

EL DELITO DE ABORTO EN LA LEGISLACION URUGUAYA

Jorge Rivera*

I.- *Introducción*

La problemática suscitada por la interrupción voluntaria del embarazo, tradicionalmente conocida con el nombre de aborto (del latín ab = privación o separación, y ortus = comienzo o nacimiento) trasciende largamente la esfera jurídica, y continúa siendo en la actualidad objeto de un encendido debate político, religioso, y por supuesto también bioético.

No obstante, en el último siglo su arista más polémica ha sido la penal, en virtud de que el mantenimiento de su calificación como delito, lejos de impedir su práctica ha favorecido indirectamente la muerte de muchas mujeres pobres, que no podían pagar los valores de mercado propios de la clandestinidad y terminaban abortando en condiciones de riesgo para su vida.

En Argentina por ejemplo, el debate continúa acaloradamente en estos mismos días, luego de que se frustrara hace un par de años una iniciativa legislativa para su despenalización; situación por la que Uruguay también transitó en la década pasada, tras dos intentos frustrados (2003 y 2008) de descriminalizarlo durante los primeros meses de la gestación, según se analizará en los próximos capítulos.

Tales razones ya darían sentido al estudio jurídico del aborto y las vicisitudes que ha atravesado en la breve pero cambiante historia de nuestro país. Pero para los penalistas uruguayos su principal interés en la actualidad radica en poder precisar cuál es el régimen vigente a partir de la aprobación de la Ley 18.987, que además de descriminalizar ciertas prácticas que hasta entonces constituían delito, operó además la derogación tácita de varias disposiciones reguladas en el art. 328 del CPU, vigentes hasta entonces.

II.- *Concepto*

El derecho uruguayo no ha establecido hasta la fecha un concepto legal de aborto, por lo cual deberá tomarse como referencia el concepto médico. El aborto es la interrupción del embarazo, con la consecuente muerte y expulsión del embrión o feto¹ del cuerpo materno.

Puede ocurrir por diversas causas naturales, es decir de manera por completo ajena a la voluntad de interrumpir la gravidez. Es lo que en el lenguaje médico se denomina aborto espontáneo y en el popular se conoce como pérdida del embarazo.

Pero para el Derecho Penal sólo resulta relevante el que se materializa por la acción intencional de la propia gestante o de un tercero, para impedir que el desarrollo fetal continúe hasta el nacimiento.

En Medicina, a esta última modalidad se le ha denominado tradicionalmente *aborto provocado*, si bien la ley vigente en la materia (18.987) ha optado por llamarle *interrupción voluntaria del embarazo* (IVE) cuando se realiza en las condiciones establecidas por la misma, así como considerarlo un aspecto de la llamada "salud sexual y reproductiva de

* Ayudante (Grado 1) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UDELAR.

¹ Los vocablos embrión y feto designan etapas sucesivas del desarrollo prenatal, según se verá .

la mujer”², haciendo de la decisión sobre la sobrevivencia del feto un derecho exclusivo de la gestante dentro de los plazos establecidos en sus artículos 2 y 6.

En otras palabras, por indisimulable voluntad del legislador³, desde la regencia de la Ley 18.987 el aborto legal se denomina oficialmente interrupción voluntaria del embarazo, reservándose el término aborto para el realizado fuera de los márgenes legales, es decir para designar las modalidades penales que estudiaremos a continuación.

Si bien el **aborto espontáneo** es estadísticamente mucho más frecuente, especialmente en las primeras semanas de la gestación, jurídicamente sólo está regulado el **provocado**. Y específicamente para el Derecho Penal sólo es relevante una parte de este último: el realizado fuera de los requisitos impuestos por los artículos 3 y 6 de la antedicha ley 18.987.

III.- Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido mediante la criminalización de la conducta abortiva, es la vida intrauterina, dependiente o prenatal del ser humano.

Atrás quedaron definitivamente las concepciones que consideraban al feto una víscera materna o una mera esperanza de vida⁴. Diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los DD.HH., el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de DD.HH. han establecido la obligación de los estados de proteger la vida de las personas, y en particular el último de los mencionados, también conocido como Pacto de San José de Costa Rica, declaró en su art. 4º que la vida humana debe ser protegida “en general” desde la concepción. Nuestro país ratificó en 1969 y 1985 respectivamente (leyes 13.751 y 15.737) cada uno de dichos Pactos, por lo que desde entonces ya no es admisible sostener como antaño que la vida comenzaba con el nacimiento, la respiración o el transcurso de las primeras 24 horas posteriores al alumbramiento.

El Derecho Internacional primero y el interno luego, se ajustaron a la realidad fáctica que es objeto de estudio de la Biología y la Medicina, declarando que la vida comienza con la unión de los gametos femenino y masculino (óvulo y espermatozoide). Pero además se

² El concepto de salud sexual y reproductiva adoptado por la ley uruguaya proviene del dado por la Organización Mundial de la Salud e implica un plus respecto a la concepción tradicional que lo reducía a los aspectos biológicos y reproductivos, incluyendo el derecho a una sexualidad gratificante, sin coerción ni el temor a infecciones o embarazos no deseados, así como la posibilidad de poder regular la fecundidad, el derecho a un parto seguro y sin riesgos y el derecho a dar luz y a criar niños saludables

³ La Ley 18.987, emplea solo en dos ocasiones el término aborto. La primera es en su art. 3: “*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*”. La segunda, en su art. 12, referido a la obligación impuesta al M.S.P. de llevar un registro estadístico, de – entre otras cosas–: *Los procedimientos de aborto realizados*. En todas las demás referencias que se hacen al mismo en el cuerpo de la ley, se le denomina con su nueva identidad (IVE)

⁴ Para IRURETA GOYENA y la totalidad de los autores nacionales hasta fines de los años '80 (SALVAGNO CAMPOS, CAMAÑO ROSA, BAYARDO BENGOA, etc), la tutela penal del bien jurídico vida era posterior al nacimiento, no bastando la mera existencia biológica del feto para convalidarlo jurídicamente como sujeto de derecho. En consecuencia éste era considerado una *víscera más de su madre* y solo podía ser protegido como una *esperanza de vida*, considerándose pues que la protección penal solo se iniciaba al volverse orgánicamente independiente de la gestante. Nótese que las modalidades de aborto reguladas en el C.P.U. se ubican en el capítulo IV del Título XII, inmediatamente después de la Rapiña y de la figura bifronte del Disparo con arma de fuego y Acometimiento con arma apropiada, y no luego del Homicidio. Lo que prueba que eran considerados delitos solo parcialmente emparentados entre sí (vide IRURETA GOYENA, José: El delito de Aborto, en Obras Completas, CED, 1932).

acordó el establecimiento de su protección *ab initio*, si bien para conseguir el consenso necesario debió establecerse una tutela genérica (“en general” desde la concepción).

En doctrina se han hecho dos interpretaciones dispares respecto a ello. Una mayoritaria, que sostiene que “*en general*” se opone a “en particular”, es decir que admitiría excepciones como la de habilitar el aborto en ciertas condiciones⁵, y otra posición menos aceptada que sostiene que “en general” debe entenderse como “en todos los casos”, o en otras palabras sin excepciones⁶.

Lo cierto es que en lo que se refiere a la legislación nacional ha habido oscilaciones respecto al alcance de la protección penal, siendo la más restrictiva la del Código de 1889 que consideraba al aborto un delito en toda circunstancia y cualquiera fuese su autor; y la más liberal la establecida en la redacción original del Código de 1934 (Ley 9155), que sólo castigaba el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer grávida.

Hoy día, si bien ciertas modalidades han sido descriminalizadas (aborto legal o IVE), la regla continúa siendo que el aborto es delito y su excepción la legitimidad de practicarlo en los plazos o circunstancias expresamente previstas en la ley.

Existe consenso doctrinario en que en la modalidad calificada por el resultado muerte o lesión prevista en el art. 326 del CPU, la tutela comprende también la integridad física de la madre, es decir que se trata de una figura pluriofensiva.

