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, remitiéndose a la Ley N° 18.426. Posteriormente establece que la interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada en caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en el artículo 3º y se realice dentro de

---

<sup>11</sup> Ley N° 18.426, de 1º de diciembre de 2008: “*Artículo 1º. (Deberes del Estado).- El Estado garantizará condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población. A tal efecto, promoverá políticas nacionales de salud sexual y reproductiva, diseñará programas y organizará los servicios para desarrollarlos, de conformidad con los principios y normas que se establecen en los artículos siguientes.*”

<sup>12</sup> Ley N° 18.987, de 22 de octubre de 2012: *Artículo 1º. (Principios generales).- El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana y promueve el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I de la Ley N° 18.426, de 1º de diciembre de 2008. La interrupción voluntaria del embarazo, que se regula en la presente ley, no constituye un instrumento de control de los nacimientos.*”

las primeras doce semanas de gravidez<sup>13</sup>.

¿Cuál es el propósito del procedimiento previsto por el artículo 3º? Pues asegurarse que la decisión de la mujer sea una decisión informada, habilitar un mecanismo de asesoramiento para ello así como una instancia de reflexión. Cumplido el procedimiento, si la mujer ratifica su decisión, la institución del Sistema Nacional Integrado de Salud de que se trate, debe disponer los medios necesarios para la interrupción del embarazo en curso.

Por consiguiente, resulta evidente que la Ley N° 18.987 reconoce el derecho de la mujer a decidir por sí misma acerca de la procreación y a disponer de su propio cuerpo. No caben dudas de que ella y solo ella es quien decidirá si quiere continuar o no con el proceso de gestación. Se está entonces amparando los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, en tanto ésta tiene derecho a ejercer su sexualidad sin que ese ejercicio le conlleve como consecuencia necesaria la procreación, así como a decidir cómo y cuándo procrear en caso que esa fuere su decisión.

Por consiguiente, si la mujer en estado de gravidez se presenta ante la institución de salud a solicitar la interrupción de su embarazo dentro de las doce semanas, está ejerciendo un derecho personalísimo, que tiene categoría de derecho humano fundamental. De ninguna disposición de la Ley N° 18.987 puede deducirse que el Estado a través de este procedimiento sanitario de carácter administrativo esté tutelando

---

<sup>13</sup> Ley N° 18.987, de 22 de octubre de 2012: “Artículo 3º. (Requisitos).- Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso. El médico dispondrá para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con un equipo interdisciplinario que podrá ser el previsto en el artículo 9º del Decreto 293/010 Reglamentario de la Ley N° 18.426, de 1º de diciembre de 2008, el que a éstos efectos estará integrado al menos por tres profesionales, de los cuales uno deberá ser médico ginecólogo, otro deberá tener especialización en el área de la salud psíquica y el restante en el área social. El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción. En particular, el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable. A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica. Cualquiera fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de todo lo actuado en la historia clínica de la paciente.”

un presunto derecho del concebido, ni derecho alguno de un tercero a inmiscuirse en la decisión personalísima de la mujer grávida.

Entonces, cualquier obstáculo superviniente que acaezca con independencia de la voluntad de la mujer y que frustre o limite el normal desarrollo del procedimiento sanitario previsto por el artículo 3º, no puede impedir en modo alguno que la mujer ejercite este derecho, ya sea una circunstancia de fuerza mayor, deficiencias del Sistema Nacional Integrado de Salud o una acción judicial ajena al procedimiento previsto en esta ley, como en el caso que se mencionara.

Es que no existe en el ordenamiento jurídico uruguayo *persona alguna* que tenga legitimación activa para intervenir en este procedimiento sanitario reglado, a excepción de la propia mujer grávida capaz y mayor de edad. En el caso referido, no correspondía designar Defensor de Oficio para el concebido, en tanto no es persona, así como el padre carecía de legitimación activa para comparecer judicialmente.

Por ende, cualquiera que fuere la circunstancia que le impidiera a la mujer grávida culminar contra su voluntad el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo previsto por el art. 3º, no puede coartar su derecho personalísimo a no continuar con el proceso de gravidez. Esto implica que de darse algún obstáculo de este tipo, a la mujer no le podrá ser exigible aquello que no puede por sí cumplir, por lo que su derecho a interrumpir el embarazo no puede estar subordinado al cumplimiento de un procedimiento sanitario que por razones ajenas a su voluntad se encuentra obstaculizado.

