
A PRÓPOSITO DE UN FALLO QUE IMPIDIÓ REALIZAR UN ABORTO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY 18.987

*MATHIAS ROJAS RODRÍGUEZ**

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 3º Turno

Sentencia N°6/2017

Mercedes, 21 de febrero 2017

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia, éstos autos caratulados IUE 431-86/2017 B. D., M. c/ O. N, C. M., ASSE. ACCION DE AMPARO, Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

RESULTANDOS:

1-A fojas 1 comparece la parte actora promoviendo el presente accionamiento en virtud de los siguientes hechos: que entabló una relación amorosa con la parte co-demandada Sra. O. fruto de la cual concibió al hijo en común llevando menos de tres meses de gestación. Si bien las partes no conformaron a la fecha una pareja con las connotaciones propias del concubinato, el Sr B. está dispuesto a hacerse cargo de su hijo lo cual hace ya a partir de la concepción independientemente de que la madre esté dispuesta a ejercer su rol de tal, según sus expresiones.

El 25 de enero del corriente año la Sra. O. comunicó verbalmente al actor que estaba llevando adelante un trámite ante CAMS para poner fin al embarazo no siendo su deseo dar a luz al niño.

El accionante intentó por todas formas posibles hacer reflexionar a la demandada para que depusiera su actitud, lo cual resultó infructuoso, por lo que tuvo que activar los mecanismos legales tendientes a la protección de la vida del hijo en común. Es así que realiza el encuadre jurídico del tema por el que presenta la acción de amparo, analiza sus elementos, plantea también la acción de inconstitucionalidad, y solicita la adopción de medidas cautelares de protección para salvaguardar la vida de su hijo prohibiendo continuar procedimientos tendientes a poner fin al embarazo de la accionada, teniendo

* Estudiante de 3er año de Abogacía en la Universidad de Montevideo

presente que el bien supremo a proteger es la vida, derecho superior e inalienable, que se encuentra por sobre cualquier otro derecho de terceras personas y que como tal debe de prevalecer.

Ofrece prueba solicitando que se dispongan las medidas solicitadas.

2- A fojas 7 mediante decreto 358/2017 se dispuso remitir testimonio del escrito presentado ante la Suprema Corte de Justicia por la acción de inconstitucionalidad presentada.

3- Por decreto 368/2017 a fojas 13, se tuvo por presentada la demanda de acción de amparo y se convocó a las partes a la audiencia de precepto para el día 15/2/2017 hora 12 y diligenciamiento de prueba ofrecida; llegado el día de la audiencia se advierte que no se había notificado a la parte actora de la convocatoria dispuesta.

No tuvo otra solución la Sede que contando con la conformidad de los restantes participantes del proceso que convocarla para el otro día atento a la relación personalísima abogado patrocinante-cliente.

A la audiencia comparecen el día 16 de febrero las partes debidamente asistidas, así como la defensora que, de oficio designó la suscrita al concebido hijo de B.-O..

4- Cumplidas las formalidades de rigor que surgen del acta efectuada en dicha oportunidad en que los codemandados contestaron el traslado que se les confiriera en audiencia agregando por escrito sus manifestaciones, y abogando los co-demandados por el rechazo de la acción impetrada en autos, se agregó la prueba dispuesta en autos, fue oída la Sra Defensora, alegaron las partes y se las convocó para el dictado de la presente sentencia para el día de la fecha 21/2/2017, a la hora 12.

CONSIDERANDOS:

1- Como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos se entiende que el instituto del amparo es excepcional, residual, y reservado para aquellas situaciones extremas en las que, por la ostensibilidad de la violación de los derechos fundamentales de reconocimiento constitucional y la falta de otros medios judiciales o administrativos, peligra la salvaguarda de tales derechos (Conforme RUDP 1/93 caso 773 pág 163; RUDP 3/97 caso 502-503 Pág 383 - 386; RUDP 4/2001 caso 657 pág 622).

2- Que según lo que dispone el art. 1º de la ley 16.011: "Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales, o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución (art. 72) con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de Habeas Corpus"

A su vez el art. 2° de la ley expresa que la acción de amparo "sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B del art. 9 ó si existiesen, fueren por las circunstancias, claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazara sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones".

En tal sentido entiende la suscrita que es procedente la acción instaurada por la parte actora, entendiendo que no tienen otra acción o forma legal de obtener reconocimiento a su derecho en tiempo como para evitar la lesión al derecho humano a la vida de su hijo; se ha constatado la ilegitimidad manifiesta para continuar con el proceso iniciado en la sociedad médica por no surgir cumplidos algunos de los requisitos formales establecidos por la ley 18.987, lo que más abajo se explicará, accionar que determina ilegitimidad en la continuación del procedimiento por dicho incumplimiento a la ley que lo habilita bajo ciertos requisitos. La lesión tiene la característica de ser inminente, de poder llegar a producirse, por lo que su agresión de continuar el procedimiento ocurriría configurándose el aspecto de la actualidad e inminencia de la misma.

El amparo es, un instituto excepcional que debe de ser usado de manera cuidadosa, que tiene por finalidad asegurar derechos que son reconocidos constitucionalmente para "cuyo amparo no existe otro remedio específico y no cabe que se utilice como un instrumento de recambio de otras defensas coetáneas y/o subsidiarias". Requiere que la ilegitimidad se encuentre al margen de toda controversia seriamente fundada.

Por eso los jueces deben de actuar con ponderación y fundamentalmente con prudencia, a efectos de no llegar a decidir por ésta vía, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver por los procedimientos ordinarios (Conforme RUDP N° 3 /99 caso 470 y 471 pág 503).

El amparo es una garantía de los derechos humanos, tendiente a la protección para hacer cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión.

En el análisis de la presente acción y las contestaciones de demanda, y la prueba agregada al proceso, corresponde hacer lugar a la solicitud de protección ante un derecho primordial amenazado por la ilegitimidad manifiesta de no haberse cumplido con todos los requisitos formales exigidos por la ley 18.987 para su procedencia y protección en el marco de sus disposiciones.

3- DERECHO APLICABLE EN EL CASO DE AUTOS: -

Constitución Nacional:

Artículo 7°.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

-ley 15.737: PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA:

CAPITULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

ARTICULO 1

Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

ARTICULO 4

Derecho a la Vida 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

ARTICULO 5

Derecho a la Integridad Personal Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

ARTICULO 19

Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

ARTICULO 25

Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

LEY 16.137 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

APRUEBASE LA ADOPTADA EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK EL 6 DE DICIEMBRE DE 1989:

EL PREÁMBULO: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presenta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. - disposiciones previstas en ley 18.987.

4- LEGITIMACION DE LA PARTE ACTORA: surge de la declaración de la Sra. O. que admite y confiesa que el Sr B. es el padre de dicho niño@.

5- MEDIOS DE PRUEBA CONSIDERADOS PARA LLEGAR A ESTE FALLO La prueba documental agregada en legal forma, declaración de las partes.

6- ANALISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCION: -

Lesión a un derecho fundamental:

En la especie es inminente la violación de un derecho de raigambre y reconocimiento nacional, constitucional, legal e internacional que nuestro país ha ratificado e incorporado al derecho interno mediante la aprobación de leyes con el texto de dichos tratados.

La continuación del procedimiento significa un daño violatorio de los derechos de la personalidad, consagrados en los art 72 y 332 de la Constitución Nacional, dado que se lesiona el derecho a la vida del concebido. –

Acto que ocasione un grave daño, inminente o irreparable: El acto que ocasiona el daño es actual e inminente dado que la Sra. O. tiene fecha cercana para la realización del procedimiento según se dijo en la audiencia para el 23/2/2017, el que sería letal para el niño, irreparable, por los efectos que el mismo ocasiona en su vida, en su integridad física.

La Justicia ha de intervenir en protección de los derechos individuales afectados, como medio eficaz de protección frente a un procedimiento que configura la lesión a un derecho fundamental de la persona humana, que no requeriría incluso expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico debido a que es inherente a esa misma condición humana (arts 7, 44, 72, 332 de la Constitución). Y esa defensa y preservación del derecho que debe de ejercer la Justicia, puede efectivizarse en la vía excepcional del amparo, debido a que la continuación del procedimiento tal como surge de autos probado sería ilegítimo porque la ley exige determinados requisitos formales que no se cumplieron, porque no surgen asentados del “formulario” presentado: constancia de asesoramiento integral, y en los otros tampoco surge constancia de haberse expuesto las razones que impiden, ni las que se expresan por la Sra. O. en su declaración fueron probadas, lo que corresponde porque las normas aplicables a la prueba en el CGP devienen aplicables a la acción de amparo de derechos humanos. –

Ilegitimidad manifiesta:

Para que el amparo proceda no es suficiente con la existencia de un derecho, hecho u omisión que lesione o amenace lesionar un derecho o libertad constitucional. Es necesario además acreditar que ese acto hecho u omisión es manifiestamente ilegítimo.

No existen derechos absolutos, en la actualidad, salvo estrictas excepciones, todo derecho o libertad puede ser limitado por razones de interés general, ya sea en el orden nacional, por una ley, y en el orden departamental por un decreto con fuerza de ley. Para que un amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo. Es necesario que sea manifiestamente ilegítimo, lo que debe de resultar clara, evidente, e inequívocamente.

Surge probado que hubo una actividad por parte de la asistencial de salud a instancias de la co-demandada, no se presentó historia clínica donde deben de surgir determinadas constancias médicas de todo lo actuado que la ley le exige, y no resulta eximido porque la misma sea electrónica, se imprime y se presenta todo completo, tal como lo exige la ley; se presentó el formulario de IVE, primeramente en fojas simples y luego en legal forma tal como se solicitó. Pero aunque no se le intime dicha agregación corresponde su agregación para acreditar lo que la ley exige.

Y la ilegitimidad obviamente surge de la no aplicación de la misma en el sentido que se ordena, como en el caso de autos omite cumplirse con requisitos formales que una vez planteado el proceso en la órbita judicial entiende la suscrita debe controlar como

en todos los procesos, y en el caso concreto, reviste importancia atendiendo a las consecuencias que derivan de la resolución que se adopte luego de dicha valoración.