En cuanto a que la protección jurídica de la vida prenatal comprende el período que va desde la concepción hasta el alumbramiento, es preciso señalar que no toda la doctrina penal coincide en qué debe entenderse por concepción en sentido jurídico. Desde el punto de vista médico no hay dos opiniones posibles: coincide con la constitución de un nuevo ser, al producirse la fecundación del óvulo por un espermatozoide. Pero desde el punto de vista jurídico, la mayoría de la doctrina sostiene que es algo más tardío y coincide con el embarazo, es decir con el momento en que el embrión se implanta o anida en la pared uterina, adonde continuará su desarrollo hasta producirse el nacimiento.

Si bien muchos autores identifican el concepto jurídico de concepción con el médico, caso entre nosotros por ejemplo de ALLER, que afirma que el embrión “*es persona desde la concepción (no requiere tampoco llegar a la anidación)*”⁷, la mayoría adhiere a la posición dominante en la doctrina española, que la identifica con la anidación, por cuanto no existe propiamente embarazo y en consecuencia tampoco podría haber aborto antes de dicho momento.

Tal como lo señala MUÑOZ CONDE⁸, son varios los argumentos para sostener tal posición. En primer lugar, sólo a partir de la anidación se produce una vinculación orgánica entre el embrión y la madre. Antes hay ya un nuevo ser, genéticamente distinto que sus padres, pero no hay todavía embarazo; el embrión “flota” por una trompa o el útero materno, pero no está todavía prendido al mismo. En segundo término, de admitir que toda forma de destrucción embrionaria constituye aborto, entonces debería incriminarse tal delito aún en el caso de embriones creados en el laboratorio por fertilización *in vitro*, es decir fuera del cuerpo materno y por lo tanto también sin que medie

⁵ Cfme. PREZA RESTUCCIA, Dardo: La enseñanza del Derecho Penal a partir de casos reales, parte especial, Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011

⁶ Así por ejemplo MONTANO, Pedro: *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez*. Tesis III La legislación no puede desconocer la realidad de la existencia de vida humana en su etapa de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia. Edición de la Universidad de Montevideo, 2008, pág. 33/41

⁷ ALLER, Germán: Consideraciones sobre el aborto, págs. 9 /10. En LANGON y ALLER: *Criminología y Derecho Penal*, tomo I, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, parte especial, págs. 87/88. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

un embarazo, lo que equivaldría a la prohibición de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad. Por último, la teoría de la anidación amplía la legitimidad del uso de métodos anticonceptivos de amplia aceptación mundial, como el DIU (dispositivo intrauterino) cuya función consiste precisamente en impedir la anidación o implantación del embrión mediante microcontracciones del útero, y no en bloquear la unión de los gametos masculino y femenino. En otras palabras, el embrión, sea en fase de mórula o blastocito, que ya es un ser distinto a sus padres genéticos (es decir quienes aportaron sus células sexuales) no podrá continuar desarrollándose por no poder implantarse por la reacción orgánica a la presencia del DIU, lo que está perfectamente tolerado.

Todo lo cual pone de manifiesto que la tutela penal efectiva es algo más tardía y comienza a partir de la anidación del embrión en el endometrio, lo que ocurre entre una y dos semanas después de la concepción, sin perjuicio de lo establecido por el art. 2 de la Ley 18.987⁹.

IV.- Materialidad jurídica

El **delito de aborto** supone entonces necesariamente la interrupción dolosa de un embarazo y en consecuencia la concepción es condición necesaria pero no suficiente para su materialización, requiriéndose que el embrión previamente concebido, lo más a menudo en una de las trompas de Falopio (que son los conductos que conectan cada ovario con el útero) haya anidado fijándose a la pared uterina.

Recién a partir de entonces puede hablarse propiamente de embarazo, porque es a partir de dicho momento que el organismo iniciará una serie de transformaciones necesarias para que el embrión pueda continuar desarrollándose. Así por ejemplo la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que es al implantarse que el nuevo ser es reconocido por el organismo de la madre como algo distinto a sí misma, pues allí comienza una serie de transformaciones fundamentales en el cuerpo materno como la secreción de gonadotropina coriónica que actuará sobre el ovario para impedir que siga produciéndose la menstruación, entre otras manifestaciones propias del embarazo.

Hoy día la concepción puede producirse por tres vías completamente diversas que convendrá tener presente en atención a su relevancia jurídico penal: a) por relación sexual, b) por inseminación artificial, o c) por fecundación *in vitro*. En los dos primeros casos, tiene lugar en el cuerpo de la mujer, pero en el tercero no, debiendo por ello transferirse al útero materno el embrión creado en el laboratorio.

Es por tal razón que no hay aborto cuando se destruyen estos embriones si todavía no se han implantado. En otras palabras, para que se produzca un aborto -tanto desde el punto de vista médico como desde el jurídico- debe existir no sólo un embrión humano potencialmente viable, sino además un embarazo, entendiendo por tal cosa que el embrión esté anidado y vivo.

En la actualidad los servicios de reproducción asistida suelen fecundar simultáneamente varios ovocitos previamente extraídos a una mujer. Ello es necesario porque no todas las fertilizaciones practicadas dan lugar a la concepción y porque tampoco todos los embriones posteriormente transferidos se implantan y continúan su desarrollo.

⁹ Como se verá, en Uruguay desde la aprobación de la ley citada, la tutela penal es todavía más tardía y comienza recién vencido el plazo de 12 semanas en las que la IVE es atípica si se realiza de acuerdo a las condiciones legales, es decir que no constituye delito.

Por eso se fertiliza un número plural de óvulos, dando lugar a la generación de más embriones de los que la ley admite transferir y la biología desarrollar, en caso de implantarse conjuntamente. De allí que al resto se los conserve “vivos” (en realidad en estado de hibernación) congelados en nitrógeno líquido, para eventualmente transferirlos en el futuro, sea porque los ya implantados no sobrevivieron, o porque la madre decide tener más hijos.

Ahora bien, de suceder que al cabo del límite reglamentario de 5 años fijado por el decreto 311/014¹⁰, los “padres” de dichos embriones decidan no hacer uso de ellos, el laboratorio procederá a su descarte, sin que ello configure delito por las razones que vienen de explicitarse.

Conceptualmente debe pues distinguirse entre **fecundación, concepción y anidación**, en virtud de los diferentes efectos jurídicos que emergen de la muerte del embrión en cada caso.

En la del embrión creado mediante técnicas de fertilización *in vitro* y todavía no implantado, la conducta es atípica porque aún no hay embarazo. Es decir que su “destrucción” (como suele llamársele en el mundo médico) no es delito.

En los casos de concepción natural sin anidación uterina (días inmediatos a la unión de los gametos sexuales, antes de que el ser resultante se fije naturalmente en el endometrio), la conducta carece de relevancia penal porque no está prohibido el uso de DIU ni se persiguen sus efectos anticonceptivos, que según viene de mencionarse no consisten exactamente en impedir la concepción sino la anidación del embrión.

Por último, en el tercer caso (embrión ya anidado), la interrupción voluntaria de su desarrollo, que tanto desde el punto de vista médico como el jurídico constituye vida intrauterina, configura la base del delito de aborto. No obstante en Uruguay desde la regencia de la Ley 18.987 la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 12 primeras semanas de la gestación ha pasado a ser atípica¹², salvo en caso de que el aborto se practique sin el consentimiento de la mujer (art. 325 ter del Código Penal).

Por lo tanto sí constituye delito el caso otrora frecuente y hoy difícilmente reproducible de la llamada reducción de embriones en embarazos múltiples, implantados luego de un procedimiento de reproducción asistida. Si bien como se adelantaba el decreto reglamentario de la Ley 19.167, limita en su art. 11 a dos y excepcionalmente a tres el número de embriones fecundados *in vitro* que se pueden implantar en una mujer, hace unos años cuando dicha técnica de reproducción era menos eficaz que en la actualidad, era común que se provocara mediante estimulación folicular una ovulación múltiple y su consecuente fertilización, de la que resultaba la concepción de 5 o más embriones, que en caso de implantarse no serían biológicamente viables. En tales casos la indicación médica posterior era la llamada *reducción*, concretada mediante la aplicación de una inyección de cloruro de potasio que provocaba la muerte de los menos viables, permitiendo la supervivencia de sólo 2 o 3. Dicha conducta constituía jurídicamente una forma de aborto criminal que sin embargo nunca se persiguió.