Ello deviene evidente concluir en que, si interrumpe su embarazo en ejercicio del derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico, no va a cometer delito alguno, pues no le puede ser exigible aquello respecto de lo cual no cuenta con la posibilidad fáctica de cumplir, y el Estado no puede supeditar el ejercicio de un derecho humano fundamental como es la decisión acerca de la procreación, a la culminación de un procedimiento administrativo-sanitario de imposible cumplimiento fáctico.

La conducta de la mujer gestante en este caso se encontrará amparada en el propio ordenamiento jurídico, que le garantiza la decisión acerca de la procreación, al haber comparecido en plazo y ante la institución de salud a solicitar la interrupción de su embarazo, procedimiento que por circunstancias ajenas a su voluntad no se pudo cumplir. En caso que resolviera interrumpir su embarazo ante estas circunstancias,

actuará conforme a derecho, por lo que el ejercicio de este derecho personalísimo determina la atipicidad de la conducta, no cometiendo por ende delito alguno.

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

BARRÁN, José Pedro - *Medicina y sociedad en el Uruguay del Novecientos, Volumen 3: La invención del cuerpo*, Banda Oriental, Montevideo, 1995.

BAYARDO BENGUA, Fernando - *Derecho Penal Uruguayo*, Tomo VIII, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1970.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton - *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

CARBALLA, Juan B. - *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado*, 2ª edición, Ministerio de Cultura – Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1968.

GREZZI, Ofelia - “El delito de homicidio”, en ANDREASSEN, Susana / BAYARDO, Fernando / GREZZI, Ofelia - *Temas de Derecho Penal Segundo Curso*, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1961.

IRURETA GOYENA, José - *El delito de homicidio*, Peña Hnos., Montevideo, 1920.

IRURETA GOYENA, José - *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932.

LACKNER, Ricardo: “Aproximación al pensamiento de José Irureta Goyena a través de sus discursos”, en *Revista de Derecho Penal* N° 15, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

LACKNER, Ricardo: “Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales”, en *Revista de Derecho Penal* N° 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

MALET VÁZQUEZ, Mariana: “Para una reforma de los delitos sexuales”, *Revista de Derecho Penal* N° 17, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

MALET VÁZQUEZ, Mariana - “Vicisitudes de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva (Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008)”, en *Tribuna del Abogado*, enero-marzo 2009, Montevideo.

MALET VÁZQUEZ, Mariana: “La Ley de Salud Sexual y Reproductiva: un conflicto permanente (Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008)”, *Revista de Derecho Penal* N° 18, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

MALET VÁZQUEZ, Mariana / LACKNER, Ricardo: “Una perspectiva de género para la reforma del Código Penal”, en GONZÁLEZ PERRETT, Diana (Coord.): *El enfoque de género en las reformas de la legislación penal y procesal penal*, Bancada Bicameral Femenina - UNIFEM, Montevideo, 2009.

MALET VÁZQUEZ, Mariana / SILVA FORNÉ, Diego - *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado*, con la colaboración de Ricardo LACKNER y Natalia ACOSTA, 3ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2017.

NARIO, Carlos - “¿Por qué castigamos?”, *Revista de Ciencias Penales* N° 3, Carlos Alvarez editor, Montevideo, 1997.

ORTIZ MILLÁN, Gustavo - *La moralidad del aborto*, Siglo XXI editores, México, 2009.

PUIG, Gustavo - “La dosimetría de las penas en el Código Penal uruguayo”, *Revista de Derecho Penal* N° 18, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

SALVAGNO CAMPOS, Carlos - *Apuntes de Derecho Penal. Segundo Curso*, Montevideo, s/f.

SANSEVIERO, Rafael - “¿Qué produjeron setenta y cuatro años de debates sobre el aborto provocado en Uruguay?”, *Revista de Derecho Penal* N° 18, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

SAPRIZA, Graciela - “El caso del aborto en el Uruguay de Terra (1933-1938)”, *Revista de Derecho Penal* N° 18, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

SILVA FORNÉ, Diego - “De las buenas costumbres a la libertad sexual. Apuntes para una lectura del

Código Penal a través de los derechos sexuales y reproductivos”, *Espacio Abierto - Revista del CIEJ-AFJU* N° 12, Centro de Investigación y Estudios Judiciales - Asociación de Funcionarios Judiciales del Uruguay, Montevideo, 2010.

SILVA FORNÉ, Diego - “Ley penal y aborto en el Uruguay”, *Revista de Derecho Penal* N° 19, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011.

SILVA FORNÉ, Diego - *La Reforma Penal. El derecho vigente. Modificaciones proyectadas. Alternativas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

SILVA FORNÉ, Diego - “Derechos sexuales y reproductivos y la aprobación de un régimen de interrupción voluntaria del embarazo en el Uruguay” *Revista de Derecho Penal* N° 20, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.