La ley establece que dentro del plazo de las primeras 12 semanas la mujer debe de concurrir 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 la que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso.

Estos son los aspectos exigidos que no surgen cumplidos, por no estar registrado dicho extremo, asentados en el formulario presentado ni por la parte co-demandada Sra. O. Los requisitos exigidos por la ley en su art 3° son formalidades que deben de cumplirse y registrarse en la historia clínica, véase que hasta cuándo se va a realizar una repetición de medicamentos los médicos anotan la medicación que se repite en la historia clínica del paciente, cuanto más debe de asentarse que la paciente explicó las razones que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso; y esos extremos son importantes porque la ley prevé que incluso la asistencial interactúe según el artículo 5° de la ley, con instituciones que brinden apoyo solidario y calificado en los casos de maternidad con dificultades sociales, familiares o sanitarias. La ley también exige que cualquiera que fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo multidisciplinario y el medico ginecólogo dejaran constancia todo de lo actuado en la historia clínica. Obliga la ley a garantizar la confidencialidad, pero todo lo actuado debe de surgir de la historia clínica

Cuando se contesta la demanda, la Sra. O. solicita se agregue la historia completa a la que después renuncia en virtud del tiempo que insumiría dicha agregación, pero la co-demandada podría haber aportado copia en legal forma de la misma lo que constituía su carga.

La suscrita interroga a la Sra. O., a efectos de verificar si se expusieron esas razones frente al médico y en su caso cuáles fueron, porque la ley no puede entenderse e interpretarse como una operación matemática que con todo respeto parece que se pretende: vio al médico, vio al equipo, expresó razones –etapa que no fue asentada-, está dentro de las doce semanas = corresponde la interrupción del embarazo.

La propia ley 18.987 en sus principios generales establece la garantía que brinda el ESTADO al derecho de procreación responsable y consciente, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana, y que su normativa no constituye un instrumento de control de los nacimientos.

Tiene presente la suscrita que la Sra. O. trabaja en la propia asistencial, y que se trata de una persona que conoce el texto legal perfectamente, que para cada pregunta que se formuló en audiencia como por ejemplo porqué el formulario no venía integrado a la historia clínica, ella misma respondió que era por la confidencialidad; cabe destacar que la confidencialidad no alcanza al poder judicial, ámbito en el que se deberá de controlar el respeto a la norma.

Con todo respeto se citan las razones que la Sra. expresa “tiene un rechazo natural al embarazo, yo no tengo ganas de estar embarazada ni soportar que me obliguen, conociendo mis derechos que me otorga la ley pude acceder al derecho de iniciar el trámite y hacerlo. Aparte de lo natural que no tengo ganas todo lo que es ámbito social, económico, laboral, psicológico todo eso me lleva a ratificar la idea de no tenerlo”.

La presente es una ley para proteger a la mujer sí, y para evitar abortos clandestinos y que como consecuencia de ello mueran las madres sin la atención médica debida; pero siendo ilegítimo proseguir con el procedimiento por el no cumplimiento de requisitos formales exigibles por la ley 18.987, corresponde tener en cuenta que la CONSTITUCION NACIONAL, leyes internas, y tratados internacionales protegen el derecho a la vida del concebido, se define niño a todo ser humano hasta que cumple su mayoría de edad.

Por lo que claramente el orden jurídico uruguayo interpretado lógico-sistemáticamente consagra por sobre todo el derecho a la vida, los derechos humanos importan todos, estén en el estado que estén, incluso los concebidos no nacidos, porque son individuos de la especie humana. Desde la concepción existe una persona en toda su realidad e individualidad que necesita ser alimentado, y respetado en su derecho a la vida y a su integridad. Una vez que se solicita la defensa del concebido en la órbita judicial, las normas que rigen el proceso en lo que refiere a la prueba son las previstas en el CGP.

Estima humildemente la suscrita que deben controlarse dichos extremos –requisitos– porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo, y eso no es lo que dice la ley, desde el momento que exige apoyar las carencias que pueden implicar impedimentos para continuar con su embarazo a la mujer, y tutelar la vida.

La confidencialidad no abarca como se dijo al poder judicial que debe controlar el respeto de lo establecido, no es justificación la confidencialidad para que se pase por alto el cumplimiento de ese requisito de figurar asentado el cumplimiento de todo lo exigido por ley y de la Sra. O. de probar todo lo necesario a su carga para salir airoso de la demanda impetrada, probar que se cumplió con todo lo exigido por la ley es un imperativo de su propio interés. La co-demandada trabaja, tiene ingresos, tiene otro hijo, vive sola con su hijo, en el fondo de la casa de sus padres, y no paga alquiler por dicho lugar.

Hoy por hoy, permitirse por la suscrita continuar con el proceso implicaría una infracción a la normativa vigente y aplicable al caso, porque no se cumplen los requisitos formales previstos en el art 3° inc 1, no hay prueba registrada en la historia clínica de su cumplimiento, rigiendo en este proceso la aplicación de las normas de la prueba previstas en el CGP, por lo que firmemente sostiene la suscrita deben controlarse en su prueba porque de dicho control y valoración, de estar acreditado que fueron cumplidos, depende nada menos que la continuación de los procedimientos destinados a detener el proceso de gestación, de la vida y la integridad de un concebido.

Por eso debe de existir seriedad en la aplicación e interpretación de esta ley junto a todo el sistema jurídico nacional, so pena de que quienes son directamente perjudicados

queden en estado de auténtico desamparo, en forma irremediable. Y entonces esto justifica la actuación inmediata de la justicia, a requerimiento del progenitor, que pide se protejan los derechos de su hijo y se adopten medidas de protección, pues de lo contrario se dejaría en la indebida indefensión los derechos del concebido.

Fundamenta esta necesidad de prueba de dichos extremos porque son circunstancias de la entidad que realmente si se justifican permiten que la mujer pueda interrumpir voluntariamente su embarazo; no son razones de ganas, de momentos, de razones psicológicas no comprobables, dado que tampoco surge prueba de ello, como se expresó en audiencia, que psicológicamente le perjudique o afecte el embarazo a la Sra. O. como para considerar esa hipótesis.

Y para desvirtuar su carácter de omisión evidentemente ilegítima porque no se cumple con dichos requisitos identificados en el art 3º inc 1, no basta en el caso cualquier actividad, sino aquella ajustada a la normativa, que en el caso concreto reitero era cumplir y dejar asentado en la historia clínica el cumplimiento de todos los requisitos formales establecidos por la ley 18.987, y de la parte co-demandada también probar todo lo atinente a su interés a los efectos de obtener una sentencia favorable y que esas razones sean las que la ley prevé. –

Inexistencia de otra vía para prevenir o reponer el daño: lo que aquí importa es que aunque existan recursos o medios para impugnar los actos lesivos, corresponde el amparo si ellos resultaren por las circunstancias del caso, claramente ineficaces para la protección del derecho. Es éste aspecto el que le da al amparo su carácter de instrumento extraordinario, excepcional, residual que corresponde cuando dadas las circunstancias los medios normales de protección resultan impotentes. Hay en el amparo una razón de tiempo, de inmediatez, que requiere un actuar sin tardanza, un proceder con urgencia (Conforme LEY DE AMPARO del Dr VIERA pág 20 y 21).

En el caso de autos no cabe duda alguna que es así, una situación donde el tiempo juega en forma determinante y es imprescindible un actuar sin tardanza. Ya determinada la ilegitimidad manifiesta, en el caso es imprescindible un actuar sin tardanza, y aplicable totalmente estando en juego el derecho a la vida e integridad física del concebido.

7- PLAZO DE CADUCIDAD PREVISTO EN LA LEY DE AMPARO: el actor tomo conocimiento sobre mediados de enero lo que no fue cuestionado por lo que la acción se planteó dentro del plazo previsto.

8- En virtud de todo lo expuesto corresponde pues hacer lugar a la acción de amparo y disponer que no se continúe el proceso previsto de IVE por ley 18.987. En síntesis el juez debe de cumplir con sopesar todos los elementos allegados al proceso, controlar el respeto de lo establecido por la ley, hacer cumplir la CONSTITUCION y las LEYES, pronunciarse sobre sí se han cumplido y probado todos los requisitos formales establecidos en la ley 18.987, que determinarán en su caso que se continúe o no con el proceso previsto en la misma para la interrupción voluntaria del embarazo.

No surgen del formulario aportado que se hubieran expresado las causas razones o motivos justificantes que le impiden a la Sra. O. que continúe el embarazo, y justifiquen la interrupción voluntaria del embarazo, al no existir la misma porque tampoco se aportó historia clínica donde debe de figurar todo lo actuado- artículo 3 -, tampoco se puede apreciar por ejemplo el esfuerzo de la institución asistencial por tutelar la vida, principios rectores de la ley, de acuerdo a lo establecido en el art 5° literal c) de la ley 18.987.

No cabe duda que la mujer tiene derecho a decidir sobre su capacidad o autonomía reproductiva, como planear su familia, a estar libre de interferencias al tomar esas decisiones. Y todos esos derechos pueden ser ejercidos en plenitud antes del embarazo, al tener la mujer a su disposición cada vez con mayor amplitud y más trabajando la Sra. O. en un centro de salud, información sobre prevención del embarazo, utilización de métodos anticonceptivos, planificación familiar, ejercicio de una sexualidad responsable, y los riesgos de la actividad sexual sin adoptar previamente las medidas preventivas al alcance de todas las mujeres. Una vez producido el embarazo la situación es otra porque al haber un ser humano nuevo con derechos inherentes a su condición de tal protegidos legalmente, la decisión de interrumpir el embarazo no atañe solo a su cuerpo sino que realmente también afecta a otro ser humano, con vida, la vida que tutela en sus principios generales la misma ley 18.987.

Es por esa razón la importancia de las razones que impiden continuar con el embarazo. Porque las normas que consagran derechos humanos pueden entrar en conflicto, situación que debe de superarse mediante un juicio que aplique criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad considerando las circunstancias de cada caso concreto, concediendo a uno de ellos la primacía.