Hoy día los progresos de las técnicas de reproducción asistida han hecho desaparecer tal práctica. No obstante, debe advertirse que en virtud de los cambios legislativos recientes, si volviera a presentarse una situación semejante, debería tenérsela por

¹⁰ Decreto 311/014 (decreto reglamentario de la Ley 19.167), art. 18

¹¹ Así PREZA RESTUCCIA, Dardo: *Ibid.*, pág. 65

¹² Es menester aclarar que dicha regla tiene tres excepciones previstas en el art. 6 de la Ley 18.987, que se detallarán en páginas siguientes.

ajustada a la ley (es decir atípica) dentro de las primeras 12 semanas, en la medida que la gestante consintiera tal procedimiento.

V.- Aspectos médicos: las etapas del desarrollo prenatal

La primera fase del desarrollo de la vida humana se denomina **cigoto** y dura apenas un día, comprendiendo desde la concepción hasta la primera división celular. Es decir que en la concepción, con dos células de diferentes personas se constituye un nuevo ser unicelular.

Con la primera división celular comienza la **etapa embrionaria**, cuyo primer estadio se llama **mórula** (anterior a la anidación, que se produce entre la primera y segunda semana de la concepción), y a partir de la anidación en el endometrio, el embrión pasa a denominarse **blastocito** que supone ya unas 200 células y se desarrolla de manera notable, diferenciándose a partir del mismo la **placenta**. Hasta que en la 8a semana comienza la **etapa fetal** y gradualmente comienzan a diferenciarse los órganos, así como a funcionar algunos de ellos, caso del corazón, el hígado o los riñones.

Por tal razón la mayoría del pensamiento médico considera que la concepción coincide con el inicio del embarazo, que se produce con la anidación de la mórula en el endometrio, pues es entonces cuando el cuerpo de la madre empieza a cambiar para gestar al nuevo ser, distinguiendo por lo tanto la concepción de la fecundación.

VI.- Evolución normativa

Como se adelantaba, Uruguay ha tenido 4 regímenes penales a lo largo de aproximadamente el último siglo y medio: 1889, 1934, 1938, 2012

- **CPU 1889** – Incluyó todas las formas de aborto provocado y con penas mayores a las actuales. Fue por tanto el régimen más estricto. En nuestro caso, transcurridos 130 años desde entonces y tratándose de una presentación orientada al estudio del vigente, carece de sentido ingresar en sus detalles, ya que sólo conserva valor histórico.

- **CPU 1934** – en su redacción originaria (Ley 9.155) el codificador excluyó del régimen penal al aborto voluntario realizado por la propia mujer grávida o por cualquier tercero que participara en el mismo (médico, partera, etc.). Es decir que sólo era delito el realizado sin el consentimiento de la mujer, actual art. 325 ter del CPU, que podía agravarse por el resultado muerte o lesión de la misma, según la previsión del art. 326, y que presentaba tres agravantes especiales en el art. 327.

El fundamento de la descriminalización del aborto consensual (promovido o al menos consentido por la mujer) fue el que explicábamos en el apartado anterior. Se consideraba al feto como mera víscera materna, sin una naturaleza jurídicamente tutelable *per se*, por tratarse apenas de una esperanza de vida, que solo se convertiría en sujeto de derecho con el nacimiento. Por lo tanto la lógica jurídica indicaba que la mujer tenía todo el derecho de decidir continuar o interrumpir el embarazo, porque el hijo que gestaba era considerado una parte de ella hasta que naciera. De modo que carecía de fundamento jurídico condenar penalmente la conducta de la mujer, aunque pudiera hacérselo desde el punto de vista moral.

Debe tenerse presente que el dogma según el cual el comienzo de que la vida humana coincide con la concepción, recién aparece formalmente en el derecho interno al

ratificarse el Pacto de San José de Costa Rica ¹³ en 1985, mediante la Ley 15.737. Por ello para el codificador patrio el único delito de aborto admitido (es decir el realizado sin consentimiento de la mujer), tutelaba la integridad física de la madre y no la vida del hijo que gestaba¹⁴.

La reforma de 1934 introdujo además un régimen dulcificado en el art. 328 (después convertido en 328.1), la del aborto honorífico, que desde el advenimiento de la Ley 18.987 ha quedado tácitamente derogado por sus arts. 6 y 14, según se verá más adelante.

El razonamiento jurídico del codificador era inobjetable, pero la regulación abolicionista plasmada en la redacción originaria del nuevo CPU generó de inmediato profundas críticas basadas en presupuestos religiosos y filosóficos, de los que IRURETA GOYENA como buen positivista se había mantenido alejado. Diversos políticos e intelectuales de la época se alzaron contra el flamante régimen, dando lugar apenas 4 años más tarde a una reforma legal a mitad de camino entre las posiciones más polarizadas que pretendían en un caso volver al modelo del Código de 1889 y en el otro mantener la innovación entonces vigente¹⁵.

- **La Ley 9763** de 28 de enero de 1938, reintrodujo las figuras que hoy son los arts. 325 y 325 bis del CPU (aborto con consentimiento de la mujer y aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de una mujer), pero con penas más benignas que las que tenían fijadas en el Código de 1889.

Y además creó nuevas atenuantes y eximentes, agregadas a los numerales 2 a 5 del art. 328 (abortos sentimental, terapéutico y miserablé⁶, más la obligación de que fuera realizado por un médico y dentro de los tres primeros meses de la gestación, salvo en el caso del llamado aborto terapéutico).

No obstante en la práctica, si mediaba consentimiento de la mujer el delito no se perseguía, salvo en los casos que encuadraban en el art. 326 (aborto con resultado lesión o muerte de la mujer)¹⁸.

Si bien el índice de mortalidad materna era bajo, con el paso de los años algunos sectores invocaban la necesidad de volver a la despenalización total en los casos de abortos consentidos, para eliminar las muertes producidas por infecciones derivadas de abortos clandestinos practicados en condiciones de higiene deficientes, lo que casi siempre

¹³ Convención Americana sobre DD.HH. (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica). "Art. 4.1: *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*".

¹⁴ De allí también que "el aborto de la mujer ofendida", previsto en el num. 5º del art. 318 del CPU, como una forma de lesiones gravísimas, cuya redacción originaria de 1934 no ha sido modificada nunca, tutele la integridad física de la madre y no la vida del feto. Según el paradigma propio de la época, es la acción dolosa o imprudente que provoca la pérdida de la esperanza de vida que la mujer grávida gesta en su matriz, lo que se establece como delito y no propiamente la muerte del feto, que carecía –y sigue careciendo– de tutela en tales circunstancias. Disposición que como la del art. 317.3 (anticipación del parto de la mujer ofendida) deberían ser actualizados legislativamente, para ajustarla al paradigma contemporáneo.

¹⁵ Un dato histórico valioso por su antigüedad refiere a que poco antes de la aprobación de la Ley 9.763 se presentó un proyecto de reforma que si bien restauraba el delito de aborto con el consentimiento de la mujer, declaraba expresamente lícitos los realizados durante los tres primeros meses del embarazo. El proyecto no resultó finalmente aprobado, pero constituye un claro antecedente de la despenalización conseguida recién entrado el siglo siguiente con la Ley 18.987.

¹⁶ Denominaciones dadas por Miguel Langón por razones didácticas.

¹⁷ "Se ha producido en nuestro país una suerte de despenalización tácita de cualquiera de sus conductas, excepción del calificado por el resultado que es prácticamente el único caso en que se registran procesamientos por este delito" (CAIROLI, Milton: El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Tomo III, pág. 152. FCU, Montevideo, 2004)

¹⁸ Ver su explicación en la página 8.

afectaba a mujeres pobres, que no podían pagar el costo de la intervención en clínicas también clandestinas, pero más seguras¹⁹.

La cifra negra de la criminalidad en la materia se situaba hace unos 50 años en aproximadamente 3 abortos por cada nacimiento ²⁰, es decir cerca de 150.mil anuales, relación que se fue emparejando gradualmente con la masificación de nuevos métodos anticonceptivos como la píldora, el DIU y las prostaglandinas.

Los últimos relevamientos estadísticos realizados en la era de la clandestinidad, estimaban su número en unos 2/3 de los nacimientos (Sanseviero (2000) ²¹, para quien rondaban los 33 mil anuales).

Fueron años en los que también en el concierto internacional el tema estuvo en el centro del debate público, especialmente con motivo de un sonado juicio civil que tuvo lugar a partir de 1970 en el estado de Texas, a raíz de la demanda formulada por una mujer que afirmaba haber quedado embarazada en una violación, para que se le autorizara a abortar. El caso, conocido mundialmente como Roe vs Wade, llegó tras sucesivos fallos impugnados, hasta la Corte Suprema de Justicia de EEUU, que en 1973 amparó la demanda, reconociéndole a la mujer su derecho a abortar, basado en la 14ª enmienda de la Constitución Federal, e interpretando que “el aborto debe ser permitido a la mujer por cualquier razón, hasta el momento en que el feto se transforme en viable, es decir, sea potencialmente capaz de vivir fuera del útero materno, sin ayuda artificial». La sentencia resultó histórica porque consideró implícitamente inconstitucionales a la mayoría de las leyes contra el aborto vigentes en los estados de la Unión, obligando a su modificación y a la postre, por la regencia del modelo procesal del *stare decisis* y la jerarquía del Tribunal emisor, significó su despenalización en todo el país. Entre nosotros, MONTANO ha relevado el impacto de dicho fallo jurisprudencial en el aumento del número de abortos verificado en EE.UU. en los 10 años posteriores, pasando de setecientos mil a un millón seiscientos mil.²⁴

Lo que a su vez constituyó un fuerte estímulo para los movimientos que bregaban por la despenalización en otros países.

- **La Ley 18.426.** Volviendo a Uruguay, en el año 2008, luego de sucesivos oleajes despenalizadores que no prosperaron por la férrea oposición de sectores *provida* liderados por la Iglesia Católica (1979 y 2003²⁵ entre otros), esta ley se propuso

¹⁹ Las estadísticas oficiales del MSP no avalan dicha presunción, ya que en el período 2004-2011 (antes de la ley), murieron un total de 8 mujeres a consecuencia de abortos mal practicados o sucesivos (promedio de 1 por año) en tanto entre 2012 y 2016, es decir durante la regencia de la nueva ley, lo hicieron 5 (exactamente el mismo promedio). Ciertamente debe reconocerse que las muertes recientes son todas por abortos clandestinos, que aún continúan practicándose en embarazos de más de 12 semanas. Pero ponen en duda el pronóstico acerca de que la legalización del mismo iba a asegurar que no hubiese más muertes maternas. Los datos estadísticos pueden ampliarse en la web del M.S.P., o también en <https://www.elpais.com.uy/informacion/cifras-interrupcion-embarazo-crecendesaceleran.html>

²⁰ MOREL, SERRA, GONZALEZ Y ALVAREZ. Incidencia del aborto voluntario en Uruguay. Asociación Uruguaya de Planificación Familiar] de Ginecología, 1977. Citado por CAIROLI, Milton: Ibid, pág. 135

²¹ SANSEVIERO, Rafael y colaboradores: Condena tolerancia y negación – El aborto en Uruguay. Centro Internacional de Investigación e Información para la Paz, 2000. Versión electrónica consultada para este trabajo:

https://www.academia.edu/1558987/Condena_tolerancia_y_negaci%C3%B3n_Situaci%C3%B3n_del aborto en Uruguay

²² La causal del embarazo fue reconocida como falsa por la propia mujer, 25 años más tarde.

²³ Huelga decir que dado que los sucesivos procesos duraron más de tres años, la mujer debió proseguir con su embarazo y tras parir dio a su hijo en adopción. Es decir que tal como suele suceder en todas partes, allí también los tiempos de la justicia y la biología estuvieron por completo divorciados.

²⁴ MONTANO, Pedro: Ibid., pág. 36

²⁵ Un valioso aporte sobre las claroscuros del proyecto de 2003 fue realizado por ALLER, quien por ejemplo señala que si bien aquél se titulaba de Defensa de la salud reproductiva, “no se nuclea en torno a la salud de la mujer embarazada, sino primordialmente hacia la eliminación del tipo penal de aborto en un amplio margen”, por lo cual “el título del proyecto no condice acabadamente con su contenido”, y en honor a la verdad “debería titularse haciendo clara y directa alusión a una

descriminalizar los abortos practicados en las 12 primeras semanas de la gestación, invocando como fundamento normativo la tutela de la salud sexual y reproductiva de la mujer. No obstante tales disposiciones no llegaron a entrar en vigencia porque luego de ser aprobada por el Poder Legislativo la ley fue parcialmente vetada por el Poder Ejecutivo presidido por Tabaré VAZQUEZ, que rechazó dicha innovación²⁶.

- **La Ley 18.987.** Hasta que finalmente en octubre de 2012, una nueva norma legal volvió a disponer la despenalización durante las 12 semanas iniciales, sujeta al cumplimiento de otras circunstancias y requisitos que se describirán a continuación.

VII.- Régimen vigente

Si bien como ya fuera adelantado, en Uruguay no constituyen delito todas las formas de aborto provocado, siguen existiendo modalidades penales, cuya regulación está establecida en los artículos 325 a 328 del Código Penal. Pero la regulación prevista en el Código debe armonizarse necesariamente con lo dispuesto por la Ley 18.987, que lo modificó tácitamente.

Es decir que dicha ley no derogó en forma expresa las disposiciones incluidas en los citados arts. 325 a 328 del C.P.U., como sí lo hacía la Ley 18.426 en sus artículos 18 y 19, a la postre vetados por el Poder Ejecutivo. Por el contrario la Ley 18.987 dispone tan sólo que se derogan aquellas disposiciones que se opongan a ella (art. 14), por lo cual a mi juicio el único artículo del Código que ha quedado derogado integralmente es el 328, en tanto que los arts. 325 y 325 bis han sido modificados, mediante la descriminalización parcial de tales conductas, siempre que éstas se verifiquen dentro de los plazos, circunstancias y requisitos establecidos en sus arts. 2 y 3, lo que alcanza exclusivamente a los abortos realizados durante las primeras 12 semanas de gestación.

Tales **requisitos** son dos consultas sanitarias²⁷ previas a la denominada Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), más una tercera de control, posterior a la intervención, que debe ser monitoreada por el médico tratante.

En cuanto a las **circunstancias**, puede distinguirse entre:

- 1) las **ordinarias** previstas en el art. 3, denominadas *familiares, económicas, sociales y etarias*, conceptos no definidos por la ley para habilitar una interpretación amplia que facilite la IVE.
- 2) las **extraordinarias**, que están reguladas en el art. 6 y son tres: a) embarazo con grave riesgo de salud para la mujer (IVE terapéutica), b) feto con malformaciones incompatibles con la vida extrauterina (IVE eugenésica), c) embarazo producto de una violación acreditada. En los dos primeros casos, la IVE puede practicarse hasta el

mayor despenalización del aborto" (ALLER, Germán: Consideraciones sobre el aborto, págs.9 /10. En LANGON y ALLER: Criminología y Derecho Penal, tomo I, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005).

²⁶ Las disposiciones vetadas fueron las contenidas en los arts. 7 a 20, que se referían precisamente a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo (arts. 7 a 13), normas generales sobre su práctica (arts. 14 a 17), y modificaciones a la regulación entonces vigentes del delito de aborto (arts. 18 a 20).

Cabe agregar que dentro del plazo constitucional la Asamblea General se reunió para levantar el veto, pero no se alcanzó el número de voluntades necesarias porque a la oposición de los legisladores del Partido Nacional y el Partido Colorado (con la excepción del Senador Julio María Sanguinetti), se sumaron las de dos diputados del Frente Amplio (Víctor Semproni y Juan Andrés Roballo).

²⁷ La primera con un médico y la segunda con un equipo interdisciplinario integrado por ginecólogo, psicólogo o psiquiatra y trabajador social.

final de la gestación, mientras que en el tercero se extiende hasta la semana 14 y requiere previa denuncia judicial de la violación²⁸.

Por lo tanto, siguen siendo delito tanto el aborto autoinfligido por la gestante, como el practicado por un tercero con el consentimiento de aquélla, pero sólo a partir de la 13ª semana del embarazo.

VIII.- Tipos penales

1. Aborto con consentimiento de la mujer (arts. 325 del CPU)

De lo que viene de verse, se desprende que tal conducta como la de quienes colaboren en la interrupción voluntaria del embarazo, han sido descriminalizadas durante el plazo inicial de 12 semanas, si se cumple además con las circunstancias y requisitos descriptos.