Encarar con ligereza la procedencia de estos procedimientos destinados a interrumpir la vida de un ser protegido legalmente, sin cumplir con los requisitos señalados, o dando razones no probadas de ellos, implicaría prácticamente entender al aborto como un medio interruptivo de la vida humana, de fácil y rápido acceso, en contra de toda la normativa nacional sobre el tema de acuerdo a la interpretación lógico sistemática del orden jurídico.

Ante esa falencia, y en el conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la mujer sin razones atendibles que justifiquen el impedimento para continuar el embarazo de acuerdo a lo expuesto en la audiencia, sin prueba de afectación psicológica, valorando la situación concreta con criterio de razonabilidad o proporcionalidad, frente al derecho a la vida del concebido, entiende la suscrita debe primar el derecho a la vida consagrado en nuestro jurídico.

9- PLAZO PARA EL DICTADO DE LA SENTENCIA: La suscrita sentenciante tratándose de un caso para cuya resolución se requería un estudio profundo, detenido, detallado y cuidadoso de la normativa, de su interpretación y análisis de lo presentado en autos, lo que no podía efectuarse al momento de finalizar la audiencia, ni en el corto plazo de 24 horas, es que fijó para el dictado de ésta sentencia el día de la fecha, a las 72 horas hábiles de la audiencia dentro de los plazos legales previstos para casos excepcionales.

10- FALTA DE LEGITIMACION DE ASSE: es ajustado a derecho la defensa interpuesta por ASSE, debido a que la Sra. O. corresponde a FONASA CAMS IAMPP.

11- CONSIDERACIONES FINALES: dado lo opinable y discutible que puede ser el tema, la suscrita quiere dejar expresado el profundo respeto desde el punto de vista humano y jurídico que por cada uno de los integrantes del proceso y de sus posiciones siente, y que la decisión a la que se arriba ha sido claramente explicitada y fundada, sin perjuicio de mejor o diferente opinión obviamente.

CONDENAS PROCESALES: entiende la suscrita que la conducta procesal de las partes así como el tracto procesal de autos no amerita la aplicación de condenas causídicas en la instancia. FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se funda el derecho en los art 7, 72, 332, de la Constitución Nacional, Pacto de SAN JOSE DE COSTA RICA ratificado por ley 15.737; Convenio sobre los DERECHOS DEL NIÑO ratificado por ley 16.137; LEY 18.987

Por todo lo expuesto

FALLO:

I) Hacer lugar a la falta de legitimación de ASSE.

II) Hacer lugar a la demanda de amparo, disponiéndose la suspensión por parte de cams iampp del proceso previsto en la ley 18.987 respecto de la Sra. O., dirigido a la interrupción del presente embarazo atento a la falta de prueba por falta de registro del cumplimiento de los requisitos previstos en el art 3 inc 1^a de dicha ley.

III) Comuníquese a MSP – a la dirección general de secretaria de dicho ministerio - lo resuelto a los efectos de ser tenido en cuenta si correspondiere.

IV) Sin especial condenación en la instancia.

V) Remítase copia vía electrónica de esta sentencia a las partes.

VI) Téngase por notificada la presente sentencia en la audiencia en la que se ha dictado.

VII) Tenga presente la oficina que el plazo de que disponen las partes para la impugnación de la presente sentencia es de tres días hábiles.

VIII) Honorarios fictos 5 bpc.

Book Silva(r.)

1. Introducción

A comienzos del año 2017 sorprendió, a algunos para bien a otros para mal, que por medio de una sentencia de amparo se ordenó suspender el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo previsto en el marco de la Ley 18.897 conocida como de Interrupción Voluntaria del Embarazo (I.V.E), entre otros títulos.

Sin duda, el tema desató polémica. Enseguida en los medios de comunicación se escucharon voces de todos los involucrados y personas o grupos interesados en el ámbito nacional. Donde nuevamente se reavivó parte del debate de la conveniencia o mérito de lo que se conoce como “despenalización” o “legalización” del aborto.

No obstante, no todo el debate se realiza en el ámbito jurídico. No entendemos que este sea el único ámbito valioso para el debate, pero sin duda a la hora de analizar un fallo judicial el análisis jurídico es de vital importancia.

Habiendo explorando anteriormente el proceso de amparo en torno a otras cuestiones de hecho, sin duda el caso citado presenta novedades en cuanto a la materia de fondo, los derechos en juego y es un pronunciamiento judicial en torno a un debate doctrinario que se realizó por décadas en nuestro país.

Advertimos que el presente trabajo pretende no pasar por alto un fallo que ajustado o no a Derecho, se concuerde con sus fundamentos o no, es novedoso en el ámbito jurídico y merece su tratamiento.

Hacemos notar, que no se busca un pronunciamiento sobre el mérito o conveniencia de la aprobación de la Ley 18.897, ni del sistema legal general en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Sino que, se parte de un Derecho Positivo vigente que debe ser respetado y sobre todo analizado en su conjunto.

Asimismo, sin perjuicio de convicciones filosóficas, ideológicas e incluso morales respecto del aborto que existen en uno y otro sentido, aquí se pretende centrarse en el Derecho Positivo, en un análisis jurídico.

2. Las particularidades del caso

2.1 Solicitud declaración de inconstitucionalidad y acción de amparo.

En el caso, existe una solicitud de inconstitucionalidad y una acción de amparo iniciadas por el padre del niño. Luego se entenderá por qué utilizamos el vocablo “padre” y “niño”.

Por un lado, la acción de amparo, promovida contra la madre del niño, la mutualista y ASSE. Todo ello en el contexto de que la madre pretendía interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de las 12 semanas de gestación al amparo de la ley mencionada.

Por el mismo escrito, ante la misma Sede, el padre interpone una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la Ley 18.897. Punto cuestionado desde el ámbito procesal, en el cual no nos detendremos en realizar el análisis profundo que merece, para centrarnos en lo sustancial del proceso de amparo.

2.2 Partes plurisubjetivas.

Un segundo punto a tener presente, es la legitimación activa en el proceso. Lo interpone el padre, pero los derechos amparados son principalmente los del menor. Como se puede apreciar en el fallo, podemos distinguir por la parte actora, el padre y el menor al cual se le designa un defensor de oficio. Por la parte demandada, la madre, la institución médica donde se inició el trámite y ASSE.

2.3 El derecho a la vida como valor supremo y protegido desde la concepción.

En fallo se discute cuál es el alcance del derecho a la vida y del derecho a la protección en el goce de la vida en el régimen jurídico vigente. Así debe analizarse especialmente la Constitución, la normativa internacional y las leyes.

Discutir el alcance, implica y se vuelve vital en este caso, el alcance temporal de la protección del derecho a la vida. Es decir, ¿desde cuándo hay derecho a la vida? Lo que necesariamente lleva a cuestionarse ¿desde cuándo hay vida? Sin duda este fue uno de los puntos más debatidos en proceso de la elaboración de la Ley I.V.E., y debatido desde todas las perspectivas. En el presente, se intentará señalar cuál es la posición del ordenamiento jurídico.

2.4 La colisión de derechos.

En el caso hay varios derechos en juego. El mencionado derecho a la vida, pero a su vez, derecho a la dignidad, el derecho a la paternidad, el derecho a la maternidad, el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo y el derecho a abortar.

Es menester analizar si el derecho a la vida cuenta con supremacía respecto de los demás derechos, pues en ese caso existiría una herramienta que permitiría resolver la colisión con otros derechos cuando la vida está en juego¹.

En el mismo sentido, cabe un análisis de los requisitos establecidos en la Ley 18.897 para el ejercicio del derecho allí otorgado (derecho a abortar). Dado que la argumentación del fallo entiende que no se probó su cumplimiento.

1 Tenemos presente que existen diversas posturas respecto de cómo resolver situaciones en las cuales hay más de un derecho en juego y parecería que habría que priorizar, ponderar, jerarquizar, según la vía que se entienda más adecuadas para resolver los conflictos o aparente conflicto. Dado que es una nota de jurisprudencia y se excedería el objetivo de la misma, no realizaremos un análisis profundo de los distintos métodos propuestos. Sin embargo, invitamos a la lectura de las opiniones de CIANCIARDO (CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra (EUNSA), 2000) y SERNA y TOLLER (SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000).

2.5 Configuración de la ilegitimidad manifiesta.

El amparo en nuestro derecho cuenta con más requisitos que la “ilegitimidad manifiesta”. De los artículos 1 y 2 de la Ley 16.011² se desprenden los requisitos objetivos. Así pueden distinguirse a) acto, hecho u omisión, b) lesión o amenaza de lesión, c) derecho o libertad protegido por la Constitución salvo habeas corpus, d) ilegitimidad manifiesta y e) inexistencia de otros medios judiciales o administrativos que protejan el derecho o que existan, pero sean ineficaces³.

3. Solicitud declaración de inconstitucionalidad y acción de amparo.

Es importante tener presente que la Ley de amparo prevé la compatibilidad entre ambas solicitudes⁴. No obstante, la ley únicamente refiere a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por vía de oficio o excepción.

El actor interpuso ambas solicitudes ante el Juzgado Letrado de Mercedes, cuando en realidad todavía no existía un procedimiento judicial pendiente, hipótesis en las que no se configura la vía de excepción o de oficio⁵.

2 Artículo 1º.- *Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.*

La acción de amparo no procederá en ningún caso:

A) *Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Por lo que refiere a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los actos dictados por los Jueces en el curso de los procesos contenciosos;*

B) *Contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza;*

C) *Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.*

Artículo 2º.- *La acción de amparo sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B) del artículo 9º o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones.*

3 La determinación de los elementos objetivos tiene variaciones en doctrina en cuanto a su categorización o nombre, pero sustancialmente coinciden en los elementos señalados (RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional*, t.I, Ed. FCU, Montevideo, 2015, pág. 532; CORREA FREITAS, R. *Derecho Constitucional Contemporáneo*, t.I, Ed. FCU, Montevideo, 2013, pág. 306; FLORES DAPKEVICIUS, R., *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Ed. B de F, Montevideo, 2004, pág. 140).

No obstante, VIERA señala que también es requisito objetivo que el daño que pueda generarse sea irreparable (VIERA, L., *Ley de amparo*, Ed. IDEA, Montevideo, 1993, pág. 21.). De todos modos, otra parte de la doctrina ha señalado que en virtud de que no existe exigencia constitucional o legal, no puede entender como requisito (OCHS OLAZABAL, D., *La acción de amparo*, Ed. FCU, Montevideo, 2001, pág. 56; BIASCO MARINO, E., *El amparo general en el Uruguay*, Ed. AEU, Montevideo, 1999, pág. 260; RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pág. 532).

Advertimos que, en el presente caso, en caso de entenderse que es un requisito necesario, se cumpliría con él sin inconvenientes. Dado que se analiza si continuar un embarazo o no y la interrupción no permitiría regreso al estado anterior (de embarazo).

4 Artículo 12, inciso 2 de la Ley 16.011: *Cuando se planteara el recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio (ley 13.747, de 10 de julio de 1969) se procederá a la suspensión del procedimiento sólo después que el Magistrado actuante haya dispuesto la adopción de las medidas provisionales referidas en el artículo 7 de la presente ley o, en su caso, dejado constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.*

5 Art. 258 de la Constitución: ...2º) *Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.*

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral 2º), se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.

Ello permite sostener que lo más ajustado a las hipótesis normativas hubiese sido la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por vía de acción ante la Suprema Corte de Justicia y la acción de amparo ante el Juzgado Letrado de Mercedes.

Sin embargo, debe tenerse presente que la cuestión permite su separación. Por un lado, la acción de inconstitucionalidad debía ser remitida ante la Suprema Corte de Justicia, en este sentido el Juez de amparo tiene la posibilidad legal de subsanar los vicios de procedimiento, como lo podrían ser en el caso a estudio. Por otro lado, la jueza actuante debía conocer acerca de la acción de amparo, con independencia del trámite transcurrido ante la Suprema Corte de Justicia. En tanto siendo realmente por vía de acción, se trata de dos procesos jurisdiccionales independientes.⁶

Advertimos, que en caso de entenderse que se trata de una acción interpuesta en el proceso de amparo (lo cual la englobaría dentro de la vía de excepción), el juez del amparo igualmente puede conocer sobre el fondo del asunto en tanto debe tomar medidas provisionales que entienda pertinente antes de la suspensión del proceso.

Añadimos que la complejidad puede estar dada, en tanto al interponerse en forma conjunta, los argumentos utilizados por el actor en su pretensión sean coincidentes para el amparo y la inconstitucionalidad.

En este caso, debe tenerse presente que amparo regulado por la Ley 16.011 no puede ser contra la ley⁷. Por tanto, los argumentos esgrimidos en el proceso de amparo no pueden atender a si la ley es constitucional o inconstitucional.

De todos modos, que exista una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 18.897 no implica que el amparo planteado sea contra la ley y no contra un acto, hecho u omisión.

En este sentido, la Ley I.V.E podría entenderse como de operatividad inmediata, lo cual implica que no requiere un acto concreto de aplicación, sino que produce efectos por sí misma. En este caso, se permite abortar a la mujer que se encuentra en las hipótesis señaladas por la ley dentro las primeras doce semanas. En estos casos, siguiendo al profesor VIERA, *“las consecuencias inmediatas que producen tales leyes pueden tornar ilusorio*

Art. 510 del Código General del Proceso: Acción o excepción. Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicitare por las personas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior, podrá ser promovida: 1) Por vía de acción, cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente. En este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia. 2) Por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en dicho procedimiento.

6 CASSINELLI MUÑOZ ha enseñado que *“cuando la cuestión de inconstitucionalidad aparezca en un procedimiento judicial, el interesado puede solicitar la declaración por vía de acción o vía de excepción. No hay en ello una anomalía procesal, pues muchas veces una misma cuestión puede pedirse en juicio autónomo o demandarse incidentalmente en otro juicio”* (CASSINELLI MUÑOZ, H., Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957, pág. 143).

En el mismo sentido RISSO FERRAND refiriéndose a la vía de acción expresa que: *“es incorrecto pensar, al analizar la Carta, que este camino sólo procede cuando no haya juicio en trámite, ya que nada en la Constitución prohíbe que, sustanciándose un proceso judicial, el interesado accione directamente ante la Suprema Corte en vía principal y no incidental. En muchos casos esta variante convendrá a los intereses del accionante, ya que como se verá a continuación, con la vía de excepción se paraliza el procedimiento en trámite hasta el pronunciamiento de la Corte, mientras que con la vía de acción, permite que el juicio siga adelante...”* (RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pág. 197).

7 Artículo 1 de la Ley 16.011: *...La acción de amparo no procederá en ningún caso:... C) Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.*

*el proceso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia. Es teóricamente posible acudir, en ese caso, al amparo siempre y cuando, por supuesto se prueben todos los requisitos que lo ameritan*⁸.

Por tanto, entendemos que sin perjuicio del análisis más exhaustivo que puede llevar la compatibilidad y análisis procesal de ambas acciones, son compatibles y los defectos en la interposición de la acción de inconstitucionalidad no afectan la acción de amparo y la interposición conjunta no genera que sea un amparo contra la Ley.

El amparo en el caso es contra la madre, la institución médica y ASSE, en este caso contra un acto, particularmente la interrupción voluntaria de un embarazo.

Es claro que el acto contra el cual se interpone el amparo no es pasado ni presente al momento de interponerse el amparo, sino que es futuro. El aborto no se había realizado, ni se estaba realizando, sino que realizaría. Por ello nos encontramos en la hipótesis del amparo preventivo.

El amparo preventivo se configura según FLORES DAPKEVICIUS cuando “*se amenaza causar un daño*”⁹. La propia ley es la que contempla el amparo preventivo, en tanto en su artículo 1 no solo refiere a lesión, restricción o alteración, sino también a amenazas¹⁰.

Del mismo modo BIASCO MARINO señala que en el caso del amparo preventivo se debe atender a que el evento lesivo sea inminente¹¹.

Se evidencia que la interrupción voluntaria del embarazo, en caso violentar manifiestamente un derecho humano amparado en la Carta (lo cual se analizará más adelante), sería acto lesivo cuya inminencia surge del caso en tanto la madre ya manifestó “*estaba llevando adelante un trámite ante CAMS para poner fin al embarazo no siendo su deseo dar a luz al niño*”.

4. Partes plurisubjetivas

La legitimación plantea una cuestión interesante, en tanto normalmente quien inicia el amparo busca la protección de un derecho o libertad reconocido por la Constitución que entiende que se ha vulnerado o va a ser vulnerado a si mismo.

GELSI BIDART señala que el “*sujeto activo, o actor, o legitimado activo en este proceso, es todo el que alegue (‘a su juicio’ art. 1o.) ser titular de un derecho o libertad garantido por la Constitución (art. 72) y que se encuentre en inminente riesgo o ante la actual violación de los mismos,*

8 VIERA, L., *op. cit.*, pág. 24.

La misma preocupación advertía BIASCO MARINO al señalar que la que “*...en muchas circunstancias, la ley inconstitucional causará el daño sin que el habitante de la República pueda obtener de la Suprema Corte un pronunciamiento acerca de su irregularidad jurídica*” (BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 149).

9 FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 142.

10 VIERA, L., *op. cit.*, pág. 14.

11 BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 252.

ilegitimidad manifiesta"¹².

En el mismo sentido el artículo 1 de la ley de amparo señala que se trata de "*cualquier persona*". En ese contexto el profesor OCHS señala que se trata no solo de "*los titulares de un derecho subjetivo sino también los titulares de un interés legítimo*"¹³.

De la sentencia surge que el padre "*tuvo que activar los mecanismos legales tendientes a la protección de la vida del hijo en común*".

Entendemos que no está en debate que el padre cumple con la calidad de persona, en este caso física y se ajusta al comienzo del artículo 1° de la ley de amparo. Sin embargo, si leemos el resto del artículo 1° y seguimos el concepto de GELSI BIDART y lo cotejamos con lo expuesto en el resultado del fallo, el titular del derecho en debate que se vulneraría (la vida) no sería el padre sino el "*hijo en común*".

Un primer punto y meollo de todo el problema es determinar si el "*hijo en común*" tiene vida y por tanto puede considerarse persona. Nótese que nos encontramos ante un embarazo de menos de 12 semanas y no es unánime que en dicha etapa exista vida y por tanto estemos ante una persona que tenga legitimación activa en el proceso de amparo.

Advertimos que el punto lo trataremos en el siguiente apartado de este trabajo. Mientras tanto podemos adelantar dos conclusiones.

Si entendemos que no existe vida y por tanto tampoco persona, no existe legitimación activa en el caso a analizar y por tanto el análisis terminaría allí. Pues, la ley al referir al legitimado señala "*cualquier persona*".

Por otra parte, si en dicha etapa del embarazo existe vida, se puede entender que por ende también existe un sujeto legitimado que puede tener un derecho subjetivo vulnerado o un interés legítimo.

Lo es que es evidente, es que en caso de que el "*hijo en común*" tenga vida y sea legitimado, la realidad nos presenta la dificultad que no puede apersonarse al proceso por sí mismo.

No obstante, ello no impide ser sujeto activo en el amparo. La ley permite que la acción de amparo sea deducida por otras personas en lugar del legitimado. Puede ser deducida "*por ascendiente, descendiente, pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, socio o comunero o que posea algún interés común que legitime esa actuación*"¹⁴

12 GELSI BIDART, A, *Proceso de amparo en la ley de Uruguay*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2009, cita online UY/DOC/466/2009.

13 OCHS OLAZABAL, D., *op. cit.*, pág. 36.

14 Artículo 41 del Código General del Proceso.

El artículo 4 de la Ley 16.011 prevé que la "...acción de amparo deberá ser deducida por el titular del derecho o libertad lesionados o amenazados, pero si éste estuviera imposibilitado de ejercerla podrá, en su nombre, deducirla cualquiera de las personas referidas en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil...". Cabe aclarar que tras la posterior aprobación del Código General del Proceso, la referencia al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil se entiende realizada al artículo 41 del Código General del Proceso (GELSI BIDART, A, *op. cit.*; FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 152; BIASCO MARINO, E., *op. cit.*, pág. 181).