Ello supone implícitamente que su verificación a partir de la 13ª semana sigue siendo delito, en idénticas condiciones a como lo era desde 1938 (ley 9.763).

La figura del art. 325 castiga exclusivamente a la mujer grávida, tanto en el caso que ella misma provoque su aborto, como en el de que consienta que otro se lo practique. Se incrimina exclusivamente a título de dolo directo y su pena es de 3 a 9 meses.

2. Aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer (art. 325 bis)

Esta figura es una extensión de la anterior. En los hechos la casi totalidad de los abortos punibles se realizan con la colaboración de terceros, incluyendo entre ellos a los que participan decisivamente con actos específicos (abortero por ejemplo), como a los familiares que se limitan a acompañar a la mujer hasta el lugar donde abortará (en este caso obviamente, solo si la acompañante lo hace a sabiendas, es decir si obra con dolo directo). La mujer grávida responderá en tal hipótesis por el art. 325 y sus colaboradores por el 325 bis.

Es importante notar que el disciplinamiento de esta norma altera las reglas generales de coparticipación criminal previstas en los arts. 59 y siguientes del C.P.U. Razón por la cual no podrá distinguirse entre autores, coautores y cómplices, sino que todos los que colaboren con "*actos de participación principal o secundaria*" responderán en calidad de autores, si bien el juez estará siempre habilitado a graduar diferencialmente la pena, distinguiendo por ejemplo entre el grado de injusto del abortero, el de quien colabora en su pago y el de la amiga de la mujer embarazada que sólo la acompaña a practicarse el aborto. En otras palabras, la *calidad* de la participación es la misma, pero la *cantidad* del injusto no, y ello deberá reflejarse a la hora de fijar la pena a recaer en cada caso, que va de 6 a 24 meses.

Cabe señalar que CAIROLI²⁹ hila más fino en este punto, distinguiendo respecto del tipo del art. 325 bis entre los partícipes materiales y los morales, sustentando la posición que

²⁸ Como puede observarse en las tablas oficiales elaboradas por el MSP que lucen agregadas al final de este trabajo, el 99% de las interrupciones voluntarias del embarazo no punibles se verifican de acuerdo a la previsión del art. 3 (12 primeras semanas del embarazo).

²⁹ CAIROLI, Milton: *Ibid.*, pág. 148

viene de plantearse (que es también la de LANGON ³⁰) respecto de los primeros, pero afirmando que los segundos, caso de los instigadores que se limitan a promover la idea de abortar pero no participan en los actos consumativos del mismo, serían coautores de acuerdo a los principios generales del art. 61.1 del CPU. No tenemos el honor de coincidir con tal posición. En primer lugar porque si bien la regla del art. 325 bis no prevé un estatuto particular para los partícipes morales (lo que podría hacer suponer la aplicación para los mismos de los principios generales de los arts. 59 y siguientes del CPU), cabe entender que si determinan a la mujer a abortar, en la medida que el aborto se concrete estarán participando en forma secundaria del mismo, y entonces responderán como autores. Y en segundo lugar, porque si no consiguieran su propósito, es decir que la mujer no interrumpiera su embarazo, no habría delito.

3. Aborto sin el consentimiento de la mujer (art. 325 ter del CPU)

Esta figura criminal ha permanecido inalterada desde 1934, no habiendo sido alcanzada por la reforma de 1938 ni por la de 2012. La pena para el responsable es de penitenciaria (2 a 8 años), aunque se verifique dentro de las primeras 12 semanas de gestación porque falta el consentimiento de la gestante.

Otro tanto cabe decir del caso de quienes hasta la reforma del 2012 se encontraban amparados por la causal de honor prevista en el num. 1º del art. 328 tácitamente derogada por el nuevo régimen que no admite otras excepciones que las de sus arts. 2, 3 y 6 y que además en su art. 14 establece expresamente que quedan derogadas “*todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley*”.

Es un delito ontológicamente muy grave, análogo al Homicidio, dado que consiste en dar muerte en forma dolosa a un ser humano en gestación y por lo tanto absolutamente vulnerable. Sin embargo su pena no lo refleja (2 a 8 años). Y el fundamento de ello es que su regulación se remonta a la época en la que el feto no era considerado persona, sino mera esperanza de llegar a serlo, por lo cual el castigo de tal conducta debía distinguirse del establecido para el Homicidio. Luego de lo cual, ninguna de las reformas proyectadas ni tampoco la concretada en 2012 se ocuparon de revisar la pena de esta modalidad criminal, a pesar del cambio de paradigma operado respecto del bien jurídico protegido.

Siguiendo a LANGÓN, pueden reconocerse 2 modalidades de esta figura según que se verifique contra la voluntad expresa de la mujer, o mediante su consentimiento viciado, por engaño, privación de razón, etc. Ambas se agravan por los nums. 1º y 2º del art. 327. No obstante, en la práctica nunca fue una modalidad habitual³¹.

4. Lesión o muerte de la mujer (art. 326 del CPU)

Si del aborto deriva la lesión o muerte de la mujer grávida, la pena se agrava significativamente.

Se trata pues de una modalidad agravada de las figuras de los arts. 325 bis y 325 ter, que resulta calificada por el resultado lesión o muerte, y que presenta dos especies, según que el aborto se haya realizado con o sin el consentimiento de la gestante, teniendo penas

³⁰ LANGON CUÑARRO, Miguel: Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo IV, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2002, Pág. 65

³¹ LANGON CUÑARRO, Miguel: Ibid., Ediciones Del Foro, Montevideo, 2002, Pág. 67

distintas pero en todos los casos de penitenciaría (Lesiones ccm³² 2 a 5 años, scm³³ 3 a 6; muerte ccm 3 a 9, scm 4 a 12). Las lesiones comprendidas son solo las graves y gravísimas.

Debe aclararse que tratándose de una modalidad delictual agravada, sólo puede imputarse en hipótesis de abortos clandestinos, pero admitiendo la incriminación a dolo eventual (previsión sin intención del resultado a la postre producido), a diferencia de las figuras de los arts. 325, 325 bis y 325 ter. que solo admiten dolo directo.

No es que en una IVE ajustada a derecho, no pueda producirse el mismo resultado (lesión o muerte de la mujer), especialmente en el caso del aborto terapéutico previsto en el lit. A) del art. 6 de la Ley 18.987. Pero en tal hipótesis no habrá delito de aborto, sino eventualmente uno de homicidio culpable (art. 314 del CPU).

Se trata de una disposición de considerable relevancia práctica, puesto que ha sido siempre la modalidad casi exclusiva de aborto criminal que llegaba a los tribunales. Porque sólo cuando se producía la muerte de una mujer o el peligro cierto de su ocurrencia, lo que obligaba a trasladarla de urgencia a un centro de salud, se hacía legalmente necesaria su denuncia y la concomitante intervención de la justicia penal. De no mediar un resultado tan grave, las clínicas abortivas funcionaban con la complacencia de la sociedad y sus instituciones. Cualquier ciudadano sabía de alguna por si acaso, lo que permite deducir que siendo así, la Policía y el sistema de justicia no podían desconocerlo. Los viejos profesores de Derecho Penal solían admitir que el delito no se perseguía, entre otras cosas porque de hacérselo no alcanzarían las cárceles para albergar a tantos responsables de participar en el mismo³⁴. De allí la tolerancia inocultable que posibilitaba las cifras tan elevadas que se analizarán más adelante.

5. Agravantes (art. 327 del CPU)

Se prevén 3: a) mediante violencia o fraude, b) sobre persona incapaz, c) por el marido o con abuso de las relaciones domésticas (CPU 47.14). Teóricamente aplicables, no han sido computadas prácticamente nunca por la jurisprudencia, razón por la cual no nos extenderemos sobre ellas.

Tales agravantes especiales se suman a la del art. 326, que en rigor lo es también, aunque a diferencia de éstas conlleva un matiz de responsabilidad objetiva como todos los delitos calificados por el resultado, que a pesar de la válvula de escape consagrada por el legislador con la introducción del numeral 4º del art. 18 del CP³⁵, sigue siendo una solución dogmáticamente cuestionable.