En consecuencia, es clara la posibilidad del padre (ascendiente o con interés común) de iniciar la acción de amparo dado su “hijo” se encuentra imposibilitado. Pero como señalamos, como paso previo, debe determinarse si hay vida, para amparar el derecho a la vida en su caso.

5. El derecho a la vida como valor supremo y protegido desde la concepción

5.1 Derecho a la vida como valor supremo

En el caso, la jueza Pura Book sustenta gran parte de su argumentación el derecho a la vida del “hijo”. Señala que la interrupción voluntaria del embarazo realizada sin los requisitos exigidos por la ley vulnera el derecho a la vida del concebido.

En primer lugar, es importante definir el derecho a la vida. En este sentido, el profesor JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo que *“el derecho a la vida es, en primer lugar, el derecho a vivir y a sobrevivir, todos y siempre. Pero es, además, el derecho a cierta seguridad y confort mínimo”*¹⁵.

En el mismo sentido BLENGIO VALDÉS sostiene que el *“derecho a vivir supone no solamente sobrevivir a determinados hechos que pueden determinar la muerte sino también la satisfacción de necesidades básicas de la persona...”*¹⁶.

Si bien es importante tener presente, el alcance del derecho a la vida, debemos advertir que incluso aunque se adopte un concepto totalmente restringido de derecho a la vida, igualmente continuaría siendo principal derecho en juego en el caso. Es decir, lo que debate en el caso no respecto de la “calidad de vida” sino de vida y muerte.

La protección del derecho a la vida se encuentra plasmada principalmente en el artículo 7 de la Carta. No obstante, debe advertirse, que no es la única norma constitucional que lo protege y tampoco se protege únicamente en el texto constitucional¹⁷. En tal sentido existen numerosos instrumentos internacionales que refieren al derecho a la vida, entre ellos la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por Uruguay¹⁸.

Es menester señalar, que el derecho a la vida no solo se encuentra protegido en diversas normas, sino que en nuestro derecho se encuentra especialmente protegido. Señalamos especialmente, porque goza de una protección superior a los restantes derechos reconocidos en la Constitución.

En primer lugar, la vida es un derecho absoluto, *“es el único que no puede ser limitado*

15 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución Nacional*, t. II, Ed. Medina, Montevideo, 1946, pág. 26.

16 BLENGIO VALDÉS, M., *Código de Derechos Humanos*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pág. 36.

17 RISSO FERRAND, M., Síntesis de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en el Uruguay, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo 12, Número 67-71, Montevideo, 1996, pág. 652.

18 MONTERO, A., El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 14, n° 27, Montevideo, 2015, pág. 138.

por ley”¹⁹. Así GUARIGLIA que el artículo 7 de la Carta debe leerse junto con el artículo 26²⁰ de la misma. En tanto el mismo refuerza la idea de que no existe posibilidad de limitarlo²¹.

En segundo lugar, aunque no estuviera el artículo 26 o se optara por una interpretación distinta del mismo, el derecho a la vida sigue siendo derecho con mayor jerarquía sobre los restantes. La jerarquía no es normativa, sino que es impuesta por la realidad.

En este contexto CAIROLI ha expresado que la vida “es el primero y más importante de los bienes individuales y condición indispensable para la existencia de todos los demás...”²².

Así, SANDONATO explica que “la vida goza de una especial jerarquía en relación a los restantes DDHH al constituir el presupuesto esencial para el ejercicio de los restantes derechos. ¿De qué sirve proteger la libre asociación si no se protege el derecho a la existencia de los asociados?”²³

La vida como valor supremo debe tenerse presente al momento de analizar la colisión entre distintos derechos humanos, dado que la misma como vimos se encuentra en una relación de primacía²⁴. Relación de primacía que se traduce en imposibilidad de ser limitado. Lo cual permite concluir, siguiendo a VENTURINI y TABAKIAN, que “la vida y la muerte están por encima de toda decisión del ser humano”²⁵.

5.2 La protección del derecho a la vida desde la concepción

En segundo lugar, el punto de debate es si el “hijo en común” tiene derecho a la vida o no. Como se señalaba anteriormente, la respuesta a este punto determina si existe o no legitimación para promover el proceso de amparo.

La cuestión puede plantearse de diversas formas, ¿desde cuándo hay derecho a la

19 KORZENIAK FUKS, J., *La Constitución explicada y un poco de humor*, Ed. FCU, Montevideo, 2007, pág. 47.

20 Artículo 26 de la Constitución: “A nadie se le aplicará la pena de muerte...”.

21 GUARIGLIA, C., *El conflicto entre los derechos fundamentales*, Ed. AMF, Montevideo, 2007, pág. 141.

En el mismo sentido se expresa MAZZEO SENA (MAZZEO SENA, D., *La justicia en la protección del derecho humano a la vida*, en el derecho positivo uruguayo, en *Revista de Derecho Público*, n°28, Ed. FCU, Montevideo, 2005, pág. 126.)

22 CAIROLI MARTÍNEZ, M., *Tutela de la vida humana*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2015, cita online UY/DOC/480/2015.

En términos muy similares se expresó la Corte Suprema argentina, estableciendo que la vida “constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (SANTIAGO, A., *A un año de un fallo trascendente en relación con el Derecho a la Vida*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2003, cita online AR/DOC/10382/2003).

23 SANDONATO, P., Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas internacionales de la legalización del aborto en el Uruguay, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 15, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2005, pág. 298.

24 Cabe destacar que la doctrina es conteste al señalar que el derecho a la vida tiene mayor jerarquía respecto de los restantes derechos humanos. (ERMIDA FERNÁNDEZ, M., *Comentario a la sentencia del TCA No 598/2015: Interrupción Voluntaria del Embarazo IVE*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2016, cita online UY/DOC/278/2016; FLORES DAPKEVICIUS, R., *op. cit.*, pág. 29; CORREA FREITAS, R., *op. cit.*, pág. 240; VERGARA, V; TRINGOLO, Á; BUENO, S; BRESQUE, S; Algunos comentarios a la ley de ‘interrupción voluntaria del embarazo’ y su decreto reglamentario: Reflexiones sobre una reglamentación que ya evidenció sus falencias, en *Revista de Derecho y Tribunales*, Número 21, Ed. AMF, Montevideo, 2015, pág. 136; BLENGIO VALDÉS, M., *Manual de Derechos Humanos*, Ed. Ediciones del Foro, Montevideo, 2016, pág. 162; DUHAGÓN, B., *La vida, principal bien jurídico a defender*, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 4, número 7, Montevideo, 2005, pág. 5).

25 VENTURINI, B; TABAKIAN, M., ¿Existe el derecho a no nacer?, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, Ed. FCU, Montevideo, 2006, pág. 709.

vida?, ¿desde cuándo hay vida?, ¿desde cuándo se es persona?, entre otras. O en el caso puntual, ¿si el resultado de la concepción dentro de las 12 semanas tiene vida?

Debe tenerse presente que hay diferencias en cuanto la causa de ser persona. HOWARD señala que *“el concepto de persona es jurídico”*²⁶. Es decir que es el Derecho el que brinda la categoría de persona. Mientras que, por otro lado, ALTIERI entiende no es la norma la que otorga la categoría de persona, sino que *“necesariamente son personas... todos los seres humanos”*²⁷.

De igual forma, entendemos que siguiendo la tesis de uno u otro autor llegamos a una misma conclusión: el derecho a la vida se encuentra protegido desde la concepción. Así HOWARD añade luego, que *“si bien el término persona es de naturaleza jurídica, en los tiempos que corren todo ser humano, por el hecho ser tal, es persona”*²⁸.

Debe señalarse que no es unánime la respuesta a la pregunta ¿desde cuándo se es persona? Las respuestas, con matices, han sido principalmente tres: a) a las 24 horas del nacimiento y habiendo nacido viable, b) desde el nacimiento y c) desde la concepción²⁹.

En cuanto a la respuesta “a” entendemos que se aplican por analogía normas sucesorias del Código Civil que generan un efecto totalmente restrictivo de los Derechos Humanos, contrario a los principios que rigen la materia.

Traemos a colación lo señalado por YGLESIAS en tanto la viabilidad y 24 horas son requisitos para adquirir derechos patrimoniales, no así el resto de los derechos, particularmente Derechos Humanos. Así, explica que *“con carácter general...la capacidad de derechos que tiene el concebido en materia patrimonial está supeditada al hecho de nacer viable y vivir 24 horas naturales, en la forma prevista por el artículo 216 del C. Civil”*³⁰.

A su vez, el profesor LANGÓN CUÑARRO al estudiar el homicidio señala que *“la vida humana es valiosa y protegida por la ley cualquiera sea la condición de viabilidad de la persona, o las posibilidades de vida ‘normal’”*³¹.

En cuanto a si la respuesta es “b” o “c” (nacimiento o concepción), la doctrina comienza por analizar el artículo 21 del Código Civil Uruguayo³².

Siguiendo a ORDOQUI, se presenta *“la necesidad de definir qué es lo que se entiende por individuo”*. En esta línea el autor plantea que dado que el legislador no ha definido lo que es individuo ni ha establecido limitaciones, debe considerarse que se trata de *“todo sujeto*

26 HOWARD, W., *Derecho de la persona*, vol. 1, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2016, pág. 26.

27 ALTIERI, S., *El estatuto jurídico del cigoto ¿persona o cosa?*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2010, pág. 91.

28 HOWARD, W., *op.cit.*, pág. 33.

29 MENDIVE DUBOURDIEU, A., *Aborto*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2013, cita online UY/DOC/27/2013.

30 YGLESIAS, A., *Sobre la personalidad, su inicio y su fin*, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 8, Número 10, Ed. FCU, Montevideo, 1995, pág. 89.

31 LANGÓN CUÑARRO, M., *Código Penal Uruguayo y leyes complementarias comentados*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2017, pág. 802.

32 Artículo 21 del Código Civil: *“Son personas todos los individuos de la especie humana....”*.

de la especie humana que haya logrado totalidad e individualidad en cuanto a tal”³³. Asimismo, el autor señala que “el Derecho no puede ninguna manera definir qué es una persona; si acaso, caracterizarla de acuerdo a sus normas y a sus exigencias. Decir qué es persona **corresponderá a las ciencias naturales y a la filosofía**”³⁴.

Desde un punto de vista filosófico, ETCHEVERRY ha señalado que “el fundamento de los derechos humanos es la condición de ser un **individuo de la especie humana, persona, ser único e irrepetible, dotado de una dignidad propia e intransferible que comienza en la concepción y se actualizará, se proyectará de ahí en adelante hasta el momento en que su vida se termine**”³⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado LANZIANO, quien desde una explicación de carácter más biológico explica que la concepción “se inicia con la **comunidad sexual de las células germinales masculina y femenina...**, y aclara que **...algunas corrientes científicas consideran que la fertilización por el espermatozoide en el óvulo, inicia con la fecundación, en un proceso denominado singamia, que culmina entre las 18 y 24 horas inmediatas, en el que se funde la combinación cromosómica, que origina el huevo, primera célula del ser humano, denominada cigoto, en función de la cual, la concepción se produciría, recién en ese momento**”³⁶.

MONTANO, PUERTO e IGLESIAS entienden que el hecho de “[q]ue la ley diga que hay persona humana desde el momento de la concepción es la consecuencia lógica de que el Derecho sigue la realidad. Si dijese lo contrario, la norma atentaría contra la Justicia y dejaría de ser ley”³⁷.

33 ORDOQUI, G., *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido*, Ed. Acali, Montevideo, 1984, pág. 10. Ver también ORDOQUI, G., Protección de los derechos del concebido, en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año 4, Número 5, Ed. FCU, Montevideo, 1990, pág. 137.

34 ORDOQUI, G., *op. cit.*, pág. 10.

35 ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, N., ¿Hay vidas y personas de segunda clase?, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 50.

36 LANZIANO, W., *El aborto y el derecho a la vida*, Ed. FCU, Montevideo, 2003, pág. 19.

Tenemos presente que hay opiniones que sujetan la calidad de “individuo” a la viabilidad, por lo cual un cigoto sería totalmente inviable fuera del útero y se encontraría excluido del concepto de individuo. En este sentido el Colegio de Bioética de México señaló que “el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico, ni mucho menos una persona: **carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero. El desarrollo del cerebro está apenas en etapas iniciales y no se han establecido conexiones nerviosas que caracterizan al ser humano. El embrión, por tanto, no experimenta dolor ni ninguna otra percepción sensorial**”. (FERNÁNDEZ CHIOSSONI, M; SPINETTI HONORIO, M; Dos casos recientes de despenalización del aborto: Portugal y México D.F., en *Revista de Derecho Penal*, Número 17, Ed. FCU, Montevideo, 2008, pág. 91).

Estimamos pertinente lo señalado por ALTIERI en cuanto explica que “en el caso del ser humano su constitución ontológica de ‘persona’ exige respetar su modo de ser, un ser con autonomía (al menos, potencial) y por tanto, llamado a dirigirse a sí mismo, aunque, de hecho, no lo haga o no pueda hacerlo (como por ejemplo cuando se está en coma o durmiendo). no pierde su dignidad ontológica quién está en coma, ni aún quien padece de un severo trastorno mental congénito y nunca ha podido hacer un uso consciente de sus facultades racionales”. (ALTIERI, S., La dignidad intrínseca de todo ser humano, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 77). La situación en la que encuentra el embrión o incluso el cigoto, que carece de posibilidad momentánea de realizar las actividades intelectivas o de contar con autonomía, son asimilables a las hipótesis planteadas por el profesor ALTIERI, en tanto en estos casos tampoco se perdería la dignidad intrínseca.

37 MONTANO, P; PUERTO GONZÁLEZ, J; IGLESIAS MÉNDEZ, M; *Derecho Médico Uruguayo*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2005, pág. 216.

Un segundo elemento de análisis son las normas constitucionales al respecto. En este caso se pueden encontrar involucradas varias disposiciones constitucionales, entre ellas: artículos 7³⁸, 26³⁹ y 72⁴⁰ de la Carta.

Debemos tener presente que la Constitución no aclara a texto expreso desde cuando hay vida⁴¹. Y además que el artículo 7 al referir a la protección en el goce del derecho a la vida, refiere a “habitantes”.

Sin embargo, RISSO FERRAND al estudiar el artículo 7 expresa “no tengo dudas en cuanto que el *nasciturus*, feto o no nacido -como prefiera llamárselo- cuenta con la misma protección que a los habitantes de la República confiere el artículo 7. Y esto, bien por la vía de interpretar en forma amplia la expresión habitantes del artículo 7° o bien por la lógica e inevitable complementación de dicha norma en los términos del artículo 72”⁴².

Entendemos que el término “habitantes” utilizado por el constituyente presenta dificultades si únicamente nos limitamos a una interpretación literal del artículo y sin estudiarlo en el contexto normativo. Adviértase, que habitante solo se podría ser desde el nacimiento. Según JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA habitante serían “no solo el hombre que tiene su domicilio en la República... sino también... el simple transeúnte, el turista”⁴³.

Con respecto a las dificultades del término habitante, incluso en caso de que se entienda que excluye a texto expreso al no nacido, puede recurrirse a otras disposiciones normativas que amplían el contenido del artículo 7.

El artículo 26 la Carta, es de vital importancia a la hora de estudiar la vida como un derecho absoluto o valor superior de la Constitución. Aun así, puede no ser un argumento para negar la legitimidad del aborto. Pues si hay muchos otros, pero particularmente el artículo 26 no lo sería. De hecho, GROS ESPIELL al estudiar el artículo, señaló “en ninguno de los comentarios que he leído, se razona sobre si esta prohibición de la pena de muerte tiene una proyección respecto del aborto. Yo creo que no. Creo que el artículo 26 se refiere a la aplicación de la pena de muerte a los habitantes de la República, es decir a las personas físicas que habitan el territorio de la República”⁴⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 72 juega un papel preponderante, al incluir en el ordenamiento jurídico todos los derechos que “son inherentes a la personalidad humana”. Cláusula, que siguiendo a ESTEVA GALLICCHIO, permite señalar que “el derecho a la vida del concebido no nacido es uno de los derechos no enumerados o no enunciados por la Constitución”⁴⁵.

38 Artículo 7°.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

39 Artículo 26.- A nadie se le aplicará la pena de muerte.

40 Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

41 BLENGIO VALDÉS, M., *op cit*, pág. 164.

42 RISSO FERRAND, M., *op, cit*, pág. 563.

43 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *op. cit.*, pág. 24.

44 GROS ESPIELL, H; GRELA, C; Derecho a la vida – Aborto, en Seminario permanente de Educación en Derechos Humanos, UDELAR, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 160.

45 ESTEVA GALLICCHIO, E., El orden constitucional uruguayo, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo,

Es tal la relevancia del artículo 72, que algunos autores explican que la protección del derecho a la vida desde la concepción existe únicamente gracias a su incorporación en el texto positivo.

Así, MANZONI RUBIO entiende a raíz del análisis de los artículos 7 y 26 “*que no existe en la Constitución ninguna norma explícita que proteja la vida del feto, razón por la cual, si de las referencias explícitas dependiera el legislador tendría libertad para establecer la solución que quisiera en materia de aborto: permisiva o prohibitiva. Pero como adelantamos, la cuestión no es tan sencilla. En nuestra Constitución debemos estudiar el problema normativo desde la perspectiva del art. 72*”⁴⁶.

Como se ha señalado, desde el Código Civil como desde la Constitución, haciendo una interpretación a favor de los Derechos Humanos, puede interpretarse que se es persona desde la concepción. Todas normas que no lo señalan a texto expreso.

Pero es posible proporcionarle al lector, un tercer recurso, la normativa internacional, donde si existe normativa expresa que protege el derecho a la vida desde la concepción.

Particularmente, es importante tener presente a luz de todo lo anterior, el artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷.

El artículo señala que se deberá proteger la vida desde el momento de la concepción, señalando lo que puede entender como una válvula de escape para ciertas hipótesis al señalarse “en general”.

Si se entiende, la expresión en general es una válvula de escape al punto que un aborto no sería contrario a dicha disposición, debe tenerse presente que estamos en materia de derechos humanos y se debe optar por aquellas normas que protejan de mejor manera el derecho humano. Por un lado, aplicar la **directriz de preferencia** (entre distintas interpretaciones de una norma, optar por la más protectora del derecho) y por otro aplicar la **directriz de preferencia de normas** (entre distintas normas, aplicar la más protectora del derecho)⁴⁸.

Es discutido el alcance de la protección del artículo 4.1. En tal sentido, parte de la doctrina entiende que el aborto estaría habilitado en tanto cabría dentro de las excepciones que prevé la norma.

Hacemos notar, que si bien el presente trabajo se centra en la sentencia de primera instancia el fallo fue apelado. Luego de ser apelado se generó un “aborto espontáneo” lo

Montevideo, 2012, pág. 95.

En el mismo sentido se expresa LANZIANO. (LANZIANO, W., *op. cit.*, pág. 129).

46 MANZONI RUBIO, L., Constitución y aborto, en *Revista de Derecho Público*, n° 26, Ed. FCU, Montevideo, 2004, pág. 83.

47 Artículo 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

Aclaremos que la Convención fue ratificada por la Ley 15.737.

48 RISSO FERRAND, M., *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ed. FCU, Montevideo, 2011, pág. 33.

cual generó que la mayoría del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno entienda que el recurso carecía de objeto y por tanto no debían pronunciarse⁴⁹.

Sin embargo, la Ministra DÍAZ SIERRA presentó su discordia y se pronunció sobre el punto aquí tratado. En el fallo señaló que en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 4.1 sostuvo que “*la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión*” y agrega que “*la lesión a la vida del concebido en el entendido de que éste es sujeto de derecho -persona-, posición que hoy no puede sostenerse luego del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”.

Agrega además RAMOS CABANELLAS, refiriéndose a la interpretación de la Corte IDH en el caso mencionado, que producto de la expresión “*en general*” la misma entiende que la protección del derecho a la vida “*no es absoluta, sino gradual e incremental*”⁵⁰.