Las dos primeras modalidades solo son aplicables al aborto previsto en el art. 325 ter (sin consentimiento de la mujer), porque si media violencia o fraude (num. 1º) o se ejercita sobre una mujer menor de edad o privada de razón o sentido (num. 2º), es obvio que su consentimiento resulta imposible o por lo menos inválido. La norma no lo dice, porque debe tenerse presente que el codificador no previó otra modalidad de aborto que precisamente el no consentido por la mujer. Es decir que ese único aborto criminal de la redacción originaria del Código de 1934, se agravaba si además de no ser consentido,

³² ccm = con el consentimiento de la mujer

³³ scm = sin el consentimiento de la mujer

³⁴ LANGON CUÑARRO, Miguel: El proyecto de ley sobre voluntaria interrupción de la gravidez del año 1979. La Justicia Uruguaya, tomo 91, 1986, págs.. 46-50

³⁵ Tal disposición no es originaria del Código y fue introducida por el art. 1 de la Ley 16.707 de Seguridad Ciudadana (1995)

se vale de la violencia, el engaño o la privación de sentido o discernimiento, como medio para consumarlo.

La tercera agravante, relativa a la previsión del art. 47.14 del CPU, refiere a hipótesis en las que el agente se valiera del abuso de la autoridad, las relaciones domésticas o la cohabitación (caso de los padres o el concubino por ejemplo), o fuese el marido (en cuyo caso la calidad de tal basta para computarla, sin más). Ésta, como lo señalaba BAYARDO BENGOA³⁶ es la única compatible con el aborto consensual.

6. Derogaciones

Como se adelantaba ut supra, el nuevo régimen legal ha derogado en forma tácita el art. 328 del CPU, que regulaba atenuantes y eximentes de responsabilidad penal, por la vía de introducir variantes a las mismas en forma independiente del texto del Código y además por una referencia expresa a que *“fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos en los arts. 2 y 3, la interrupción solo podrá realizarse”*... en los tres casos previstos en su art. 6 (causas graves de salud de la madre, inviabilidad del feto, o embarazo por violación).

Ello supone a mi juicio que el art. 328 ha quedado tácitamente derogado, si bien con excepción del aborto por causas de honor, ninguna de las hipótesis previstas en el mismo han vuelto a ser criminalizadas. Por el contrario, el nuevo régimen es ciertamente más benigno con la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo, que el que estaba previsto en el art. 328 del CPU. Pero justamente, el nuevo régimen es el establecido en los arts. 2, 3 y 6 de la ley 18.987 y si bien en algunos supuestos se aproxima a los del art. 328 del CPU., no coincide con éste.

No se trata por ejemplo que se haya derogado el aborto terapéutico, o el derivado de una situación de angustia económica. Tales conductas han pasado a quedar directamente descriminalizadas, pero el legislador no optó por incorporar la nueva redacción al Código, lo que determina que el art. 328 deba considerarse sustituido integralmente por los citados arts. 2, 3 y 6 de la ley 18.987.

En cuanto a las atenuantes especiales que estaban previstas en el citado art. 328, sí ha operado la derogación tácita de todas, sin un régimen alternativo. Dichas atenuantes se verificaban en supuestos en los que el aborto se realizaba sin el consentimiento de la mujer, ya fuese por causas de honor, o en embarazos derivados de una violación, por causas graves de salud, o por penuria económica. Y la razón para tenerlas por lisa y llanamente derogadas es que en el régimen de la nueva ley, el consentimiento informado de la mujer es condición indispensable para que la interrupción del embarazo no constituya delito, tal como reza su art. 6, citado supra.

Por lo tanto para no incurrir en delito se requerirá en todas las hipótesis contar con el consentimiento previo de la mujer, quien si por el contrario desea continuar con su embarazo a pesar de haber sido informada de que el hijo que gesta no podrá sobrevivir cuando nazca o incluso llegar vivo al término de la gestación, nadie podrá impedirselo so pena de materializar la conducta descrita en el art. 325 ter del CPU.

Es decir que en tal sentido el nuevo régimen es radical. Si en tales condiciones la mujer consiente, no hay delito. Y si no lo hace, la conducta encuadrará en la figura del aborto sin consentimiento de la mujer, y no existirá el amparo de las atenuantes del art. 328, que

³⁶ BAYARDO BENGOA, Fernando: Derecho Penal Uruguayo, tomo VIII, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1970, pág. 159.

morigeraban el castigo a terceros que en las situaciones especiales allí previstas decidían *per se* interrumpir el embarazo de una mujer. Deben en consecuencia tenerse por tácitamente derogadas todas las atenuantes desde la vigencia de la Ley 18.987.

IX.- Eximentes de responsabilidad vigentes

En el régimen vigente puede afirmarse entonces que existen 4 eximentes, una general y tres especiales.

La general comprende prácticamente cualquier situación personal de la gestante que “a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso” (art. 2) y sólo conoce un límite de naturaleza temporal: el cumplimiento de las *12 semanas de embarazo*. Dentro de ese lapso, la interrupción del mismo es atípica.

Si bien la ley reduce a cuatro las circunstancias o condiciones genéricas asociadas a la concepción, habilitantes para solicitar la IVE: a) económicas, b) sociales, c) familiares, d) etarias; cada una de ellas tiene tal amplitud que es difícil imaginar una razón no valedera para autorizar el pedido de la gestante; máxime teniendo en cuenta que la valoración de tales circunstancias depende exclusivamente de su propio criterio, pudiendo considerar por ejemplo que con 25 años es muy joven aún para tener un hijo (causal etaria), o que le resultaría inconveniente tenerlo, proviniendo de una relación informal o ya terminada (causal familiar o social), o que malograría sus expectativas de desarrollo profesional (causal económica), etc.

En cuanto a las circunstancias especiales (las tres descriptas en el art. 6), han significado un avance descriminalizador respecto al régimen ya benigno que había introducido la ley 9.763 respecto de dos de ellas (aborto en caso de causas graves de salud de la mujer o de embarazos producidos por violación).

El caso de la eximente relativa a la inviabilidad extrauterina del feto, producto de malformaciones acreditadas durante el embarazo, conocida internacionalmente como aborto *eugenésico*, ya estaba considerado por una parte de la doctrina comprendido dentro de la eximente del art. 328.3³⁷; si bien otros autores opinaban lo contrario³⁸. Por tal razón su inclusión expresa en la nueva ley, termina definitivamente con el debate, pasando a ser tal IVE una norma de permiso (art. 28 del CPU) que excluye la antijuridicidad de la conducta abortiva en tales circunstancias.

La misma solución jurídica se verifica respecto del único caso en que el aborto sin el consentimiento de la mujer puede justificarse legalmente. Concierno a la situación en la que no resulte posible relevar el consentimiento informado de una embarazada, cuya vida corra peligro (por ejemplo por preeclampsia³⁹) y se encuentre al momento de la intervención médica en estado de coma. En tal hipótesis, el equipo médico podrá cumplir la ley (art. 28 del C.P.U.) ajustando su conducta a la previsión del lit. A) del art. 6 de la Ley 18.987, que requiere en la medida de lo posible tratar de salvar la vida del feto y de la madre, pero está implícito que de no poderse salvar la del hijo, no se incurriría en delito al sacrificarla en beneficio de la de la madre, porque operaría en la especie la causa de justificación antedicha, que enerva la antijuridicidad de la conducta del agente.

³⁷ Así CAIROLI: “comprende no solamente a la gestante sino también al embrión” (ibid., pág. 151).

³⁸ Tal la posición de LANGÓN: “nuestra legislación no prevé en forma alguna el aborto eugenésico” (ibid., pág. 72)

³⁹ Síndrome caracterizado por hipertensión arterial de la madre que aumenta a medida que avanza la gestación, y que en casos graves pone en riesgo su vida y la del hijo. En tal caso la única alternativa es adelantar el parto, con resultado diverso según el grado de desarrollo fetal a esa altura. Es el trastorno del embarazo más común y peligroso.

Cabe agregar que a pesar de que el codificador había previsto tal hipótesis en el art. 328.3 del CPU como una conducta criminal atenuada, la unanimidad de la doctrina nacional posterior consideraba que la solución dogmática correcta era la justificación legal de la conducta (es decir la ausencia de delito por ausencia del elemento antijuridicidad), aún antes de la aprobación de la Ley 18.987.