Asimismo, parte de la argumentación de la Corte IDH, señala que el embrión nunca podría ser titular y ejercer los derechos consagrados en la Convención. En sentido, tal como señala RAMOS CABANELLAS, se concluiría entonces “*que tampoco serían personas los niños e incapaces, en la medida que ellos no pueden ejercer la totalidad de los derechos que se consagran en la Convención como es el caso de los derechos políticos*”⁵¹.

Contra la dicha interpretación de la Corte IDH se han señalado diversos argumentos.

En primer lugar, ÁLVAREZ COSSI al comentar el fallo de la Ministra DÍAZ SIERRA señala que para interpretar un tratado se debe recurrir a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de donde surge que primero hay que estarse a la letra del mismo y en caso de duda a los antecedentes. Concluyendo que “*tanto la letra del 4.1... como de sus antecedentes surge claro que para el instrumento internacional interamericano es persona todo individuo de la especie humana*”⁵².

En segundo lugar, DELPIAZZO advierte que la si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida al igual que la Convención IDH, en el caso europeo no se encuentra expresamente previsto “*que la protección existirá desde el momento de la concepción*”⁵³.

49 Sentencia 44/2017 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno, disponible en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

50 RAMOS CABANELLAS, B., El derecho a la vida, el concepto de concepción, y las técnicas de reproducción humana asistida en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso ‘*Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*’, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año 2, Tomo 2, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 161.

51 RAMOS CABANELLAS, B., *op cit.*, pág. 162.

52 ÁLVAREZ COZZI, C., ¿Es persona todo individuo de la especie humana? Análisis de la discordia de la Ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno María del Carmen Díaz Sierra, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo 47, Ed. FCU, Montevideo, 2016, pág. 983.

En el mismo sentido se pronunció SANDONATO, señalando que “*el texto debe ser interpretado de buena fe, en su sentido natural, dando primacía al texto, y la luz del objeto y fin del instrumento*”. (SANDONATO, P., El proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en *Veto al aborto*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2012, pág. 109).

53 DELPIAZZO, C., *Dignidad Humana y Derecho*, Ed. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2001, pág. 17.

En la misma línea GROS ESPIELL explica que *“la inexistencia de norma expresa sobre el momento en que comienza el derecho a la protección de la vida en la Convención Europea permite mayor libertad jurisprudencial en la interpretación del texto... pero en cambio, en la americana el criterio es otro”*⁵⁴.

Debe tenerse presente, como señala MONTANO, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado el derecho a la vida privada de la mujer ha de ser ponderado *“teniendo en cuenta la existencia de otros derechos y libertades en juego, en particular, los del concebido y no nacido”*⁵⁵.

En el caso, de que la Corte IDH sea entendida como intérprete última de la Convención IDH⁵⁶ en virtud de lo expuesto por el artículo 62 de la misma, la Convención no sería la norma que brinde mayor protección al derecho a la vida en el caso de Uruguay⁵⁷.

En este caso, debemos aplicar la directriz de preferencia de normas y como señala ESTEVA GALLICCHIO *“es posible concluir que la protección constitucional uruguaya es superior a la que establece la Conv. IDH., por lo que no es posible argumentar en base a su texto específicamente sobre la interpretación de las palabras ‘en general’, utilizadas por el artículo 4.1, para limitar lo que el Derecho constitucional uruguayo reconoce en virtud de los arts. 7 y 72”*⁵⁸.

El profesor ALTIERI al estudiar detalladamente el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* expresó que *“la interpretación del derecho a la vida desde la concepción que hace la Corte en el caso Artavia resulta tan restrictiva que, de ser aplicada, eliminaría la presunción de un derecho a la vida del no nacido, convirtiendo el reconocimiento de éste en la excepción, en lugar de la norma”* y explica que debe optarse por una interpretación distinta a la realizada por la Corte IDH, en tanto, *“una interpretación no restrictiva del art. 4.1 implicaría tener en cuenta principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, como son el principio*

54 GROS ESPIELL, H., La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interrupción voluntaria del embarazo, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, Año 6, Número 11, Montevideo, 1996, pág. 12.

55 MONTANO, P., Comentario al proyecto de ley de interrupción voluntaria de la gravidez aprobado en Cámara de Senadores el 27.12.2011, en *Revista de Derecho Penal*, Número 20, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 299.

56 Advertimos que es debatido en doctrina si la interpretación que la Corte IDH realiza de la Convención IDH es vinculante para cualquier órgano jurisdiccional de los Estados Parte de la misma. En un trabajo conjunto hemos sostenido que la interpretación de la Corte IDH, podría generar efectos generales y abstractos, no obstante, debe optarse siempre por aquella interpretación o medio de protección de DDHH que proteja de mejor manera el DDHH (ÁLVAREZ, C., CEDROLA, P., OLLERO, M., ROJAS, M., RIGUETTI, A., *Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada.*; en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, publicada en el presente número).

57 Cabe destacar que parte de la doctrina uruguaya acompaña la interpretación que la Corte IDH realiza del artículo 4.1 de la Convención IDH, aunque con matices o entiende que existe compatibilidad con el aborto, así BLENGIO VALDÉS (BLENGIO VALDÉS, M., *Ley 18.987 nueva normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo*, en *Revista de Derecho Público*, Año 21, Número 42, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 114)., CASTRO RIVERA, (CASTRO RIVERA, A., *Las razones del Poder Ejecutivo para vetar la modificación del delito de aborto*, en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 18); MALET VÁZQUEZ (MALET VÁZQUEZ, M., *La Ley de Salud Sexual y Reproductiva: un conflicto permanente* (Ley 18.426 de 10. de diciembre de 2008), en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 39), MEZA TANANTA (MEZA TANANTE, F., *Los Derechos Humanos en el veto presidencial al Proyecto de Ley de la Salud Sexual y Reproductiva en Uruguay*; *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 59); ADRIASOLA (ADRIASOLA, G., *El modelo uruguayo de despenalización del aborto*, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 39); GUZMÁN DALBORA (GUZMÁN DALBORA, J., *El aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social*, *Revista de Derecho Penal*, Número 20, Ed. FCU, Montevideo, 2012, pág. 220).

58 ESTEVA GALLICCHIO, E., *op. cit.*, pág. 97.

*“pro homine”*⁵⁹, según el cual en caso de duda prevalecerá la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos humanos del individuo⁵⁹.

Se puede concluir que de la normativa legal, constitucional e internacional surgen sustentos serios para sostener que el derecho a la vida se protege desde la concepción. Por tanto, coincidimos con la jueza Pura Book en cuanto que “el hijo en común” tiene derecho a la vida y a la protección en el goce.

6. Colisión de derechos

Es importante destacar, que para llegar a este punto de análisis es necesario tener presente que el derecho a la vida se tiene desde la concepción. En caso contrario, “el hijo” no tendría legitimación activa para promover el amparo, en tanto no sería persona y no podría ser titular de ningún derecho o libertad reconocido por la Constitución.

La Dra. BOOK, justamente se paró bajo la tesis de la concepción, entendiendo que el concebido es persona y por tanto titular del derecho a la vida, que como vimos anteriormente, existen razones de porte para sostener tal tesis en el ordenamiento jurídico uruguayo.

En consecuencia, partiremos de la base que desde la parte actora se defiende el derecho a la vida y este es el que colisiona con otros derechos.

Sin embargo, debemos plantearnos en primer lugar si existe en la demandada, puntualmente en la madre, un derecho a interrumpir su embarazo, en segundo lugar, cuáles son las condiciones que exige la Ley 18.897 y su decreto reglamentario para el ejercicio del derecho y en tercer lugar como se resolvería la colisión con el derecho a la vida.

El médico BRIOZZO a la luz de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo de 1994 destaca la intención de proteger lo que denomina “*derechos sexuales y reproductivos*”, entre ellos, el derecho al aborto seguro⁶⁰.

En cuanto al concepto médico legal del aborto, BERRO ROVIRA señala que es la “*interrupción voluntaria del embarazo, con muerte del producto de la gestación, independientemente de la edad gestacional y de la expulsión del mismo*”⁶¹.

Podría incluso sostenerse, siguiendo a MALET VÁZQUEZ, que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran amparados por el derecho a la salud consagrado en el art. 44 de la Carta. Siguiendo esta línea el aborto podría llegar a ser entendido como parte de la salud sexual y reproductiva⁶².

59 ALTIERI MASSA DAUS, S., *El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho Uruguayo*, tesis inédita, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2015, pág. 429-430.

60 BRIOZZO, L., La conferencia de población y desarrollo de El Cairo 1994 y las estrategias para la disminución del aborto inseguro en Uruguay, en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág.7.

61 BERRO ROVIRA, G., *Medicina legal*, Ed. FCU, Montevideo, 2013, pág. 228.

62 MALET VÁZQUEZ, M., La Ley de Salud Sexual y Reproductiva: un conflicto permanente (Ley 18.426 de 1o. de diciembre de 2008), en *Revista de Derecho Penal*, Número 18, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 29.

En el mismo sentido, VERGARA, TRINGOLO, BUENO y BRESQUE, basándose en el derecho positivo, han explicado que *“la circunstancia de que la mujer decida a su sólo criterio abortar, sumada a la obligación que tienen los servicios de asistencia médica integral de llevar a cabo un procedimiento abortivo (Art. 10), dan pauta de que ya no se trata de una eximente de la pena, sino que se está estableciendo al aborto como un derecho”*⁶³.

Debe tenerse presente que el supuesto derecho a abortar parte un género mayor que es el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, que como señala BORDES se antepone en la discusión parlamentaria frente al derecho a la vida desde la concepción⁶⁴.

Por otro lado, parte de la doctrina entiende que el derecho a abortar no existe.

En ese mismo orden de ideas, GOROSITO al analizar en aquel proyecto expresa que *“la iniciativa tiende a dotar a la mujer embarazada del poder de dar muerte”*⁶⁵.

De hecho, ZAMBRANO manifiesta que *“es innegable que ciertos sectores de las sociedades pluralistas contemporáneas defienden el aborto como un derecho fundamental de la madre. Pero lo que dichos sectores no comprenden es que hablar de un derecho fundamental a abortar es una contradicción en los términos. Si hay derecho fundamental o humano a abortar, entonces quiere decir que algunos decidimos sobre la dignidad o personificación de otros. Y si algunos decidimos sobre quiénes son dignos y quiénes no lo son. O lo que es lo mismo, sobre quiénes son personas y quiénes no lo son, entonces los derechos fundamentales o humanos han dejado de existir. Lo que habría no sería, propiamente, un derecho fundamental o humano a abortar, sino una fuerza injustificada para hacerlo”*⁶⁶.

En primer lugar, debe señalarse que si por un lado hay derecho a la vida y por otro no hay derecho (pues seguimos la línea de que no existe el derecho al aborto), no hay colisión de derechos. La tarea del magistrado se torna en principio más sencilla. Así por un lado hay un sujeto que se encuentra amparado por un derecho (vida) y por el otro una persona que actúa sin derecho.

Debemos marcar, que se ha sostenido que con el aborto se protege también el derecho a la vida la mujer. Así ABRANSISKAS ha señalado que *“el derecho a la vida [pasa] por tener servicios adecuados que la [ayuden] a tomar una decisión en las mejores condiciones posibles y que además le [otorguen] los servicios para respetar su decisión”*. (GROS ESPIELL, H; GRELA, C; *op. cit.*, pág. 180).

63 VERGARA, V; TRINGOLO, Á; BUENO, S; BRESQUE, S; Algunos comentarios a la ley de ‘interrupción voluntaria del embarazo’ y su decreto reglamentario: Reflexiones sobre una reglamentación que ya evidenció sus falencias, en *Revista de Derecho y Tribunales*, Número 21, Ed. AMF, Montevideo, 2015, pág. 117.

64 BORDES, G., *La ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley 18987)*, Ed. La Ley Uruguay Online, Montevideo, 2012, cita online: UY/DOC/270/2012.

Señala SANDONATO, que *“la mujer tiene derecho a disponer de su propio cuerpo. La mujer tiene derecho a disponer libremente de su propio cuerpo, como también lo tiene el hombre, y como también tiene el naciente derecho a la protección de su condición jurídica”*. (SANDONATO, P., *op. cit.*, pág. 297).

65 GOROSITO ZULUAGA, R., El derecho a la vida: su protección constitucional, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo 11, Número 62, Montevideo, 1994, pág. 161.

66 ZAMBRANO, P., *Aborto, consenso democrático y justicia*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2006, cita online: AR/DOC/3877/2006.

En el mismo sentido, relato MONTANO que el *“derecho al aborto no se reconoce explícitamente en ningún documento vinculante de derecho internacional. Así lo ha puesto de manifiesto una declaración publicada en San José (Costa Rica) el 25 de marzo de 2011, firmada por juristas, parlamentarios, diplomáticos, académicos y otros expertos en relaciones internacionales, provenientes de distintos países”* (MONTANO, P., *op. cit.*, pág. 302).

En segundo lugar, entendemos que más allá del buen criterio o no, de su constitucionalidad o inconstitucionalidad el derecho positivo uruguayo consagra un derecho al aborto cuando se realiza cumpliendo estrictamente todos los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley I.V.E. No se tratará seguramente de un derecho humano, pero sí de un derecho que el legislador otorgó.

Es evidente que, si se analiza la colisión entre el derecho a la vida reconocido en la normativa constitucional e internacional versus el derecho a abortar otorgado por ley, va a primar el derecho a la vida.

Puede resolverse de forma sencilla, por jerarquía normativa, el derecho protegido por la Carta prima sobre el derecho creado por ley.

Por otra parte, si recurrimos a la ponderación⁶⁷, desde el comienzo nos encontramos que uno de los derechos en juego es la vida, que en definitiva tiene supremacía sobre el resto de los derechos⁶⁸, como vimos anteriormente.

En este contexto, debe determinarse, por un lado, que la ley crea un derecho al aborto y por otro lado que en caso de que el derecho a abortar sea contrario a la Carta por colisionar con el derecho a la vida, la vía para resolverlo es la acción de inconstitucionalidad.

No obstante, el argumento de la jueza BOOK no es únicamente la colisión de derechos (que por sí sola debería resolverse en la acción de inconstitucionalidad), sino que según expresa la magistrada en el considerando "*los aspectos exigidos [en el artículo 3] no surgen cumplidos*".

Desde nuestra perspectiva, se trata de una ley que limita un derecho humano, ahora la limitación que pretende el legislador sobre la vida, es únicamente y bajo el cumplimiento conjunto de determinados requisitos, no alcanza con encontrarse dentro de las 12 semanas de gestación.

Según el artículo 3 de la Ley I.V.E., la mujer debe informar al 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*". Y el mismo artículo, en su inciso final, agrega que "*el equipo interdisciplinario y el médico ginecólogo dejarán constancia de **todo lo actuado** en la historia clínica de la paciente*".

En este sentido ADRIASOLA aclara que "*la petición de la mujer no es una petición sin expresión de causa*"⁶⁹.

67 Explica BLENGIO que "*se traduce, en definitiva, en hacer un balance entre las ventajas e inconvenientes que cierta normativa tiene en relación a los derechos en conflicto*" (BLENGIO, J., Reflexiones sobre una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara inconstitucional la normativa que permite el uso de la 'píldora del día después', en *Revista Crítica de Derecho Privado*, Número 9, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 66).

68 En la misma sintonía GONZÁLEZ MERLANO que "*la ley... se opone al primer derecho humano fundamental, el derecho a la vida, oponiéndose prima facie a la Constitución de la República y al Pacto de San José de Costa Rica...*" (GONZÁLEZ MERLANO, G., *Comentario a la ley N° 18.987, sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE)*, Ed. La Ley Online Uruguay, Montevideo, 2013, cita online: UY/DOC/129/2013).

69 ADRIASOLA, G., *El modelo uruguayo de despenalización del aborto*, Ed. FCU, Montevideo, 2014, pág. 58.

En el caso, señala la jueza BOOK “no se presentó historia clínica donde deben de surgir determinadas constancias médicas de todo lo actuado que la ley exige”.

No se señala con esto, que la ley exige razones que a juicio del juez sean pertinentes, correctas, morales, adecuadas, etc. Si no, que solo se exige que se den razones, cuales sea, pero eso sí, deben acreditarse que se dieron razones. En fin, debieron acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma legal.

7. Ilegitimidad manifiesta

Si la ley exige determinadas condiciones para poder hacer uso del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y no se cumplen, hay ilegitimidad y es manifiesta.

Siguiendo a MARTINS, el acto ilegítimo es el “*contrario a la regla de derecho*”⁷⁰. En este caso, la regla de derecho establecía que se debían informar las circunstancias que determinarían el aborto y que de todo lo actuado quedaría constancia en la historia clínica. De la prueba del proceso no surge ni que se hayan informado las circunstancias ni todo lo actuado se encuentre en la historia clínica.

El término “manifiesta” implica según VESCOVI que “[d]ebe entonces resultar clara dicha ilegitimidad y surgir del acto mismo o del expediente a través de una prueba sumaria”⁷¹.

A su vez, MAREMINSKI agrega “que la ilegitimidad ha de ser manifiesta para el Magistrado decisor del pleito... aunque existieran respetables opiniones en contrario”⁷². En esta línea, existen autores y jueces (caso de la Ministra DÍAZ SIERRA) que opinan que la vida comienza con el nacimiento y no con la concepción. Sin embargo, ello no obsta a que pueda configurarse el requisito.

Con respecto a lo antes mencionado, entiendo adecuadas las palabras de DELPIAZZO, en cuando señala que: “*resulta con fluidez que la sociedad jurídicamente organizada en el Estado no está legitimada para desproteger la vida o, al menos, determinadas manifestaciones de la vida tales como la del concebido no nacido, la del anciano incapaz o la del minusválido físico o psíquico*”⁷³.

70 MARTINS, D., *Constitución y Administración*, t. I, Ed. Ingranusi LTDA, Montevideo, 1997, pág.524.

71 VESCOVI, E., Principales perfiles del amparo en el Derecho Uruguayo, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n° 4, Ed. FCU, Montevideo, 1986, pág. 490.

72 MAREMINSKI, R., La ilegitimidad manifiesta en la acción de amparo, en *Revista de Técnica Forense*, n° 17, UDELAR, Ed. FCU, Montevideo, 2008, pág. 99.

Advertimos que en opinión contraria se encuentra RIVAS, quien señala que la titularidad del derecho “*debe estar en cabeza del amparista de manera incuestionable*” (RIVAS, A., El amparo, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n°3-4/2009, Ed. FCU, Montevideo, 2009, pág. 636). Entendemos que dado, que son muy pocos en derecho los puntos incuestionables, adoptar tal criterio puede ser excesivo para el amparo. Incluso en el caso en cuestión, se discute la titularidad del derecho a la vida, pero siendo este de suprema importancia, sostenemos que por el valor en juego se debe admitir y ante la duda de si hay vida o no, adoptar un criterio a favor de la vida.

73 DELPIAZZO, C., *op.cit.*, pág. 19.

8. Conclusiones

En primer lugar, entiendo que las cuestiones procesales y sustanciales del fallo son sumamente interesantes desde el punto de vista jurídico para analizar y cada una de ellas ameritaría un estudio más profundo que el realizado.

En segundo lugar, consciente el autor de lo mediático y polémico del tema, buscó no realizar un análisis valorativo ni de mérito del derecho vigente, sino presentar una posible interpretación de las normas, que entiendo que es la que protege los derechos humanos de la mejor manera.

En tercer lugar, aprecio que en el ámbito nacional y sino también extranjero es novedoso. Además de novedoso, entiendo que se trata de un fallo sustancialmente ajustado a Derecho.

En cuarto lugar, considero que es un antecedente con argumentos serios a tener en cuenta en posibles nuevos casos, donde se pretenda realizar un aborto sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

En quinto lugar, en todo momento, el autor fue consciente de la sensibilidad del tema, de los distintos valores en juego, de los cuales ninguno merece ser totalmente desconsiderado. Como así, consciente, que detrás de la letra de la sentencia, había un padre, una madre y un hijo dignos del carácter de persona.