Los plazos determinados para las eximentes especiales se extiende a 14 semanas para el caso del embarazo por violación, y a toda la gravidez en los otros dos.

X.- Aborto de adolescentes e incapaces

La nueva ley previó la posibilidad de que una adolescente (13 a 17 años inclusive) pueda decidir *per se* la IVE, aún contra la voluntad de sus representantes legales, sujeto naturalmente a los mismos requisitos establecidos para las mujeres mayores de edad más resolución favorable de juez competente (de Familia Especializada) que convalide el consentimiento de la gestante (art. 7).

El fundamento de tal innovación son los principios de interés superior del menor y de autonomía progresiva, recogidos previamente en el CNA (2004) y la Ley 18.426 (2008) en su tramo no vetado por el Poder Ejecutivo.

En el caso de las mujeres judicialmente declaradas incapaces, la autorización para la IVE requiere que el consentimiento informado lo otorgue el curador y además de venia judicial (art. 8).

Paradójicamente, en la práctica jurisprudencial los problemas se han suscitado no porque la menor quiera abortar contra la opinión de sus padres, sino lo contrario (caso por ejemplo de una niña violada de 11 años, cuya madre quería que abortara pero que finalmente continuó con su embarazo en virtud de su deseo manifiesto de tener ese hijo). Si bien el caso tuvo derivaciones penales colaterales para el hombre que la embarazó; en lo que a la IVE se refiere, el asunto careció de toda relevancia penal. No obstante, vale la pena acceder a la información de prensa disponible sobre el mismo, para ilustrar la controversia que a escala social subsiste sobre el tema, reflejada entre las posiciones diversas de la Justicia de Familia, el equipo multidisciplinario de salud que la atendió, el INAU y otras ONGs que se pronunciaron en forma dispar sobre cuál era la mejor alternativa para la niña grávida⁴⁰.

XI.- Rol legal del padre biológico cuando la gestante solicita la IVE

La ley limita los derechos del padre del feto a su eventual presencia en la entrevista con el equipo de salud (segunda consulta de la mujer que solicita la IVE), previo consentimiento expreso de ésta. Así surge de su art. 4 lit. b).

Está implícito entonces que el hombre carece *per se* de derecho a participar en forma espontánea de la decisión de abortar o continuar con el embarazo. Solo podrá intervenir si la mujer lo permite. Y es de suponer que lo hará exclusivamente en la hipótesis de que ambos coincidan en el deseo de interrumpir la gestación, porque el fundamento de la previsión legal es dejar la reflexión y decisión exclusivamente en manos de la mujer. Por

⁴⁰ Vide por ejemplo: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2015/5/zona-de-riesgo/> <https://www.elobservador.com.uy/inau-analiza-situacion-nina-embarazada-n304496>

otra parte resulta obvio que si coincidiesen en seguir adelante con el embarazo, no tendría razón de ser que se formulara la consulta prevista en el art. 3 de la ley. Es decir que el margen de participación masculina en la decisión está sumamente acotado.

El texto legal no ofrece duda alguna en tal sentido. Sin embargo, podría entenderse que ninguna ley puede controvertir normas de superior jerarquía que integran el orden jurídico, como la Constitución y los Pactos Internacionales de DD.HH. ratificados por la República, tal como ya ocurriera por ejemplo con las vicisitudes relativas a la Ley 15.849 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado⁴¹.

Tal fue precisamente la situación jurisprudencial que se planteó a comienzos de 2017, cuando un hombre promovió ante la justicia letrada de la ciudad de Mercedes una acción de amparo en defensa del derecho a la vida de un presunto hijo biológico suyo, que en dicho momento estaba gestando una mujer con la que había mantenido una relación afectiva poco tiempo antes, quien había iniciado el trámite legal para la realización de una IVE.

En dicha oportunidad, el accionante consideró que para proteger el bien superior, que a su juicio era el derecho a la vida de su hijo, amenazado por el procedimiento médico en trámite, no disponía de otra herramienta jurídica hábil que el proceso de amparo⁴³.

La acción fue acogida en 1ª instancia y en consecuencia se dispuso la suspensión de la IVE que se tramitaba⁴⁴, asunto que tuvo gran repercusión en la opinión pública, reavivando la fuerte controversia que había tenido lugar en ocasión del veto presidencial de la Ley 18.426⁴⁵ y luego durante el debate parlamentario y la aprobación de la 18.987.

La mujer, agraviada por el fallo, lo apeló, estando ya al filo del plazo legal de 12 semanas, lo que señalaba inequívocamente la imposibilidad de que el Tribunal de Apelaciones de Familia pudiera expedirse antes del vencimiento de aquél. Sin embargo días más tarde la apelante volvió a comparecer ante el tribunal para denunciar el hecho nuevo constituido por un aborto espontáneo, que acreditó en regular forma. Razón por la cual, el TAF, por mayoría terminó declarando la causa sin objeto, con la discordia de uno de sus integrantes, que se pronunció por el acogimiento del recurso, señalando entre otras cosas que *“la opinión del padre no es relevante a los efectos de determinar la continuidad o no*

⁴¹ Dicha ley fue impugnada de inconstitucionalidad a lo largo de los años con suerte diversa y a pesar de su ratificación mediante referéndum en sendas oportunidades (1989, 2009), algunos de los fallos judiciales fundados en ella terminaron siendo llevados ante la Corte Interamericana de DD.HH., que la tuvo por inconvencional.

⁴² https://275rzy1ul4252pt1hv2dqyuf-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/02/sent_210217_amparo_interrupcion_embarazo_jueza_book_difusion.pdf

⁴³ Amén de lo cual promovió también la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 18.987

⁴⁴ S. 6/2017-3 Juzgado Letrado de 1a instancia de Mercedes de 3º turno

⁴⁵ Tal como en la sociedad civil, el posicionamiento político en relación al tema de la despenalización del aborto, atravesó a todos los Partidos, prueba de lo cual es que el Presidente de la República, elegido por el Partido que impulsó la reforma, fue quien a la postre terminó vetando las disposiciones legales que dulcificaban el régimen penal. Para ilustrarlo, vale la pena transcribir algunos de los fundamentos incluidos en el texto del veto: *“Esta ley afecta el orden constitucional (artículos 7º, 8º, 36º, 40º, 41º, 42º, 44º, 72º y 332º) y compromisos asumidos por nuestro país en tratados internacionales, entre otros el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Ley Nº 15.737 del 8 de marzo de 1985 y la Convención Sobre los Derechos del Niño aprobada por la Ley Nº 16.137 del 28 de setiembre de 1990. En efecto, disposiciones como el artículo 42 de nuestra Carta, que obliga expresamente a proteger a la maternidad, y el Pacto de San José de Costa Rica -convertido además en ley interna como manera de reafirmar su adhesión a la protección y vigencia de los derechos humanos- contiene disposiciones expresas, como su artículo 2º y su artículo 4º, que obligan a nuestro país a proteger la vida del ser humano desde su concepción.*

Además, le otorgan el estatus de persona. Si bien una ley puede ser derogada por otra ley, no sucede lo mismo con los tratados internacionales, que no pueden ser derogados por una ley interna posterior. Si Uruguay quiere seguir una línea jurídico-política diferente a la que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, debería denunciar la mencionada Convención (Art. 78 de la referida Convención)”.

*del embarazo (...) lo que trae como consecuencia que éste ni siquiera tenía legitimación activa para la presente acción”.*⁴⁶

Si bien desde entonces no ha vuelto a plantearse específicamente la cuestión relativa a los derechos del padre biológico de un hijo en gestación, es posible que vuelva a replantearse en el futuro, habida cuenta que la disparidad pendular que la ley vigente ha establecido, está lejos de ser zanjada en la sociedad uruguaya. Hemos pasado en tal sentido de un modelo de aborto honorífico, en el que la interrupción de un embarazo moralmente inconveniente era el remedio para salvar el decoro de la familia patriarcal, al extremo opuesto en el que para defender la llamada salud sexual y reproductiva de la mujer, el derecho del hombre acabó siendo abolido, a menos que cuente con la aquiescencia de la mujer ⁴⁷.

En otras palabras, los casi 80 años transcurridos entre el C.P.U. de 1934 y la Ley 18.987, ilustran la dialéctica entre un paradigma patriarcal y uno feminista, que debería con el tiempo tender a una síntesis más equitativa que las regulaciones establecidas hasta la fecha.

XII.- Datos estadísticos

Al cabo del primer año de vigencia de la ley (2013), se practicaron 6.676 abortos legales, lo que sitúa el promedio mensual en unos 556, número francamente descendido respecto a 2003 (vide SANSEVIERO, supra), pero que ha ido en aumento en los años posteriores.

En 2014 el número subió a 8.500 (20% de aumento en un año), 60% de los cuales fueron en Montevideo. Dicha tendencia se ha mantenido desde entonces, aunque a menor ritmo. En 2015 fueron 9.362, en 2016 9.719, en 2017 9.830 y en 2018 10.373. No hay cifras oficiales aún del año 2019, pero de acuerdo a dicha tendencia pueden estimarse en algo menos de 11 mil casos.

Las estadísticas publicadas anualmente por el Ministerio de Salud Pública ilustran que la casi totalidad de los abortos practicados responden a la causal genérica prevista en el art. 3 (razones económicas, sociales, familiares o etarias). Han sumado el 98,97% y 99,84% en los dos últimos años, lo que supone que las causales especiales del art. 6 no superan el 1% de los abortos realizados en legal forma.

Surge también de las estadísticas oficiales que tras pasar por el llamado “período de reflexión” requerido por la ley, el 94% de las mujeres que consultan, confirman su voluntad de interrumpir el embarazo (ver tablas que agregadas al final).

Mientras tanto los nacimientos siguen cayendo lenta pero inexorablemente, encontrándose actualmente en algo menos de 47 mil anuales. Es decir que las IVE (aborto legal) constituyen algo más del 20% del total de los embarazos.

Debe reconocerse además que sigue habiendo abortos clandestinos, constituidos básicamente por interrupciones del embarazo practicadas fuera del plazo legal de las 12 semanas. Su número es imposible de determinar, pero constituye un dato sugestivo que

⁴⁶ S. 44/2017-1 del T.A.F.1 . La Discordia parcialmente citada pertenece a la Dra. María del Carmen Díaz

⁴⁷ La misma posición fue sostenida hace muchos años ya por ALLER, acerca del proyecto de despenalización del aborto de 2003, que también excluía al hombre de la decisión de continuar o interrumpir el embarazo: *“Tampoco es aceptable dejar de lado sistemáticamente la valoración y decisión del padre de la persona que habrá de nacer, a quien discriminatoriamente se le coarta esa posibilidad aborto mediante (...) La persona a abortar no es pertenencia ni extensión de ninguno de sus padres en particular, sino otra persona diferente con iguales derechos a la vida que los demás”* (ALLER, Germán, ibid., pág.20).

las muertes maternas que se producen en la actualidad sea similar al de antes de la aprobación de la Ley 18.987: aproximadamente una por año.

Si bien tal cifra es singularmente baja, no ha podido alcanzarse todavía la meta sanitaria de que ninguna mujer muera por complicaciones asociadas a la realización de un aborto. La causa de ese impedimento es muy probable que derive de los riesgos que supone abortar clandestinamente en fases más avanzadas de la gestación, pero podría ser también un indicador de que el sistema nacional de salud no ha conseguido brindar cobertura eficaz a la totalidad de la población más carenciada, que suele vivir en la periferia de los centros urbanos.

ESTADÍSTICAS⁴⁸

Interrupciones voluntarias del embarazo practicadas legalmente en Uruguay (2013- 2017)

Mes	2013	2014	2015	2016	2017
Enero	321	695	771	756	828
Febrero	432	675	772	751	718
Marzo	465	662	851	768	911
Abril	588	582	687	736	674
Mayo	591	736	731	775	809
Junio	556	708	783	882	828
Julio	686	780	867	756	775
Agosto	752	699	716	858	893
Setiembre	722	791	808	947	932
Octubre	746	777	891	864	841
Noviembre	643	713	737	784	836
Diciembre	669	719	748	842	785
TOTALES	7171	8537	9362	9719	9830
Promedio mensual	598	711	780	810	819

Relación entre mujeres que consultaron para realizarse una IVE y las que lo concretaron

VOLUNTAD	2013	2014	2015	2016	2017*
IVE 3	7171 94%	8537 92%	9362 94%	9719 94%	9830 94%
Continúan embarazo	486 6%	720 8%	633 6%	585 6%	575 6%
TOTAL CONSULTAS	7657 100%	9257 100%	9995 100%	10304 100%	10405 100%

⁴⁸ Fuente: Ministerio de Salud Pública

Prevalencia de las diferentes causas admitidas legalmente para abortar

CAUSAS	2013	2014	2015	2016	2017*
Propia voluntad	6699 93,41%	8515 99,74%	9275 99,07%	9619 98,97%	10167 99,84%
Violación	9 0,13%	2 0,02%	26 0,28%	1 0,01%	1 0,01%
Riesgo de salud de la mujer	10 0,14%	12 0,14%	5 0,05%	5 0,05%	6 0,06%
Anomalías fet. incomp. vida	8 0,11%	8 0,09%	2 0,02%	4 0,04%	9 0,09%
Sin dato	445 6,21%	0 0,00%	54 0,58%	90 0,93%	0 0%
TOTALES	7171 100%	8537 100%	9362 100%	9719 100%	10183 100%

M
Muertes maternas por abortos _ período 2000-2016

Muertes maternas - razón de mortalidad materna
Período 2000 -2016



Año	Cifras absolutas	Nacidos vivos	Razón de MM por 100.000 NV	N° muertes por aborto	N° muertes por IVE
2001	19	51.960	36,6	9	N/C
2002	18	51.997	34,6	6	
2003	11	50.633	21,7	6	
2004	9	50.052	18,0	1	
2005	9	47.150	19,1	2	
2006	6	47.236	12,7	2	
2007	13	47.372	27,4	2	
2008	7	47.428	14,8	0	
2009	16	47.152	33,9	1	
2010	7	47.420	14,8	0	
2011	4	46.712	8,6	0	
2012	5	48.059	10,4	2	0
2013	9*	48.681	18,5	1	0
2014	9	48.368	18,6	1	0
2015	11**	48.926	22,6	0	0
2016	9	47.049	19,1	1	0

Reporte de «cero» Muerte materna

BIRMM
* 2013: recuperó 2 muertes.
RMM: 22,6

**2015 recuperó 1 muerte.
RMM: 24,5

BIBLIOGRAFIA

- ALLER, Germán: Consideraciones sobre el aborto. En LANGON y ALLER: Criminología y Derecho Penal, tomo I, Ediciones del Foro, Montevideo, 2005).
- BAYARDO BENGUA, Fernando: Derecho Penal Uruguayo, tomo VIII, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1970.
- CAIROLI, Milton: El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Tomo III. FCU, Montevideo, 2004)
- IRURETA GOYENA, José: El delito de Aborto, en Obras Completas, CED, 1932.
- LANGON CUÑARRO, Miguel: Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo IV, Ediciones Del Foro, Montevideo, 2002
- LANGON CUÑARRO, Miguel: El proyecto de ley sobre voluntaria interrupción de la gravidez del año 1979. La Justicia Uruguaya, tomo 91, 1986
- MONTANO, Pedro: *Veto al aborto. Estudios interdisciplinarios sobre las 15 tesis del Presidente Tabaré Vázquez.* Tesis III La legislación no puede desconocer la realidad de la existencia de vida humana en su etapa de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia. Edición de la Universidad de Montevideo, 2008
- MOREL, SERRA, GONZALEZ Y ALVAREZ. Incidencia del aborto voluntario en Uruguay. Asociación Uruguaya de Planificación Familiar] de Ginecología, 1977.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal, parte especial,. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- PREZA RESTUCCIA, Dardo: La enseñanza del Derecho Penal a partir de casos reales, parte especial, Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011
- SANSEVIERO, Rafael y colaboradores: Condena tolerancia y negación – El aborto en Uruguay. Centro Internacional de Investigación e Información para la Paz, 2000. Versión electrónica:[https://www.academia.edu/1558987/Condena tolerancia y negaci%C3%B3n. Situaci%C3%B3n del aborto en Uruguay](https://www.academia.edu/1558987/Condena_tolerancia_y_negaci%C3%B3n_Situaci%C3%B3n_del_aborto_en_Uruguay)